

REVISTA JURÍDICA JUSTICIA Y LIBERTAD

NO. 02 / DICIEMBRE 2021



ESCUELA JUDICIAL
DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MORELOS



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL ESTADO DE MORELOS

REVISTA JUSTICIA Y LIBERTAD

Número 2, diciembre de 2021

Las opiniones plasmadas en los trabajos corresponden exclusivamente a sus autores. El hecho de su publicación en la Revista Justicia y Libertad no significa que la revista se solidarice con su contenido.

Segunda edición: 01 de diciembre de 2021.

Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado Morelos
escuelapoderjudicialmor@gmail.com
Dwight Morrow 17, C.P. 62000
Cuernavaca, Morelos, México

Revista Justicia y Libertad, número 2, diciembre de 2021, es una publicación editada por la Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Morelos, ubicada en Calle Dwight Morrow No. 17, Colonia Centro, Cuernavaca, Morelos, C.P. 62000, Teléfono 777 362 2271. Correo electrónico: escuelapoderjudicialmor@gmail.com. Página electrónica: http://tsjmorelos2.gob.mx/escuela_judicial. Presidente del Comité Editorial: Magistrado Carlos Iván Arenas Ángeles. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2021-101815191300-102, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: en trámite. Fecha de última modificación: 29 de noviembre de 2021.



Revista Justicia y Libertad

Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Morelos

COMITÉ EDITORIAL

D. en D. Rubén Jasso Díaz

Magistrado Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia
del Estado de Morelos

M. en D. Carlos Iván Arenas Ángeles,

Magistrado y Director de la Escuela Judicial del Poder Judicial
del Estado de Morelos

M. en D. Nadia Luz María Lara Chávez

Magistrada Presidenta de la Primera Sala del Primer Circuito Judicial del
H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

M. en D. Antonio Pérez Ascencio

Juez del Juzgado Noveno Civil del Primer Distrito Judicial del
H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos

D. en D. Eduardo Oliva Gómez

Encargado de Despacho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos

M. en D. Ana Marcela Muñoz Martínez
Secretaría Técnica de la Escuela Judicial del Poder Judicial
del Estado de Morelos

COORDINADORA EDITORIAL

M. en D. Ana Marcela Muñoz Martínez

EDICIÓN

M. en D. Emmanuel López Pérez

Ana Sofía González Pando

DISEÑO

Samuel Martínez León

CONTENIDO

Reflexiones sobre las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de aborto de septiembre de 2021 2

Diana Gamboa Aguirre

La maternidad subrogada en México y su impacto en el principio del interés superior de la niñez al cumplirse una década de la reforma constitucional en materia de derechos humanos..... 19

Eduardo Sotelo González

El derecho humano a la reparación (Caso Mayan Palace, Amparo en Revisión 30/2013) 31

Everardo Villaseñor González

Mito vs realidad de los derechos humanos a diez años de la reforma constitucional en México 45

Odette Mendoza Becerril

Familia homoparental en el Estado de Morelos 70

Óscar Samario Hernández

PRESENTACIÓN

En el año de 2011, se presenta una de las reformas más importantes dentro de nuestro sistema constitucional mexicano y nos referimos a la reforma en materia de derechos humanos. La existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos, de ahí es dable decir que el respeto, garantía, protección y promoción de cada uno de los derechos ha tenido un impacto en otro, dada la interdependencia que hay entre ellos.

Derivado de lo anterior, la Escuela Judicial comprometida con la difusión y generación de conocimientos de la ciencia del derecho y en el marco de los diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, emitió la segunda convocatoria en el mes de junio de 2021, para que abogadas, abogados, investigadoras, investigadores, alumnas, alumnos, y público en general pudiera enviar sus ideas académicas-jurídicas en torno a este tema. De los cuales, para esta segunda edición, se presentan diversos artículos, todos con enfoque derechos humanos.

Asimismo, es importante señalar que el pasado 18 octubre del presente año, se obtuvo el certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo, del título de su Revista Jurídica Justicia y Libertad, con número 04-2021-101815191300-102, con lo cual reafirmamos una certeza jurídica a las y los participantes, así como para esta gran institución.

Por último, queremos reconocer la labor de cada uno de las y los integrantes que conforman este Comité Editorial por su compromiso de difundir la ciencia del derecho en beneficio de la sociedad, asimismo a cada una y uno de los participantes por mostrar su interés en la difusión del conocimiento jurídico.

Hasta aquí “Justicia y Libertad”

**M. en D. Carlos Iván Arenas Ángeles,
Magistrado y Director de la Escuela Judicial del
H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos**



ARTÍCULOS

**REFLEXIONES SOBRE LAS DETERMINACIONES DE LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE ABORTO DE SEPTIEMBRE DE
2021**

**THOUGHTS ON THE MEXICAN SUPREME COURT'S RULINGS REGARDING
ABORTION IN SEPTEMBER 2021**

Diana Gamboa Aguirre¹

RESUMEN: En el presente texto, desarrollo a detalle dos críticas puntuales expuestas originalmente el pasado 11 de septiembre de 2021 en la plataforma del Foro de Constitucionalistas Mexicanos, durante el evento titulado “Reflexiones sobre la sentencia de la SCJN sobre la despenalización del aborto y sus consecuencias”. Concretamente, referí dos cuestiones medulares: (i) los límites del activismo judicial; y (ii) la pobreza argumentativa para sostener la desprotección absoluta del individuo humano en gestación.

Palabras clave: Dignidad humana, aborto, activismo judicial.

ABSTRACT: In the present document, I display in detail two concrete critiques originally laid out last September 11th, 2021 on the platform of the Mexican Constitutionalists Forum, during the event entitled “Reflections on the Mexican Supreme Court’s resolution regarding decriminalization of abortion and its consequences”. Specifically, I referred two core issues: (i) the limits of judicial activism; and (ii) the

¹ Abogada por la Escuela Libre de Derecho; profesora adjunta de Derecho Procesal Constitucional en la misma institución. Maestrante en Derecho Constitucional. Articulista en *Paréntesis Legal* y Columnista en *Tiempo de Derechos*. Litigante en materia constitucional y administrativa.

Revista Justicia y Libertad

Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 2-18

argumentative flaws to uphold the absolute unprotection of the individual human life in gestation.

Keywords: Human dignity, abortion, judicial activism.

Sumario: I. *Determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de aborto voluntario*; II. *Límites del activismo judicial*; II.I. *Activismo judicial*; II.II. *El pretendido “derecho” al aborto*; III. *Desprotección absoluta del concebido no nacido*; III.I. *La “artimaña lingüística”*; III.II. *El parámetro de regularidad constitucional ignorado*; IV. *Conclusiones*; V. *Fuentes de investigación*.

I. DETERMINACIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE ABORTO VOLUNTARIO

Los días seis, siete y nueve de septiembre del año 2021, la Suprema Corte mexicana resolvió dos acciones de inconstitucionalidad relacionadas con el aborto voluntario. Es decir, con la determinación de la mujer embarazada para impedir que su hijo en gestación nazca, sin necesidad de hacer valer justificación alguna.

Primero, la acción de inconstitucionalidad 148/2017, bajo la ponencia del Ministro Luis María Aguilar Morales, en la cual se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 195 y 196 del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza², los cuales regulaban: que comete el delito de aborto quien cause la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo; y, la pena aplicable al aborto voluntario, ya sea auto procurado o consentido. Posteriormente, la acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018, radicadas en la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en las que se cuestionaba la

² Art. 195. (Aborto para efectos penales) Comete aborto quien causa la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo. Art. 196. (Aborto auto procurado o consentido) Se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o a la persona que la hiciere abortar con el consentimiento de aquella.

constitucionalidad del artículo 4 Bis A, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, que reconocía el derecho de toda persona a que se respete su vida, precisando que tal derecho se tutela “desde el momento en que un individuo es concebido”.³

En ambos casos la mayoría de los Ministros resolvió que las normas impugnadas eran inconstitucionales.⁴

Si bien aún no han sido publicados los engroses respectivos, es factible analizar las determinaciones de la Corte a la luz de los proyectos de resolución que, previo a las sesiones, se hicieron públicos en la Lista Oficial, en términos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 73 de la Ley de Amparo; así como en atención a lo referido en las discusiones públicas que constan en las versiones taquigráficas de las sesiones del Pleno, disponibles en la Secretaría General de Acuerdos. Así, ante la obligación legal de publicidad -tanto de los proyectos, como de las sesiones- resultaría extraño e inadecuado que los engroses reflejen algo distinto al contenido de los proyectos, con los ajustes aprobados en las discusiones públicas respectivas.

Ahora bien, más allá de las distintas aproximaciones posibles frente a lo resuelto por el Pleno, en el presente documento expondré una crítica jurídica constitucional de ambas determinaciones en su integralidad, centrada en dos aspectos medulares: (i) los límites del activismo judicial; y (ii) la pobreza argumentativa para desproteger al concebido no nacido.

II. LÍMITES DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Sobre los límites del activismo judicial, me parece necesario partir de que la propia Corte, y específicamente los Ministros ponentes de ambas acciones de

³ Art. 4 Bis A. Las personas son titulares de los siguientes derechos y libertades reconocidos por esta Constitución: I. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte, respetando en todo momento la dignidad de las personas.

⁴ Ambos asuntos se resolvieron por mayoría de diez votos, ante la ausencia del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

inconstitucionalidad, reconocieron que estaban incorporando al parámetro de regularidad constitucional un derecho que, por ende, no tiene una protección concreta en el orden constitucional y convencional mexicano.

En el primer proyecto -relativo al Estado de Coahuila- el Ministro Aguilar refirió la “constitucionalización” del derecho al aborto, bajo el eufemismo del “derecho a decidir”.⁵ Y, ¿qué es la constitucionalización de algo? Es constitucionalizarlo, es decir, hacerlo constitucional. Por su parte, el Ministro Ortiz Mena fue un poco más claro, al referir que el Tribunal Pleno “construyó” un derecho constitucional al aborto voluntario.⁶ Ello, reiterando la expresión eufemística referida.

Bajo tal contexto, la pregunta es: ¿dónde está el límite?

II.I. ACTIVISMO JUDICIAL⁷

Como lo ha referido Duncan Kennedy⁸, a veces parece claro que los jueces se sienten limitados por los materiales con los que cuentan para alcanzar soluciones particulares, sin poderse valer de sus propias preferencias. Por ello, en ocasiones se sirven de un efecto retórico particular, consistente en plantear sus soluciones como jurídicamente “necesarias” y ajenas a alguna ideología. Buscan tal finalidad a pesar de que siempre está latente la posibilidad de una interpretación estratégica. Es decir, ante la alternativa de desarrollar una solución, en lugar de otra, dentro de las lecturas posibles frente al respectivo problema jurídico.

⁵ V. Foja 10 de la versión taquigráfica de la sesión de 06 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.

⁶ V. Foja 5 de la versión taquigráfica de la sesión de 09 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.

⁷ Kennedy, Duncan, *Strategizing strategic behavior in Legal Interpretation*. Utah L. Rev. 1996, p. 785

⁸ Profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de Harvard. El documento en cita de dicho autor se entregó como la Conferencia Leary en la Facultad de Derecho de la Universidad de Utah el 16 de noviembre de 1995. También es un capítulo de “Duncan Kennedy, Una crítica de adjudicación” de 1997.

Así, para comprender el activismo judicial, el proyecto general consiste en examinar el impacto de las determinaciones, concebidas en una sociedad ideológicamente dividida. Una idea básica es que gran parte del conflicto ideológico tiene que ver con las normas, de la mano del hecho de que los jueces juegan un papel importante en su desarrollo. En ocasiones, los jueces son actores ideológicos y ello genera una interrogante fundamental: ¿cómo afecta al resultado de la disputa ideológica en lo general, el hecho de poner en tela de juicio el papel de un grupo relevante de creadores de normas como los jueces?

Es decir, existe una posibilidad latente de que el juez adopte una actitud estratégica hacia el parámetro normativo, con el fin de lograr que signifique algo distinto a lo que de inicio significa o con la idea de atribuirle un significado particular con la exclusión de otros posibles. Dicho de otra manera, para el juzgador siempre es posible comportarse estratégicamente, procurando hacer que la interpretación de una regla en particular se perciba como adecuada.

Bajo tal contexto, podríamos definir el activismo judicial como la modificación del derecho en sede jurisdiccional a la luz de los valores que el respectivo juez pretende incorporar al orden jurídico.

¿Es el activismo judicial necesariamente pernicioso? No lo creo, me parece que podemos encontrar ejemplos entendibles de dicha práctica en la jurisprudencia mexicana. Pensemos, por ejemplo, en el “libre desarrollo de la personalidad” que, si bien no tiene un reconocimiento expreso en el parámetro de regularidad constitucional, se extrajo de la dignidad humana como un derecho fundamental “superior” que deriva de otros derechos personalísimos y conlleva la prerrogativa de todo individuo para: “elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida”. Así, la Corte ha referido que: “acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con

el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera”.⁹

Difícilmente podría cualquier persona suponer que el referido derecho es contrario a nuestro orden constitucional, que identifica la libertad como fuente de diversos derechos. Esto, aunque carezca de reconocimiento expreso en el orden constitucional y convencional mexicanos. Sin embargo, ello no significa que el activismo judicial sea susceptible de traducirse en un “cheque en blanco” para que los tribunales modifiquen el orden jurídico al grado tal de incorporar un derecho que abiertamente contraviene normas y principios constitucionales y convencionales válidos y vigentes en México.

En caso de hacerlo así, como sucedió en las determinaciones objeto de análisis, la respectiva resolución judicial carecería de legitimidad alguna. Esto pues, como ha sido expuesto dentro de la reflexión sobre lo que se conoce como “argumento contra mayoritario”¹⁰, los Tribunales Constitucionales carecen de legitimidad democrática, entre otras razones, porque no son elegidos mediante elecciones en las que participen los ciudadanos y, por ende, a diferencia de los productos normativos que emiten los cuerpos legislativos, sus determinaciones no representan la voluntad popular.

Así, contrario a lo que sucede en sede legislativa, las determinaciones de un Tribunal Constitucional se legitiman a la luz de la racionalidad de sus sentencias, cuyas premisas han de justificarse en términos del parámetro de regularidad constitucional conforme al cual están obligados a resolver. En el caso de la acción de inconstitucionalidad 148/2017, así como la 106/2018 y su acumulada 107/2018, la argumentación jurídica con base en la cual el Pleno de la Suprema Corte

⁹ V. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. SCJN; 9a. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; P. LXVI/2009; TA; 1. Registro digital: 165822.

¹⁰ Pensemos en lo que Alexander Bickel denominó “*counter-majoritarian difficulty*”, cuya traducción al español sería “la dificultad contra mayoritaria”. Este proceso de reflexión jurídica surge como respuesta a la interrogante sobre ¿cómo justificar la expulsión de normas emitidas en sede democrática (legislativo) por parte de una autoridad no elegida democráticamente (tribunales)?

pretendió justificar sus determinaciones fue, por decir lo menos, deficiente, como se expondrá a continuación.

II.II. EL PRETENDIDO DERECHO AL ABORTO

Como se expuso, ambos ponentes – LMAM y AGOM – reconocieron expresamente que se estaba incorporando al orden jurídico mexicano un pretendido derecho al aborto, el cual fue disfrazado argumentativamente mediante eufemismos como el “derecho a decidir”.

En el considerando quinto del proyecto propuesto por el Ministro Aguilar, se refirió que la pregunta clave era si resulta constitucional sancionar con pena de prisión a la mujer que decide voluntariamente abortar y, en su caso, a quien ejecute el aborto con su consentimiento. Si bien ello no es materia del presente texto, vale la pena destacar que esa no fue la pregunta que, en todo caso, respondieron los ministros. Esto, pues no analizaron la sanción del tipo penal relativo al aborto voluntario, como refiere el cuestionamiento planteado, sino la totalidad del delito, bajo el anglicismo de la “criminalización”.

En los términos referidos líneas arriba, el Ministro ponente refirió que su propuesta se fundaba en la “constitucionalización” del derecho a decidir. Y, es precisamente en tal afirmación donde se identifica de manera puntual el extremo al que se pretende llevar el activismo judicial por parte del Tribunal Pleno. Ello, pues el significado de dicha locución se entiende a la luz del infinitivo “constitucionalizar”, que implica atribuir el carácter de constitucional a una norma o a un derecho. Es decir, desde el inicio se reconoce que el “derecho a decidir” no tiene rango constitucional, sino que se le pretende atribuir tal carácter mediante interpretación.

No sobra precisar que el Ministro ponente refirió que – a su juicio – este despliegue de activismo judicial no implica establecer un “supuesto derecho al aborto”, sino un “derecho humano de la mujer [...] a determinar su sentido de vida y su decisión sobre su cuerpo, siendo madre o no”; un “derecho a decidir libremente

sobre su propia vida y a evaluar si, al tomar una decisión al respecto, debe o no ser sancionada penalmente”.¹¹

Como se observa, al hacer dichas referencias, se cambia la pregunta constitucional a responder referida originalmente, pues la cuestión ya no versa sobre la sanción específica, sino sobre la genérica posibilidad de sancionar. Esto resulta relevante, dado que es posible disponer que una conducta constituye un delito y que la sanción respectiva no sea privativa de la libertad o que la tipificación de una conducta sea adecuada, pero su consecuencia normativa sea desproporcional. Por ejemplo, antes de que se facilitara el acceso al aborto voluntario modificando su definición penal¹², el Estado de Veracruz imponía como sanción frente al delito de aborto voluntario: “tratamiento en libertad, consistente en la aplicación de medidas educativas y de salud”.¹³

Las flaquezas argumentativas que restan legitimidad a la determinación unilateral de construir un “derecho” al aborto por parte del Pleno se advierten de las propias definiciones que se dan respecto del presunto “derecho a decidir”. Por ejemplo, es entendido: “como la libertad que le permite a la mujer elegir quién quiere ser en relación con la *posibilidad de procrear*”.¹⁴ La debilidad de este argumento particular se debe a que, en el caso de la mujer embarazada, la acción de procrear no es una posibilidad, sino una realidad fáctica demostrable que ya sucedió al practicarse un aborto. Es decir, la mujer embarazada que aborta ya procreó.¹⁵

¹¹ V. Foja 10 de la versión taquigráfica de la sesión de 06 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.

¹² El 20 de julio de 2021 el Congreso de Veracruz reformó el Código Penal local despenalizando el aborto durante las primeras doce semanas de gestación.

¹³ V. Art. 357 del Código Penal de Veracruz vigente antes del 20 de julio de 2021.

¹⁴ V. Foja 11 de la versión taquigráfica de la sesión de 06 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.

¹⁵ Según lo refiere la Real Academia Española, la palabra “procrear” del latín *procreāre* as se puede definir como: 1. tr. Dicho de una persona o de un animal: engendrar un individuo de su misma especie. Por su parte, “engendrar”, del latín *ingenerāre* se define como: 1. tr. Dicho de una persona o de un animal: dar vida a un nuevo ser. Bajo tal contexto, a la luz de la evidencia científica disponible, al menos desde la biología celular, la genética y la embriología, no existe duda de que al momento de la concepción/fertilización/fecundación inicia una vida humana individual, única y distinta de la de la madre. Es decir, un nuevo ser.

En la misma medida, al referir las implicaciones del “derecho a decidir”, el proyecto refiere el reconocimiento de las mujeres como únicas titulares del derecho a decidir la “interrupción de su embarazo”.¹⁶ Es decir, la Corte reitera uno de los eufemismos más conocidos del activismo abortista e ignora que: primero, el aborto no interrumpe, sino que termina el embarazo; y, segundo, que dicha terminación conlleva la correlativa privación de la vida del concebido no nacido.

Para justificar la libre disposición de la vida humana en gestación, el Ministro ponente refiere que se trata de “la expectativa de un ser”, lo cual es manifiestamente impreciso a la luz de la evidencia científica disponible.¹⁷ El concebido no es la “expectativa” de un ser, es un individuo humano en la primera etapa de su desarrollo (la gestación) y eso es un hecho demostrable.¹⁸

Insiste el ponente en que la obligación del Estado de procurar una esfera de resguardo a la vida en gestación “también está asociada a la protección que, en conjunto, corresponde a las mujeres en ejercicio de su derecho a elegir, optarán por el camino de la maternidad como plan y proyecto de vida”¹⁹, ¿cómo? Disponiendo de la vida de sus hijos en gestación.

Estas consideraciones se ratifican en el proyecto de la acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018, relativa a la protección de la vida del concebido no nacido en la Constitución de Sinaloa, cuyo ponente

¹⁶ Según lo refiere la Real Academia Española, la palabra “procrear” del latín *procreāre* as se puede definir como: 1. tr. Dicho de una persona o de un animal: engendrar un individuo de su misma especie. Por su parte, “engendrar”, del latín *ingenerāre* se define como: 1. tr. Dicho de una persona o de un animal: dar vida a un nuevo ser. Bajo tal contexto, a la luz de la evidencia científica disponible, al menos desde la biología celular, la genética y la embriología, no existe duda de que al momento de la concepción/fertilización/fecundación inicia una vida humana individual, única y distinta de la de la madre. Es decir, un nuevo ser.

¹⁷ V. Foja 14 de la versión taquigráfica de la sesión de 06 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>; así como el párrafo 183 del proyecto público de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017.

¹⁸ Entre otros textos, para efectos de profundizar en la justificación científica expuesta, resulta de utilidad el texto siguiente: López-Moratalla, Natalia, “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano”, *Persona y Bioética*, 14(2), 2010, p.p. 120-140.

¹⁹ V. Foja 14 de la versión taquigráfica de la sesión de 06 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.

expresamente reconoció que -en la acción de inconstitucionalidad 148/2017- el Tribunal Pleno “construyó” un derecho a decidir.²⁰

Como se ha evidenciado, el ejercicio de activismo judicial desplegado por el Pleno de la Corte en los asuntos de referencia es problemático. Esto, pues una cosa es reconocer un derecho que no tiene fundamento expreso, pero se extrae del parámetro normativo en su conjunto, como sucedió con el libre desarrollo de la personalidad, y otra muy distinta, es abiertamente construir un derecho en sede judicial que, además, desconoce la protección expresa que sí tiene el individuo humano en gestación conforme al parámetro de regularidad constitucional válido y vigente en México.

Así, la clave para identificar el exceso en el que incurrieron los Ministros está en distinguir puntualmente dos verbos rectores frente a las modificaciones normativas desplegadas mediante activismo judicial: reconocer (como sucedió con el libre desarrollo de la personalidad) y construir (como observamos respecto del “derecho” al aborto).

Es decir, las determinaciones objeto de análisis se basan en un pretendido “derecho” que la Corte manufactura *ad hoc* para resolver en un sentido determinado y, debe decirse, a la luz de la narrativa que el activismo abortista ha incorporado al debate público.²¹ Así, los *slogans* ideológicos que se escuchan desde el abortismo fueron ajustados con una pseudo argumentación que se mantuvo al margen del verdadero debate constitucional de fondo.²²

Bajo tal contexto, resulta abiertamente cuestionable el despliegue de activismo judicial que desarrolló la Corte, pues nuestro Tribunal Constitucional construyó un pretendido derecho al aborto, bajo el eufemismo del “derecho a decidir” a partir de premisas falsas y se abstuvo de dar respuesta a la verdadera pregunta

²⁰ V. Foja 5 de la versión taquigráfica de la sesión de 09 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.

²¹ Consultado en: V. <https://gire.org.mx/blogs/derecho-a-decidir-cinco-mitos-sobre-el-aborto-a-la-luz-de-la-evidencia/>

²² Sobre los *slogans* ideológicos, basta identificar que, tanto en el proyecto, como en las sesiones respectivas, se habló del “derecho” a decidir si “ser madre o no”, a “decidir libremente sobre su propia vida”, “sobre su cuerpo”, etc.

de fondo: ¿tiene la mujer embarazada derecho a disponer de la vida de su hijo en gestación sin necesidad de justificar dicha determinación de modo alguno?

Más allá de los eufemismos y adornos lingüísticos, es fundamental tener claro lo que subyace al “derecho a decidir” y, sobre esa base, cuestionarnos si dichas conductas son admisibles en nuestro orden jurídico en calidad de “derechos” de las mujeres:

- “Derecho” a impedir que nuestros hijos nazcan.
- “Derecho” a disponer de la vida de otro.
- “Derecho” a descartar individuos humanos únicos, inocentes e incapaces de defenderse.
- “Derecho” a despojar de su dignidad a otro.
- “Derecho” a una vía de escape frente a sexo irresponsable.

Lamentablemente, en esta ocasión el activismo judicial funcionó para la Suprema Corte como camino argumentativo para abstenerse de resolver las verdaderas preguntas constitucionales de fondo: ¿es el aborto voluntario un derecho? Y, si se califica de esa manera, tal y como lo resolvieron valiéndose de eufemismos, ¿cuál es su contenido y alcance? ¿Dónde queda la dignidad humana del concebido no nacido? ¿Existen ahora humanos de primera y segunda categoría dependiendo de la arbitraria etapa de desarrollo que establezca un legislador o un juez?

III. DESPROTECCIÓN ABSOLUTA DEL CONCEBIDO NO NACIDO

La desprotección de la vida humana en gestación se basó esencialmente en un argumento que he denominado en otras ocasiones como la “artimaña lingüística”. Si se le expusiera directamente al concebido no nacido esta trampa argumentativa, se expresaría de la siguiente manera: sí eres humano, pero no eres “persona” y, por ende, no eres titular de derechos.

III.I. LA “ARTIMAÑA LINGÜÍSTICA”

Para el caso de Coahuila, desde el proyecto se refirió que el concebido “escapa a la noción de persona como titular de derechos humanos”. Por su parte, en el proyecto relativo al asunto de Sinaloa, la artimaña lingüística se expresó de la siguiente manera: “Concederle [al concebido] el estatus de persona es una decisión ética personal que no puede imponerse [...] en forma de prescripción jurídica”.

Ahí está, la artimaña lingüística transmutada en determinación jurisdiccional vinculante. La Corte desconoce al ser humano como la precondition necesaria para que exista una “persona” e invierte dicha situación mediante una interpretación del lenguaje que admite colocar al derecho antes que la propia realidad fáctica, dándole preeminencia a la norma positiva y a su interpretación frente a los hechos: “eres humano, pero no eres persona”.

Así, se excluye al concebido como titular del derecho a la vida (a sobrevivir) y se le niega protección alguna, desconociendo un hecho fundamental y demostrable: su calidad de individuo humano único y distinto de su madre. Hecho que – hasta ahora – conllevaba la calidad de titular de una dignidad inherente que debiera hacerlo merecedor de – al menos cierto grado – de respeto y protección.

Más allá del problema valorativo subyacente, la artimaña lingüística de la que se vale la Corte para desproteger al concebido constituye un vicio grave dentro de las determinaciones objeto de análisis. Esto dado que los Ministros abiertamente ignoraron el parámetro constitucional y convencional que protege al concebido no nacido. Es decir, desconocieron porciones específicas del parámetro de regularidad constitucional vigente, con el fin de resolver en un sentido determinado.

III.II. EL PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL IGNORADO

Por lo que hace al texto constitucional, el artículo 123, apartado A, en sus fracciones V y XV: (i) reconoce que el embarazo exige protección diferenciada “en relación con la gestación”; e (ii) impone al patrón diversas exigencias en materia de

seguridad e higiene, de manera que el lugar de trabajo resulte en la mayor garantía para la “salud y vida” de los trabajadores “y del producto de la concepción”, cuando se trata de mujeres embarazadas. Así, la Constitución reconoce expresamente que el concebido es titular de al menos dos derechos: salud y vida.

Al respecto, debe precisarse que en la exposición de motivos de la iniciativa que dio lugar a la reforma del artículo 123 constitucional para quedar en los términos descritos, se precisó que: “la presente iniciativa plantea sendas reformas [...] guiadas por el propósito de abrir a la mujer, con máxima amplitud, el acceso al trabajo, así como por el objetivo de proteger al producto de la concepción y establecer, en suma, condiciones mejores para el feliz desarrollo de la unidad familiar”.²³ Es decir, la protección del concebido fue una de las finalidades concretas buscadas con la modificación de la disposición constitucional de referencia.

Por su parte, en el ámbito convencional se encuentran vigentes en México al menos dos tratados internacionales que protegen al concebido no nacido. Antes de detallarlos, resulta fundamental tener presente que, en términos de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la interpretación de un tratado comprende su preámbulo.²⁴

Ahora bien, primero, la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en México desde 1991: (i) define “niño” como todo ser humano menor de dieciocho años, lo que desde luego incluye al concebido no nacido;²⁵ (ii) en su preámbulo, reitera la dignidad como cualidad inherente de todos los miembros de la familia

²³ Iniciativa de Decreto de Reformas y Adiciones a los artículos 4o., 5o., 30, apartado B, fracción II y 123 apartado A, Fracciones II, V, XI, XV, XXV, y XXIX y apartado B, fracciones VIII y XI, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el Poder Ejecutivo Federal de fecha 24 de septiembre de 1974.

²⁴ Sección Tercera; Interpretación de los tratados; 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos [...].

²⁵ Entre otros textos, para efectos de profundizar en la justificación científica expuesta, resulta de utilidad el texto siguiente: López-Moratalla, Natalia, “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano”, *Persona y Bioética*, 14(2), 2010, p.p. 120-140.

humana;²⁶ y (iii) refiere que el nacimiento no debe ser causa injustificada de distinción en materia de derechos.

Es decir, incluye dentro de su ámbito de protección al no nacido y, en tal contexto, reconoce su “derecho intrínseco a la vida”; pues dentro de la previsión de tal derecho no distingue entre nacido y no nacido, como sí lo hace -por ejemplo- respecto del derecho al nombre, que el niño tiene “desde que nace”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente en México desde 1981, dispone que el derecho a la vida es “inherente a la persona humana” e incluye al concebido dentro de la categoría de “persona humana”. Esto, pues dispone que “todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” es decir, al carácter de persona. Al respecto, es fundamental tener presente que el hecho demostrable de que el concebido tiene carácter de “ser humano” se fortalece con lo dispuesto en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO que, si bien carece de fuerza vinculante, permite observar que las premisas científicas que individualizan al concebido han sido reconocidas en el ámbito internacional. La referida Declaración dispone que: “el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas” y el concebido tiene un genoma único y distinto del de sus progenitores.

IV. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, es admisible concluir que las determinaciones de la mayoría del Pleno de la Suprema Corte mexicana en materia de aborto carecen de legitimidad suficiente como para atribuirles un efecto vinculante más allá de lo formal. Ello, derivado de los vicios argumentativos expuestos en párrafos precedentes.

²⁶ La libertad, la justicia y la paz está en el reconocimiento de “la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todo miembro de la familia humana”.

Por lo anterior, el presente texto constituye una doble invitación al gremio jurídico. Primero, para evitar considerar que las determinaciones objeto de análisis han clausurado el debate en relación con el pretendido “derecho” al aborto. Esto, bajo la conocida frase de “ya lo dijo la Corte”, que suele utilizarse como argumento de autoridad, pero que en este caso particular únicamente serviría para justificar lo injustificable. Es decir, en materia de aborto voluntario dicha expresión únicamente serviría para validar desde el derecho la injusticia que representa despojar absolutamente de su dignidad a los individuos humanos más indefensos e inocentes bajo una serie de razonamientos deficientes como los descritos en el presente. Y segundo, para que reflexionemos profundamente, nos informemos y abramos el diálogo respetuoso sobre este tema de una relevancia fundamental que trasciende el ámbito jurídico.

V. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Legislación

Código Penal del Estado de Coahuila.

Código Penal para el Estado libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Constitución Política del Estado de Sinaloa.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Bibliografía

Criterio del Poder Judicial de la Federación de rubro DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. SCJN; 9a. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; P. LXVI/2009; TA; 1. Registro digital: 165822.

Proyecto público de resolución a la acción de inconstitucionalidad 148/2017.

Proyecto público de resolución a la acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018.

Bickel, Alexander, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, 16-17, 2nd Ed, 1986.

Kennedy, Duncan, *Strategizing strategic behavior in Legal Interpretation*. *Utah L. Rev.* 1996.

López-Moratalla, Natalia, “El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano”, *Persona y Bioética*, 14(2), 2010.

Iniciativa de Decreto de Reformas y Adiciones a los artículos 4o., 5o., 30, apartado B, fracción II y 123 apartado A, Fracciones II, V, XI, XV, XXV, y XXIX y apartado B, fracciones VIII y XI, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el Poder Ejecutivo Federal de fecha 24 de septiembre de 1974.

Otras fuentes

GIRE. Grupo de Información en Reproducción Elegida, AC. (2019) *Derecho a decidir: cinco mitos sobre el aborto a la luz de la evidencia*. Consultado de: <https://gire.org.mx/blogs/derecho-a-decidir-cinco-mitos-sobre-el-aborto-a-la-luz-de-la-evidencia/>

Real Academia Española

Engendrar: <https://dle.rae.es/engendrar>

Procrear: <https://dle.rae.es/procrear>

Revista Justicia y Libertad
Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 2-18

Versiones taquigráficas de las sesiones de 6, 7 y 9 de septiembre de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas>.

Revista Justicia y Libertad
Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 2-18

**LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO Y SU IMPACTO EN EL
PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ AL CUMPLIRSE UNA
DÉCADA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS
HUMANOS**

***THE SURROGATE MOTHERHOOD IN MÉXICO AND ITS IMPACT ON THE
PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF CHILDREN AFTER A DECADE OF
THE CONSTITUTIONAL REFORM ON HUMAN RIGHTS***

Eduardo Sotelo González¹

RESUMEN: La maternidad subrogada es conocida también como renta de vientres, subrogación de úteros o gestación por sustitución, y en la actualidad representa un enorme desafío para el sistema jurídico mexicano en virtud de la inexistencia de una legislación federal y de legislaciones locales, con excepción de Tabasco y Sinaloa, que establezcan una regulación adecuada y objetiva de este procedimiento de reproducción asistida.

En México, con las excepciones señaladas, no hay normas jurídicas reguladoras de esta práctica de reproducción, lo que genera un tamiz de riesgos de enorme trascendencia, entre los que destacan: una práctica clandestina, la mercantilización de la gestación, el abuso de las mujeres contratadas; o peor aún, dejar sin protección a los menores gestados bajo este procedimiento de reproducción cuyos derechos humanos pueden ser terriblemente vulnerados. Resulta ignominioso pensar en niños y niñas sin nacionalidad, sin familia o abandonados por haber nacido con alguna discapacidad derivado de este vacío legal.

¹ Licenciado en Derecho y Licenciado en Contaduría y ha cursado Maestría en Derecho Constitucional y Amparo y Maestría en Fiscal.

El presente artículo tiene como objetivo reflexionar acerca de la ausencia de tutela jurídica para los infantes ante la falta de regulación normativa de esta práctica. La metodología empleada en esta investigación es analítica, deductiva, dialéctica y estructural, a partir del estudio de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, los derechos humanos de los infantes, la exposición de un análisis situacional en México y una conclusión que permita confirmar la hipótesis de que dicha omisión legislativa violenta el principio del interés superior de la niñez.

Palabras clave: maternidad subrogada, interés superior, niñez, legislación.

ABSTRACT: The surrogate motherhood is also known as leasing of bellies, uterus surrogacy or surrogacy, and currently represents a huge challenge for the Mexican legal system due to the lack of federal and local laws, with the exception of Tabasco and Sinaloa, which establish an adequate and objective regulation of this assisted reproduction procedure.

In Mexico, with the aforementioned exceptions, there are no legal norms regulating this reproductive practice, which generates a screening of risks of enormous importance, among which the following stand out: a clandestine practice, the commercialization of pregnancy, the abuse of hired women; or even worse, leave unprotected minors gestated under this reproduction procedure, whose human rights can be terribly violated. It is ignominious to think of boys and girls without nationality, without family or abandoned because they were born with a disability derived from the existing legal vacuum.

This article aims to reflect on the absence of legal protection for infants in the absence of normative regulation of this practice. The methodology used in this research is analytical, deductive, dialectical and structural,

based on the study of surrogacy as a technique of assisted reproduction, the human rights of infants, the presentation of a situational analysis in Mexico and a conclusion that allows confirming the hypothesis that said legislative omission violates the principle of the best interests of children.

Keywords: surrogate motherhood, best interests, children, laws.

Sumario: I. *La maternidad subrogada como procedimiento de reproducción asistida*; II. *Derechos humanos de las niñas y los niños*; III. *Análisis situacional en México*; IV. *Conclusiones*; V. *Fuentes de investigación*.

I. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PROCEDIMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La maternidad subrogada es un procedimiento de reproducción asistida conocida también como renta de vientres, subrogación de úteros o gestación por sustitución, y consiste en el acuerdo de voluntades entre una mujer, quien acepta que su útero sea utilizado para la implantación de un embrión ajeno, con la finalidad de llevar a cabo el proceso de gestación hasta el parto, y por el otro lado, personas infértiles, mujeres con impedimentos médicos para llevar a término un embarazo o bien parejas homosexuales.

Asimismo, la técnica conocida como maternidad subrogada, gestación subrogada o por sustitución, o útero subrogado, consiste esencialmente en que a una mujer se le implante un cigoto o embrión en su útero con el fin de que se gesté el nuevo ser hasta su nacimiento, con el compromiso de esa mujer de abandonar o entregar al recién nacido con el fin de que la madre, el padre o la pareja que la contrató lo asuman como hijo. Y en el que puede haber diversas modalidades, pues

la madre gestante puede o no aportar el óvulo, y el espermatozoide puede o no ser dado por algún miembro de la pareja que la contrató.²

Como puede advertirse de lo anterior, la gestación por sustitución es realizada con el apoyo de técnicas de reproducción asistida y requiere de la supervisión médica para llevar a cabo la fecundación en la mujer, continuando con la gestación del embrión humano y posteriormente el nacimiento del o la menor. Las técnicas de reproducción asistida han sido creadas por la ciencia médica con la finalidad de ayudar a las personas y a las parejas a lograr un embarazo en los casos de infertilidad, impedimento médico o bien tratándose de parejas homosexuales; asimismo, cuando la mujer toma la decisión de procrear sin que ella considere formalizar una relación sentimental o afectiva con un varón como su esposo o pareja ejerciendo su derecho humano del libre desarrollo de la personalidad. Entre las técnicas de reproducción asistida encontramos las siguientes:

- La fecundación *in vitro*.
- La transferencia de embriones.
- La transferencia intra-tubárica de gametos.
- La transferencia intra-tubárica de cigotos.
- La transferencia intra-tubárica de embriones.
- La criopreservación de ovocitos y embriones.
- La donación de ovocitos y embriones.
- El útero subrogado.

Ahora bien, para llevar a cabo cualquiera de los procedimientos de reproducción asistida es fundamental la voluntad de las personas; en este sentido, tal y como se ha expresado en líneas anteriores, se trata de la manifestación de la libre voluntad de la mujer quien acepta que su útero sea utilizado para la implantación de un embrión ajeno con el compromiso de entregar al menor a la persona o pareja que la contrató. En este sentido, para la persona o personas que reciben al menor, destaca y se vuelve fundamental la denominada voluntad

² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consultado en <https://www.scjn.gob.mx/>. Fecha de consulta: 1 de agosto de 2021.

procreacional que consiste en la decisión de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea, dando lugar así al surgimiento de las obligaciones legales derivadas de la filiación.

Las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a una serie de conflictos en el orden científico, jurídico, moral y religioso; por ejemplo, en un caso específico puede haber tres madres del menor procreado: la que ha manifestado su voluntad procreacional, la que dona el óvulo y la tercera que lleva cabo la gestación y alumbramiento del o la menor. Lo anterior nos muestra la complejidad del tema y por lo cual urge una adecuada regulación jurídica.

II. DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de los seres humanos, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de cada persona. Estos derechos están establecidos en la Constitución Mexicana, así como en las leyes nacionales e instrumentos internacionales. Estos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.³

En 1959 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño que se apoyaba en diez principios fundamentales:⁴

- Principio 1. Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
- Principio 2. Derecho a una protección especial para que puedan crecer física, mental y socialmente libres.
- Principio 3. Derecho a tener un nombre y una nacionalidad.
- Principio 4. Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuadas.

³ Comisión Nacional de Derechos Humanos. Consultado en <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos/>. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2021.

⁴ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Consultado en <https://unicef.org.mx/>. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2021.

- Principio 5. Derecho a la educación y atenciones especiales para los niños física o mentalmente disminuidos.
- Principio 6. Derecho a la comprensión y amor por parte de las familias y de la sociedad.
- Principio 7. Derecho a una educación gratuita. Derecho a divertirse y jugar.
- Principio 8. Derecho a atención y ayuda preferentes en caso de peligro.
- Principio 9. Derecho a ser protegido contra el abandono y la explotación en el trabajo.
- Principio 10. Derecho a recibir una educación que fomente la solidaridad, la amistad y la justicia entre todo el mundo.

Estos principios propuestos por la Organización de las Naciones Unidas tuvieron gran aceptación en los Estados y fue de gran utilidad para impulsar la creación de una normatividad más abundante para la protección de la niñez.

Entre los tratados y acuerdos internacionales que reconocen y protegen los derechos de la niñez tenemos los siguientes:

- a) Convención sobre los Derechos del Niño.
- b) Protocolos facultativos.
- c) Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados.
- d) Protocolo facultativo sobre la venta de niñas y niños, su utilización en la pornografía y prostitución infantil.
- e) Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo.
- f) Conferencia del Cairo.
- g) Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer.
- h) Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.
- i) Observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, todos los instrumentos jurídicos citados en líneas previas tienen como objetivo principal la tutela y protección del interés superior de la niñez el cual consiste en la obligación que tiene el Estado para que en todas sus decisiones

públicas garanticen el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, así como el pleno desarrollo de los niños y las niñas en los aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.

Cuando se hace referencia a este principio, el máximo interés siempre serán los derechos de la niñez. Asimismo, es importante destacar que el principio del interés superior de la niñez va más allá de los ámbitos jurídicos y legislativos, toda vez que debe atenderse en todos los órdenes de gobierno, las autoridades, instituciones públicas y privadas. En nuestro sistema jurídico mexicano podemos identificar la tutela de este principio en el artículo 4 de la Constitución Federal mismo que textualmente dice:

Artículo 4. [...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de niño, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez [...]

De igual manera tales derechos de los infantes se han incorporado en la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Los derechos humanos de los niños y niñas se encuentran consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Este tratado internacional fue aprobado el 20 de noviembre del 1989 y contiene en su artículo 3 el alcance del interés superior de la niñez en el cual textualmente se expresa lo siguiente:

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

A partir del texto anterior podemos identificar que el principio de interés superior de la niñez consiste en que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo; asimismo, corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

Por su parte el artículo 4 de la citada Convención establece que:

Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

III. ANÁLISIS SITUACIONAL EN MÉXICO

La regulación jurídica de la maternidad subrogada en el sistema normativo mexicano ha presentado una notable ausencia en virtud de que, como se ha destacado previamente, solo dos entidades federativas, Sinaloa y Tabasco, tienen normas reguladoras de esta figura objeto de estudio en el presente artículo. Tampoco hay normatividad federal que establezca regulación objetiva en materias de filiación, maternidad o paternidad de la también llamada maternidad por sustitución.

En ese contexto, el pasado mes de junio del año en curso la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión 553/2018, a través del cual se introdujo al estudio del derecho a la procreación mediante el acceso a técnicas de reproducción asistida a las parejas de matrimonios homosexuales. Para tales efectos, la Corte adujo como base fundamental que en el contenido del artículo 4 de la Constitución Federal se consagra la protección jurídica de la organización y el desarrollo de la familia.

Ahora bien, en virtud de la evolución social y jurídica que ha tenido la institución de familia, el concepto en donde solamente se hace referencia a una sola modalidad a partir de un varón, una mujer y los hijos procreados dentro del matrimonio, ha quedado totalmente superado; toda vez que la familia es, en la

Revista Justicia y Libertad
Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 19-30

actualidad, una realidad social de diversos matices y por ello el Estado debe brindar tutela en todas sus formas y manifestaciones. De esta manera la familia puede surgir a partir de una pareja de diferente sexo; de una pareja del mismo sexo; o bien, únicamente a partir de un varón o una mujer con un determinado número de hijos concebidos de forma sexual o a través de alguna técnica de reproducción asistida, como se ha expuesto previamente en el presente artículo de investigación jurídica. Adicionalmente debe considerarse que la familia puede conformarse a través del procedimiento de adopción de menores que se regulan en los códigos familiares.

Es importante resaltar que el amparo en revisión citado en líneas previas no es el único caso que la Corte mexicana ha resuelto acerca de este tema de reproducción asistida. En el amparo directo en revisión 2766/2015, el máximo tribunal afirmó que "...la reproducción asistida consiste en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando una pareja presenta problemas de infertilidad... la reproducción asistida alude a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación y posterior nacimiento del hijo... las técnicas de reproducción asistida se constituyen como un grupo de diferentes tratamientos médicos utilizados para ayudar a personas y parejas a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación tanto de espermatozoides como de ovocitos, o embriones para el establecimiento de un embarazo..."⁵

La maternidad subrogada es un procedimiento de reproducción asistida que requiere fundamentalmente el acuerdo de voluntades entre los sujetos participantes: la mujer gestante aceptando que se le implante el cigoto o embrión y someterse al procedimiento médico que así corresponda; su consentimiento expreso para no reclamar derechos respecto del menor una vez que se dé el alumbramiento.

⁵ Amparo directo en revisión 2766/2015, resuelto por la Primera Sala en sesión de doce de julio de dos mil diecisiete por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, se reservaron su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández (Presidenta y Ponente). El Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena estuvo ausente.

Asimismo, debe converger en todo momento la voluntad procreacional de la madre, el padre o la pareja que la contrató.

Por lo anterior, es de suma urgencia que los órganos legislativos locales y federal se avoquen al desarrollo de normas jurídicas que brinden un soporte jurídico objetivo, vigente y completo para el desarrollo de esta práctica. Que el acuerdo de voluntades, que es piedra angular para este procedimiento de reproducción asistida, encuentre en la norma jurídica los elementos personales y formales para la celebración del convenio en virtud del cual se consagre el acuerdo de voluntades libre, espontáneo y auténtico al que han llegado tanto la mujer que rentará su útero y la madre, el padre o la pareja que manifiesten su voluntad procreacional como un sublime acto en atención al derecho humano del libre desarrollo de la personalidad.

Empero, a pesar del gran avance que se logra en nuestro sistema jurídico con el amparo en revisión 553/2018, con motivo de esta reflexión jurídica, se considera que existe un gran vacío legal en lo referente a la tutela del interés superior de la niñez. La regulación normativa debe ir más allá de simplemente considerar que este principio queda colmado con el registro inmediato del menor, a tener un nombre y una nacionalidad en atención a su derecho humano a la identidad.

La problemática detectada se prolonga a diversos supuestos expresados en líneas anteriores: ¿qué medidas preventivas, y en su caso sancionadoras, tiene el Estado en el caso de niños y niñas abandonados por haber nacido con alguna discapacidad? ¿Qué hacer para que la maternidad subrogada no se convierta en un acto de simple mercantilización? ¿Cómo evitar el tráfico de menores gestados a través de esta técnica de reproducción asistida? ¿Cómo evitar que la maternidad subrogada sea utilizada como productora de infantes para el tráfico de órganos? En este contexto, tal y como se afirmó con anterioridad, este vacío de normas jurídicas, de políticas públicas y de acciones gubernamentales, representa un enorme desafío para el Estado mexicano.

IV. CONCLUSIONES

Primera. Las técnicas de reproducción asistida han sido creadas por la ciencia médica con la finalidad de ayudar a las personas y a las parejas a lograr un embarazo en los casos de infertilidad, impedimento médico o bien tratándose de parejas homosexuales.

Segunda. La maternidad subrogada consiste esencialmente en que a una mujer se le implante un cigoto o embrión en su útero con el fin de que se gesté el nuevo ser hasta su nacimiento, con el compromiso de esa mujer de abandonar o entregar al recién nacido con el fin de que la madre, el padre o la pareja que la contrató lo asuman como hijo. Y en el que puede haber diversas modalidades, pues la madre gestante puede o no aportar el óvulo, y el espermatozoide puede o no ser dado por algún miembro de la pareja que la contrató.

Tercera. La maternidad subrogada es conocida también como renta de vientres, subrogación de úteros o gestación por sustitución y en la actualidad representa un enorme desafío para el sistema jurídico mexicano en virtud de la inexistencia de una legislación federal y de legislaciones locales, con excepción de Tabasco y Sinaloa, que establezcan una regulación adecuada y objetiva de este procedimiento de reproducción asistida.

Cuarta. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado un pronunciamiento de gran importancia a través del amparo en revisión 553/2018, a través del cual se introdujo al estudio del derecho a la procreación mediante el acceso a técnicas de reproducción asistida a las parejas de matrimonios homosexuales.

Quinta. La problemática detectada se prolonga a diversos supuestos expresados en líneas anteriores: ¿qué medidas preventivas y en su caso sancionadoras tiene el Estado en el caso de niños y niñas abandonados por haber nacido con alguna discapacidad? ¿Qué hacer para que la maternidad subrogada no se convierta en un acto de simple mercantilización? ¿Cómo evitar el tráfico de menores gestados a través de esta técnica de reproducción asistida? ¿Cómo evitar

que la maternidad subrogada sea utilizada como productora de infantes para el tráfico de órganos? Este vacío de normas jurídicas, de políticas públicas y de acciones gubernamentales representa un enorme desafío para el Estado mexicano.

V. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Declaración de los Derechos del Niño

Ley Federal de Niños, Niñas y Adolescentes

Otras fuentes

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Consultado en

<https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos/>.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Consultado en <https://unicef.org.mx/>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consultado en <https://www.scjn.gob.mx/>.

**EL DERECHO HUMANO A LA REPARACIÓN
(CASO MAYAN PALACE, AMPARO EN REVISIÓN 30/2013)**

**HUMAN RIGHT TO REPARATION
(MAYAN PALACE CASE, AMPARO IN REVIEW 30/2013)**

Everardo Villaseñor González¹

RESUMEN: El Caso Mayan Palace se ha vuelto uno de los casos más icónicos y novedosos sobre la reparación del daño moral en México; al estilo de los grandes fallos millonarios norteamericanos o de las magníficas obras literarias jurídicas del escritor de novelas John Grisham, en donde se desarrollan grandes litigios o batallas legales que generan triunfos económicos altísimos para los postulantes, que ilusionan a conseguir asuntos jurídicos de ese tipo, tan es así, que ya hay muchos abogados que buscan especializarse en el tema de la reparación del daño.

Todo se deriva del Amparo en Revisión 30/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 26 de febrero del 2014, en donde revolucionó la interpretación del artículo 1916 del Código Civil para la Ciudad de México, que es parte del Capítulo V de las Obligaciones que nacen de los actos ilícitos, del Libro Cuarto de las Obligaciones, debido a que la resolución final se basó en la interpretación sistemática y hermenéutica para poder determinar el quantum de la indemnización por daño moral, sobre la vida de un joven que falleció en las instalaciones del famoso Hotel de Acapulco “Mayan Palace Resort”, por lo que para mejor proveer este ensayo transcribiré como si se insertara conforme a la letra dicho artículo en comentario:

¹ Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (en proceso de titulación del Centro de Estudios Jurídicos Carbonell)

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.²

La relevancia de transcribir dicho artículo, es debido a que todo nace por la Primera Sala al entrar al escrutinio estricto de la porción normativa; “...la situación económica...”, y en donde resuelve que es inconstitucional dicha porción normativa, por ende, ordena que se deseche por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación, de ahí se deriva un capítulo completo que se realiza en la Sentencia de Test de Igualdad respecto a la situación económica de la víctima para determinar la indemnización a las consecuencias patrimoniales derivadas del daño moral.

Este trabajo se ha estructurado en cuatro puntos. En el punto I. “Introducción” se explicará sobre la historia del tema central, el objetivo, el problema, solución y la estructura. En el punto II. “Marco Teórico del Amparo Directo 30/2013” se hace una explicación sobre el principio en el marco constitucional. El punto III. La resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ¿es excesiva o es

² Código Civil vigente para la Ciudad de México, consultable en: 50289a13825049361bb4abc0298d1374beed4009.pdf (congresocdmx.gob.mx)

tuteladora?”, se analizará para poder determinar si podemos contestar de forma afirmativa o de forma negativa a esa gran interrogante. Y punto IV. “Conclusiones”.

Palabras Claves: Reparación, Daño Moral, Igualdad, No Discriminación, Tutela Judicial Efectiva, Debido Proceso, Derecho Humano.

ABSTRACT: The Mayan Palace Case has become one of the most iconic and innovative cases on the reparation of moral damages in Mexico; in the style of the great North American millionaire rulings or the magnificent legal literary works of the novelist John Grisham, where large litigation or legal battles are developed that generate very high economic triumphs for applicants, which inspire them to achieve legal matters of that type, so much so, that there are already many lawyers seeking to specialize in the subject of damage repair.

Everything is derived from the Amparo in Review 30/2013, resolved by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation on February 26, 2014, where it revolutionized the interpretation of article 1916 of the Civil Code for Mexico City, which It is part of Chapter V of the Obligations that arise from illegal acts, of the Fourth Book of Obligations, because the final resolution was based on the systematic and hermeneutical interpretation to be able to determine the quantum of the compensation for non-pecuniary damage, on the life of a young man who died in the facilities of the famous Acapulco Hotel "Mayan Palace Resort", so to better provide this essay I will transcribe as if the said article in comment will be inserted according to the letter:

Article 1916. By moral damage is understood the affectation that a person suffers in their feelings, affections, beliefs, decorum, honor, reputation, private life, configuration and physical appearance, or in the consideration that others have of themselves. It will be presumed that there was moral damage when the liberty or physical or mental integrity of people is unlawfully violated or undermined. When an unlawful act or omission produces moral damage, the person

Revista Justicia y Libertad

Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 31-44

responsible for it will have the obligation to repair it by means of monetary compensation, regardless of whether material damage has been caused, both in contractual and extra-contractual liability. The same obligation to repair moral damage will have the person who incurs objective liability in accordance with article 1913, as well as the State and its public servants, in accordance with articles 1927 and 1928, all of them of this Code. The action for reparation is not transferable to third parties by act between living and only passes to the heirs of the victim when he has tried the action while alive. The amount of compensation will be determined by the judge taking into account the rights injured, the degree of responsibility, the economic situation of the person responsible, and that of the victim, as well as the other circumstances of the case.

The relevance of transcribing that article is due to the fact that everything is born by the First Chamber upon entering the strict scrutiny of the normative portion; "...the economic situation...", and where it resolves that normative portion is Unconstitutional, therefore, it orders it to be discarded for violating the principle of equality and NON-DISCRIMINATION, hence a complete chapter that is carried out in the Judgment of Equality test regarding the economic situation of the victim to determine the compensation for the financial consequences derived from the non-pecuniary damage.

Keywords: Reparation, Moral Damage, Equality, Non-Discrimination, Effective Judicial Protection, Due Process, Human Right.

Sumario: I. *Introducción*; II. *Marco Teórico del Amparo Directo 30/2013*; III. *La resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ¿es excesiva o es tuteladora?*; IV. *Conclusión*; V. *Fuentes de investigación*.

I. INTRODUCCIÓN

Un joven falleció por electrocución en un conductor húmedo (agua), al estar navegando en su kayak en un lago artificial dentro de las instalaciones del Hotel Mayan Palace en Acapulco, Guerrero, el día 16 de septiembre del 2010, por lo que los padres del menor demandaron por la vía ordinaria civil a la empresa hotelera, cuya razón social era Admivac S.A. de C.V.

Las prestaciones que demandaron eran: I. Indemnización por concepto de daño moral, por el fallecimiento de su hijo; II. Derivado de la responsabilidad objetiva de la demandada, los daños y perjuicios generados como consecuencia del traslado de su hijo fallecido al Estado de México, así como los gastos funerarios y de exhumación, por la suma de \$777,798.00 (setenta y siete mil setecientos noventa y ocho pesos 00/100); y III. Los gastos y costas que se generen en el juicio.

En la sentencia de primera instancia se resolvió: 1. Por responsabilidad civil, se determinó la falta de legitimación de los actores para hacer valer la acción de pago de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil que ocasionó la muerte de su hijo, dejando a salvo sus derechos para que los hagan valer en la forma correcta; 2. En relación al daño moral, se condenó a la empresa hotelera (Admivac S.A. de C.V.) a pagar a los actores una indemnización por daño moral por la cantidad de \$8,000,000.00 (ocho millones de pesos 00/100); y 3. Se absolvió a la demandante del pago de la indemnización por daño moral, al no acreditarse su responsabilidad en los derechos lesionados a los actores, y no se hizo especial condena en costas.

Se impugnó dicha resolución y la Sala Civil resolvió de forma legalista y *ius positivista*, al viejo estilo de operadores jurídicos del siglo pasado, reduciendo el pago de la indemnización por daño moral a \$1,000,000.00 (un millón de pesos 00/100), resolviendo totalmente en perjuicio y detrimento de los actores, situación que a mi personal punto de vista, los revictimizaron.

A la raíz de dicho resolutivo, se interpusieron Amparos Directos en contra de dicha resolución aberrante que demuestra que en México sigue operando la

impunidad y la corrupción. Debido a que se interpusieron varios Amparos Directos la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación atrajo los mismos.

Un dato relevante es que, en el inter de la atracción por la Primera Sala, el día 6 de junio del 2011, el sistema jurídico mexicano tuvo un gran salto en materias de Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos en Sede Interna y en Sede Convencional, reconocida como la gran reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y a la Ley de Amparo, otorgándoles grandes atributos novedosos para lograr la más efectiva protección de la Constitución y de los Derechos Humanos hacia los gobernados, podríamos decir la Tutela Judicial Efectiva Constitucional y Convencional.

Como podemos denotar, esa gran reforma a la Constitución y a la Ley de Amparo, permitió por primera vez que en México fuera una realidad tangible, una connotación teórica de la igualdad y no discriminación, como principio rector de la protección a la dignidad humana; para mejor entender el tema, es muy importante citar en palabras del gran Doctor Miguel Carbonell Sánchez en su magnífica obra “Los Derechos Humanos Régimen Jurídico y Aplicación Práctica”, lo siguiente:

“El principio de no discriminación rige no solamente para las autoridades sino también, con algunos matices, para los particulares; de esta forma, por mencionar algunos casos, los empleadores no podrán distinguir entre sus trabajadores con base de alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1º constitucional; tampoco lo podrán hacer quienes ofrezcan un servicio al público (por ejemplo negando la entrada a un establecimiento público a una persona por motivos de raza o de sexo) o quienes hagan una oferta pública para contratar (por ejemplo, quienes ofrezcan en alquiler una vivienda no podrán negarse a alquilarla a un extranjero o a una persona enferma). Lo anterior significa, entre otras cuestiones, que la prohibición de discriminar supone un límite a la autonomía de las partes al contratar.”³

Situación que llevó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a volverse un Tribunal Constitucional de índole Convencional, más allá de sus ataduras clásicas del Derecho Romano.

³ Carbonell, Miguel “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 6ta. Edición”, Editorial Tirant lo Blanch, (2017) Ciudad de México. Pág. 25.

De esa gran reforma constitucional, al otorgarles reconocimiento a los Derechos Humanos, por primera vez en México tuvo sus frutos; para mí, se perfeccionó ese reconocimiento pleno a la igualdad y a la no discriminación, tutelando y protegiendo por primera vez a la dignidad humana. En México, fue hasta el 6 de junio del 2011, que se reconocen por primera vez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los Derechos Humanos, de perspectiva iusnaturalista, en donde la tutela judicial efectiva juega el gran papel, paradójicamente regresando a las ideas de los Siglos XVIII y XIX, como de los vanguardistas pensadores de la época de la ilustración, haciendo gala de esos pensamientos revolucionarios que hoy a principios del Siglo XXI han sido retomados como necesarios, obligatorios y reconocidos en los Estados que reconocen la democracia, las libertades y los derechos para todos, así como reconocen el efectivo control del poder, como premisas prima facie en búsqueda de un verdadero estado democrático, de libertades y de derechos (estado ideal).

De este pensamiento iusnaturalista, se fundamenta en Amparo en Revisión 30/2013.

II. MARCO TEÓRICO DEL AMPARO DIRECTO 30/2013

Desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se tuvo una evolución lenta y proteccionista de la soberanía nacional, sin embargo, los cambios sociales y la evolución rápida de las comunicaciones que fueron el preámbulo de la actual globalización digital, fueron orillando al Estado Mexicano en sus cuatro poderes constituidos (Poder Ejecutivo, Legislativo, Ejecutivo y el Reformador), a empezar a adecuar y armonizar la Constitución, así como el sistema jurídico mexicano, más o menos, así fue esa evolución constitucional: A) Garantías individuales en su sentido más positivista, equivalente a los derechos humanos. Los derechos humanos “otorgados” por el Estado. La reforma de septiembre de 1992 al artículo 102 “B”, convalidó ese criterio. B) Las garantías individuales como una aproximación al concepto de derechos fundamentales de la tradición europea.

Revista Justicia y Libertad
Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 31-44

Este esquema se presentó a partir de 1999, con la reforma al artículo 102 “B”, en relación con derechos que “ampara”, el orden jurídico mexicano y el artículo 2 “A” II constitucional. C) La reforma constitucional del 10 de junio del 2011, cambió completamente la perspectiva, reconociendo los derechos humanos en la constitución y los que emanen de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Estas grandes reformas constitucionales fueron el preámbulo de una constitución mexicana diferente que se negaba a abrir sus brazos a reconocer los derechos humanos de perspectiva iusnaturalista y contractual. No obstante que en México somos punta de lanza en el Juicio de Amparo (La Institución de Protección de los Derechos Humanos), teníamos que plasmarlo en una norma o en la Carta Magna para que fueran oponibles al Estado.

Hoy por hoy, esa gran reforma fue el parteaguas de la efectiva protección de la unión hacia los gobernados. Ciertamente, esa gran reforma constitucional del 10 de junio del 2011, revolucionó el sistema jurídico mexicano, que se negaba aceptar los derechos humanos, así como la dignidad humana como fuente de éstos, ya que no estaban suscritos en leyes o normas positivas, no obstante que México había firmado grandes tratados internacionales, que protegían los Derechos Humanos como fuente de la dignidad humana, como es la Convención de Viena del año 1969 (La Convención de los Tratados Internacionales), que ya preveía cierta protección de derechos humanos que debían ser aplicados, pero también se tenía que superar las violaciones constitucionales y a los derechos humanos específicamente por leyes o normas inconstitucionales que violan el principio de igualdad y no discriminación, estas categorías sospechosas ya no se podían seguir violando o conculcando dichos derechos.

El artículo 1 constitucional fue el gran protagonista a lado del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque el Amparo Directo en análisis es de índole civil, la reparación del daño moral se analizó desde el derecho a la justa indemnización y a la protección del principio de igualdad y no

discriminación, debido a lo anterior, es que transcribiré dichos artículos conforme a la letra, por ser necesarios para este ensayo:

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 interpretarán 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.

*Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. 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.*⁴

Ahora, transcribiré el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo el siguiente:

*Artículo 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*⁵

Estos artículos protectores de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en un Test de Control de Regularidad Constitucionalidad y Convencionalidad, fueron la base para analizar la Constitucionalidad del Artículo 1916 del Código

⁴ Carbonell, Miguel "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 6ta. Edición", Editorial Tirant lo Blanch, (2017) Ciudad de México. Pág. 25.

⁵ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, consultable en: <https://www.bing.com/search?q=artículo+63.1+convención+americana&cvid=12ab28e08bdd4521b8a3ece5a267cc9a&FORM=ANAB01&PC=U531>

Civil de la Ciudad de México, en donde descanso la reparación del daño, conforme a la interpretación y aplicación de la Autoridad Responsable, la Primera Sala definió los siguiente:

“...Por lo tanto, la interpretación y aplicación que hizo la autoridad responsable del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal violó el derecho de IGUALDAD y NO DISCRIMINACIÓN de los quejosos. En estas condiciones, el concepto de violación resulta fundado por lo que deberá concederse el amparo para que la determinación de la compensación de las consecuencias extrapatrimoniales no se pondere su situación económica. De este modo, tal cual y como se realizará en el siguiente apartado deberá ajustarse el monto de indemnización a la real afectación que los padres de la víctima resintieron en sus sentimientos...”⁶

Para mejor proveer y entendimiento, nuevamente transcribiré el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en análisis:

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.⁷

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

⁶ SCJN Amparo en Revisión 30/2013, consultable en: Secretaría General de Acuerdos | Sentencias y Datos de Expedientes | Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn.gob.mx). pp. 112, 116, 124 y 125.

⁷ Código Civil vigente para la Ciudad de México, consultable en: 50289a13825049361bb4abc0298d1374beed4009.pdf (congresocdmx.gob.mx)

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.⁸

Esto es la base jurídica del Amparo en Revisión 30/2013, el icónico Caso Mayan Palace de Acapulco, Guerrero.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ¿ES EXCESIVA O ES TUTELADORA?

La gran reforma constitucional del 6 de junio de 2011 fue necesaria para poder asegurar la garantía de los derechos humanos, para hacer uso y goce pleno de ellos, y sobre todo para ejercerlos a plenitud, en búsqueda de la dignidad humana y la no discriminación, el control del poder y la protección en contra del Estado.

Este resolutivo fue sistemáticamente estructurado y hermenéuticamente bien argumentado, haciendo gala del derecho comparado anglosajón y de grandes artículos como el de "*Michigan Law Review*" *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, de Owen, David W., así como *The Moral Foundations of Punitive Damages* de "*Alabama Law Review*", y otros artículos que nos permiten ver más allá de los alcances que teníamos en México referente a las reparaciones del daño moral y extrapatrimonial.

Cultura jurídica que en México no es reconocida todavía para determinar y cuantificar los daños (quantum de la indemnización), no hemos podido entender cuánto vale lo intangible, o inexistente, como son los Sentimientos.

Fascinante resolución en el Amparo Directo 30/2013, que nos permite en México reconocer que existen derechos implícitos que deben ser tutelados y reparados en la dimensión y proporcionalidad del daño ocasionado, excelentes parámetros determinados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para determinar el daño ocasionado (alta, media y baja), esto permite evitar los abusos y excesos, pero al mismo tiempo obliga, con estos fallos tuteladores, que las

⁸ *Ídem*.

personas y las autoridades se abstengan de hacer conductas ilícitas y más aún, que no se vuelva a repetir.

En este punto III, y de la lectura de los dos puntos anteriores, podemos decir con toda autoridad, que: “la resolución es tuteladora de forma adecuada y novedosa”.

IV. CONCLUSIÓN

Los cuatro poderes de la unión (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Reformador), si realmente están en la búsqueda de la verdadera democracia, la justicia social, salvaguardar las libertades y los derechos humanos sin temor alguno, se deberán quitar restricciones a la constitución y al bloque de convencionalidad, otorgándole supremacía a los derechos humanos universales, interdependientes, indivisibles y progresivos, porque lo que se busca es la igualdad y la protección a la dignidad humana.

Entonces, sí podremos decir que la reforma constitucional en México es la verdadera tutela judicial efectiva, prerrogativa constitucional que permite buscar una norma más amplia y beneficiosa como ilimitada, sin importar la fuente, ya sea que se encuentre en algún Tratado Internacional que se oponga a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para lograr el mayor anhelo de todas las personas, vivir en un estado democrático, de libertades y de derechos, con eficiente regulación del poder, y vivir en igualdad, sin discriminación y con dignidad humana para la búsqueda de la felicidad.

Entonces los derechos humanos en México serán realmente universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.

Por lo trascendente de este Amparo Directo 30/2013, transcribiré la condena y el resolutivo, para fines académicos para empezar aterrizar en México, a la realidad las novelas de John Grisham, con los casos que todos los abogados soñamos tener desde que iniciamos esta gran carrera:

Beneficio económico que recibe la empresa por la actividad que ocasionó la muerte de la víctima. Cobra particular importancia que a través de la prestación

Revista Justicia y Libertad

Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 31-44

del servicio hotelero Admivac recibe cuantiosos ingresos, los cuales pueden estimarse como muy altos, de acuerdo al contrato de prestación de servicios antes detallado.

En resumen, además de acreditarse la responsabilidad de Admivac, se determinó respecto a la víctima: una grave afectación a los aspectos cualitativos del daño moral, es decir, que se lesionaron derechos de elevada entidad. Por otro lado, se estimó como consecuencias patrimoniales derivadas del daño sufrido, el desembolso presente y futuro, para el pago de las terapias psicológicas recomendadas, la cantidad de \$259,200.00 (doscientos cincuenta y nueve mil doscientos pesos 00/100 M.N), como consecuencias estrictamente patrimoniales derivadas del daño moral.

Respecto a la responsable, se estableció que su grado de responsabilidad fue grave, pues puso en riesgo la vida e integridad física, no sólo de la víctima, sino potencialmente de todos sus huéspedes; se acreditó un alto grado de negligencia; y se justificó la alta relevancia social de las actividades que realiza la empresa. Además, se considera que Admivac se beneficia económicamente de las actividades que, al haberse desempeñado negligentemente, llevaron a la muerte del joven, y que dicha empresa tiene una alta capacidad económica. En tal sentido, dada la grave afectación a los derechos de las víctimas, el alto grado de responsabilidad de Admivac y su alta capacidad económica, el quantum de la indemnización debe ser igualmente severo. Por tanto, esta Primera Sala considera que debe modificarse el monto de indemnización determinado por la Sala responsable, y condenarse a Admivac, sociedad anónima de capital variable a pagar a los actores padre víctima y madre víctima, a una indemnización por daño moral por la cantidad de \$30,259,200.00 (TREINTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS 00/100 M.N).

En las relatadas condiciones, dado lo fundado de los conceptos de violación que se estudiaron en esta ejecutoria, se impone conceder la protección federal solicitada por los quejosos para el efecto de que Sala responsable deje insubsistente la sentencia reclamada, y en su lugar emita otra en la que de acuerdo a los lineamientos expuestos en la presente ejecutoria condene a Admivac, S.A. de C.V. a pagar a padre víctima y madre víctima una indemnización por daño moral por la cantidad de \$30,259,200.00 (TREINTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS 00/100 M.N).

Por lo expuesto y fundado se resuelve:

ÚNICO. *La Justicia de la Unión ampara y protege a Padre Víctima y Madre Víctima en contra de la sentencia que constituye el acto reclamado, para los efectos precisados en el último considerando de la presente ejecutoria.⁹*

Como podemos leer, en México jamás se habían pagado cifras millonarias por indemnización por daño moral, que en este caso de Acapulco, se condenó al Hotel Mayan Palace Resort a pagar al padre víctima y a la madre víctima una

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 30/2013, consultable en: Secretaría General de Acuerdos | Sentencias y Datos de Expedientes | Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn.gob.mx). pp. 112, 116, 124 y 125.

indemnización por daño moral por la cantidad de \$30,259,200.00 (TREINTA MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS 00/100 M.N).

V. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Bibliografía

Carbonell, Miguel “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 6ta. Edición”, Editorial Tirant lo Blanch, 2017, Ciudad de México.

Carbonell, Miguel, “Los Derechos Humanos Régimen Jurídico y Aplicación Práctica 2ª. Edición” Editorial CEC, 2016, Ciudad de México.

Otras fuentes

Código Civil vigente para la Ciudad de México. Consultable en:
<https://congresocdmx.gob.mx.50289a13825049361bb4abc0298d1374beed4009.pdf>.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos, consultable en:
<https://www.bing.com/search?q=artículo+63.1+convención+americana&cvid=12ab28e08bdd4521b8a3ece5a267cc9a&FORM=ANAB01&PC=U531>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 30/2013, consultable en: Secretaría General de Acuerdos | Sentencias y Datos de Expedientes | Suprema Corte de Justicia de la Nación.

MITO VS REALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

MYTH VS. REALITY OF HUMAN RIGHTS TEN YEARS AFTER THE CONSTITUTIONAL REFORM IN MEXICO

Odette Mendoza Becerril¹

RESUMEN: La reforma en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011 es paradigmática para el Estado Mexicano, ya que se solidifican diversas figuras jurídicas como el bloque de constitucionalidad y el control difuso de la constitucionalidad, así como nacen diferentes principios como los más significativos, que son el principio *pro homine*, supremacía constitucional y el de convencionalidad; sin embargo, aún queda una larga tarea por parte del Estado Mexicano para no quedar en mito ni letra muerta estos derechos humanos, sino transformarlos con una realidad en la que estos derechos puedan estar al alcance de las personas, animales y, sobre todo, el medio ambiente, ya que las personas no ven a México como un Estado de Derecho sino todo lo contrario, se queda en mito causalista muy arraigado, pues la seguridad que antes otorgaban los dioses, ahora expulsados del mundo humano, se busca, ansiosamente, en la naturaleza como un fundamento inmovible contra el autoritarismo y el abuso del poder del estado. Un fundamento no mítico de los derechos humanos puede buscarse en la misma sociedad, como pudiera ser en la intersubjetividad de los seres humanos. Si la protección es necesaria en algunas situaciones, pero no

¹ Egresada de la licenciatura en Derecho con Área de concentración en Régimen de la Administración y Finanzas Públicas de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, Maestría en Educación (Universidad Aztlán), Garantías -Amparo (Universidad Mexicana de Educación a Distancia) y Derecho con área de concentración en Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de la UAM Azcapotzalco.

en todas. Dicho lo anterior, se estudiarán los diversos casos en donde la realidad de los derechos humanos ha quedado lejos de lo que es el mito, ya que México es uno de los países más letales en cuanto a la violación de los Derechos Humanos.

Palabras Clave: Reforma, Derechos Humanos, Mito, Constitución, Principio pro persona.

ABSTRACT: The Human Rights reform of June 10, 2011 is paradigmatic for the Mexican State since various legal figures, such as the constitutionality block and the diffuse control of constitutionality, are solidified, as well as different principles such as the most significant, which are the *pro homine* principle, constitutional supremacy and conventionality; however, there is still a long task on the part of the Mexican State to not remain a myth or a dead letter these human rights, but to transform them with a reality in which these rights can be within the reach of the people, animals and, especially, the environment, since people do not see Mexico as a rule of law, but on the contrary, it remains a deeply rooted causal myth, since the security previously granted by the gods, now expelled from the human world, it is eagerly sought in nature as an unshakable foundation against authoritarianism and abuse of the power of the state. A non-mythical foundation of human rights can be sought in society itself, as it could be in the intersubjectivity of human beings. If protection is necessary in some situations, but not all. Having said the above, we will study the various cases where the reality of human rights has remained far from what the myth is, since Mexico is one of the most lethal countries in terms of the violation of Human Rights.

Key Words: Reform, Human Rights, Myth, Constitution, Principle pro persona.

Sumario: I. *La Evolución de los Derechos Humanos*; II. *El Bloque de constitucionalidad*; III. *El Mito vs la Realidad de los Derechos Humanos en México*; III.I *Caso Mario & Fernando, voceros de la Tribu Yaqui*; III.II *Homicidio del Defensor Samir Flores*; III.III *Caso Ingrid Escamilla*; IV. *Reflexiones Finales*; V.

I. LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho, siendo una ciencia dinámica, tiene que estar en constante actualización conforme a la evolución social, económica, cultural y tecnológica global, es por esto que los antecedentes de los derechos humanos son base para generar las diferentes legislaciones nacionales e internacionales en esta materia, ya que ante todo debe de permanecer la protección del individuo y no sólo de sus derechos naturales que, como es sabido, son los derechos adquiridos desde que nace un individuo, sino sus derechos humanos.

La autora Bertha Solís García expone un panorama amplio acerca del tema de los derechos humanos, siendo importante y significativo el tema a nivel mundial, ya que el reconocimiento de la dignidad humana frente a las actividades del estado es trascendental en la globalización, siendo los derechos humanos “El conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes”.²

“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos

² García, B. S. (2021). *La Evolución de los Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 77-99.

derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.³

Por otra parte, los derechos humanos tienen diferentes generaciones, como la primera generación, que incluye los derechos civiles y políticos. Estos derechos fueron los primeros en ser reconocidos legalmente en la Independencia de Estados Unidos y en la Revolución Francesa. Se tratan de derechos que buscan de garantizar la libertad de las personas.

La segunda generación recoge los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se plantearon por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, después de una época porfirista donde los derechos de los más vulnerables eran violados, teniendo como consecuencia la Revolución Mexicana, donde se exaltaron el derecho a la educación (art.3º), el derecho agrario (art.27) y finalmente el derecho al trabajo y la previsión social (art. 123), mejor conocidos como hoy en día como derechos sociales.

La tercera generación de derechos pretende fomentar la solidaridad y autodeterminación entre los pueblos⁴ y las personas de todo el mundo, surgen por la necesidad de la cooperación entre naciones.

Actualmente, incluso se habla de derechos humanos de cuarta y quinta generación, ya que, como anteriormente se ha expuesto, es de vital importancia el derecho al acceso a la tecnología a nivel global, ya que actualmente todavía hay comunidades que tienen este derecho restringido por las situaciones económicas, educativas y geográficas de cada comunidad en específico.

En México la historia constitucional ha sido larga, empezando con la Constitución de Cádiz de 1812 y finalizando con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, siendo ésta la que actualmente nos rige; dentro de la historia constitucional, las Constituciones que más destacan son:

³ CNDH. (21 de ENERO de 2019). CNDH MÉXICO. Obtenido de CNDH MÉXICO: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>

⁴ En México prevalece la autodeterminación sobre los pueblos indígenas prevista en el artículo 2 de la Constitución Federal.

Constitución de Apatzingán de 1814, recogiendo principios políticos y aspiraciones de independencia de los “Sentimientos de la Nación”, aunque nunca estuvo en vigor porque amenazaba los intereses de los españoles. La Constitución de Apatzingán establecía los derechos humanos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, la religión católica como a única reconocida en el país, así como la división de poderes, etc.

La Constitución 1824, dotando a México de un federalismo, soberanía nacional, división de poderes, la religión católica, apostólica y romana como la única religión oficialmente autorizada, la libertad de expresión y el poder legislativo bicameral.

El Acta Constitutiva y de reforma de 1847 estuvo marcado por la intervención norteamericana que propició una reunión extraordinaria del congreso mexicano, durante la que se acordó declarar la vigencia de la Constitución de 1824 de carácter federal; pero con la adición del Acta Constitutiva y de reforma del 21 de mayo de 1847, cuya autoría se le concede a Mariano Otero.

Una de las mayores contribuciones de esta acta de reforma es la referente al nacimiento del juicio de Amparo mexicano en términos federales, puesto que desde 1841 se había establecido en el estado de Yucatán (Humanos C. N., 2019).

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 garantizaba algunos derechos políticos, como la libertad de expresión, petición, asociación y tránsito; asimismo, ponía las leyes al servicio de la libertad individual de las personas e igualaba a todas ante la ley; en el aspecto religioso, ya no se mencionaba la fe católica como el credo del Estado, pero tampoco se declaraba la libertad de cultos.

De esta manera, era la expresión de los grupos políticos liberales que deseaban dejar atrás la sociedad de fueros y privilegios. En lo político, la Constitución subrayó la soberanía del pueblo al instaurar una república representativa, democrática y federal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 actualmente vigente, siendo una constitución rígida (art. 135 constitucional) dotada

de 136 artículos constitucionales, al ser promulgada previa en su capítulo primero: las “Garantías Individuales”, pero, a raíz de la reforma del 10 de junio del 2011, hubo un cambio constitucional importante en el capítulo primero, actualmente denominado “De los Derechos Humanos y sus garantías”; este cambio impulsó los derechos humanos en México, según la siguiente jurisprudencia constitucional:

DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el citado diario, al establecer que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, modificó sustancialmente el contenido de los derechos protegidos constitucionalmente, incluido el de igualdad, el cual es un principio adjetivo que se predica siempre de algo y que, por tanto, se define y actualiza progresivamente a través del tiempo y a la luz de una multiplicidad de factores sociales, culturales, económicos, políticos, entre otros. Consecuentemente, si bien es cierto que el concepto jurídico de igualdad desde un punto de vista abstracto se encontraba presente desde antes de dicha reforma constitucional, también lo es que sus condiciones de aplicación y supuestos de protección se han ampliado significativamente con el contenido de los tratados internacionales; un ejemplo de ello lo constituye la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece criterios específicos para verificar si existe o no discriminación, los cuales complementan materialmente a los preceptos constitucionales. De ahí que, a partir de la citada reforma, cuando se alegue una violación al principio de igualdad jurídica, el juzgador no puede desdeñar el texto de los tratados internacionales que hacen referencia a la igualdad y a la prohibición de discriminación, sino que debe efectuar el escrutinio de constitucionalidad correspondiente teniendo como ámbito material de validez a la Constitución y a los diferentes tratados ratificados por México, máxime cuando ese análisis ha sido solicitado por el quejoso (DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011., 2017).

Es por esto que, tal como lo prevé el artículo 133 constitucional, la Constitución Federal, así como todos los tratados internacionales celebrados por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y ratificados por el Senado de la República, serán la Ley Suprema de toda la Unión, y el Estado Mexicano tiene la obligación de respetar y hacer valer los derechos humanos; aunque el Estado de derecho se esté quedando en letra muerta, es el deber de cada ciudadano, servidor

Revista Justicia y Libertad

Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 45-69

público, e incluso extranjeros, luchar por el ejercicio y ejecución de los derechos humanos para que no queden en letra muerta, sino que en su aplicación se haga el cambio constante y pueda así verdaderamente prevalecer un Estado de derecho.

II. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La supremacía constitucional significa que la Constitución es la norma que denominamos fundamental, que está en la cúspide o por encima de las demás normas jurídicas. En México este principio se encuentra previsto en el artículo 133 de la norma suprema:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.⁵

Es pues, la Constitución, el documento legal supremo, el que se ubica en la cúspide. Y esta característica de supremacía va a tener consecuencias importantes para nuestro sistema jurídico. Para el Estado de Derecho, aludir a la supremacía, es aludir a que esta norma es la norma primaria, que va ser el primer elemento de referencia en todo ordenamiento jurídico del Estado de que se trate, va a ser el primer punto de referencia de todo ordenamiento existente. Va a ser la fuente de creación de todo el sistema jurídico.

Con la reforma de 10 de junio de 2011, se amplía el concepto en cuanto a los tratados internacionales para brindarle la protección más amplia conforme a dos figuras jurídicas: el principio *pro homine* y el principio de convencionalidad. El primer principio quedó plasmado en el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución:

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

⁵ UNIÓN, C. D. (1917). CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Querétaro.

El principio *pro persona* se refiere a que, en caso de que un juez o autoridad tenga que elegir qué norma aplicar a un determinado caso, deberá elegir la que más favorezca a la persona, sin importar si se trata de la Constitución, un tratado internacional o una ley. Bajo esta lógica, el catálogo de derechos humanos ya no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Mientras que el principio de Convencionalidad se entiende como "la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia".

La reforma a nuestra ley fundamental de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos ordena que la interpretación de las normas relativas a este tema se realice de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales que la nación tenga suscritos en esta materia, observando en todo momento el principio *pro homine*.

La obligación constitucional de interpretación de las normas relativas a derechos humanos de conformidad con fuentes internacionales, encierra un auténtico control de convencionalidad *lato sensu* al ordenar el poder reformador de manera imperativa ("se interpretarán"), el análisis de estas normas a la luz de los tratados internacionales en la materia, éste es en esencia el fin último de este control, el cotejo normativo entre el orden jurídico nacional y los de fuente internacional, buscando siempre la norma más amplia o la interpretación extensiva en beneficio de la persona.

El bloque de constitucionalidad se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional, comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual "las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino

también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”.⁶

La existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Dentro de tales normas y valores integrados a la CPEUM (por remisión expresa o tácita de ésta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos.

A raíz de la reforma constitucional de derechos humanos, en el párrafo primero del artículo 1 se incluyen los derechos humanos y garantías reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, a la par que en el propio texto de la Constitución. Además, en el segundo párrafo de ese artículo, se incorporan los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de la materia como fuente de interpretación de todas las normas relativas a los derechos humanos, guiadas siempre con el principio pro persona, bajo el enunciado normativo que ordena al intérprete favorecer en todo tiempo a las personas la mayor protección posible. De igual forma, los artículos 15, 103 y 105 de la Constitución Federal establecen como parámetro de constitucionalidad para revisar la validez de todos los actos de autoridad (incluidas leyes y tratados internacionales), a los tratados internacionales de los que México sea parte a la par que la propia Constitución, cuando se trate de casos en materia de derechos humanos. Es así que, de la lectura de estos artículos, se puede desprender que el principio de supremacía constitucional no se concreta exclusivamente al texto escrito de la Constitución.

Al menos, por lo que toca a los derechos humanos, los tratados de los cuales es parte el Estado mexicano gozan de ese mismo atributo. En ese sentido establecen una nueva forma de leer la Constitución a la luz de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional convencional, una vez que se

⁶ Graciela Rodríguez Manzo, J. C. (2013). Bloque de constitucionalidad en México. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

integran al orden jurídico mexicano. Considerando estas modificaciones, ¿es posible afirmar que se ha creado un bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico del Estado mexicano? Ciertamente, las reformas destacadas permiten sostener que en el sistema jurídico mexicano se ha incorporado una cláusula de apertura que remite a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte en tres ámbitos: para ubicar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos; para precisar sus propias fuentes hermenéuticas; y para incorporarlos como parámetros de validez en los casos en los que se involucren derechos humanos. Atendiendo a la clasificación de Uprimny sobre las técnicas de reenvío y las cláusulas remisorias a las que hacíamos referencia cuando analizábamos el alcance del concepto de bloque de constitucionalidad, ¿de qué tipo son las que se encuentran en los artículos 1, 15, 103 y 105 de la Constitución de México? Desde un primer punto de vista, destaca que la remisión que se hace en los artículos 1, en su primer párrafo, 15, 103 y 105 constitucionales es a la totalidad de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte o llegue a serlo, sin importar si son tratados específicos sobre derechos humanos. De ello se deriva que lo trascendente, en realidad, es que en esos tratados internacionales se contengan normas sobre derechos humanos y no si el tratado es sobre la materia.⁷

III. EL MITO VS LA REALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

El mito del derecho moderno, que implica la interpretación causal de la normatividad, son los derechos humanos. Se pretende que los derechos humanos son “naturales”, es decir, que son “inherentes” al ser humano, que existen antes de toda normatividad, y que el derecho sólo los puede reconocer pero no otorgar.⁸ Es

⁷ Graciela Rodríguez Manzo, J. C. (2013). Bloque de constitucionalidad en México. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

⁸ En nuestro país hemos recaído en este mito causalista con la reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, mediante las cuales se reforma el *Revista Justicia y Libertad*

Núm. 2, noviembre de 2021, pp. 45-69

este un mito causalista muy arraigado, pues la seguridad que antes otorgaban los dioses, ahora expulsados del mundo humano, se busca, ansiosamente, en la naturaleza, como un fundamento incommovible contra el autoritarismo y el abuso del poder del estado.⁹ Un fundamento no mítico de los derechos humanos puede buscarse en la misma sociedad, como pudiera ser en la intersubjetividad de los seres humanos, en términos de Habermas.

En consecuencia, los Derechos Humanos son subjetivos porque los titulariza “subjetivamente” un sujeto de derecho que es el hombre, la persona humana, ya que en el plano moral hay derecho, y derecho completo, aunque falta la protección jurídica; ésta podrá aportar seguridad al titular, pero no constituye el derecho, que existe inviolable y exigible; el derecho no protegido sigue siendo derecho plenamente. Desde el punto de vista del derecho objetivo jurídicamente, es la regla base que el Estado solucione y proteja conforme a Derecho al Individuo, es ahí el punto medular de esta investigación, ya que en palabras de Peces- Barba: “Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe”.¹⁰

Un derecho subjetivo sin protección en el mundo jurídico, en su aspecto positivo, puede ser eficaz y tener vigencia sociológica si nadie lo viola, ni impide su ejercicio, sin el auxilio de un medio o una vía titulares, en cuyos supuestos la ausencia de protección no lo perjudica ni, por ende, autoriza a hablar de inexistencia del derecho. En cambio, en casos de transgresión, de no reconocimiento, de óbices al ejercicio o al disfrute del derecho subjetivo, algo cambia; pero lo que cambia es esto: la imposibilidad de que el titular remueva el impedimento de ejercicio, o subsane la violación, o acceda al disfrute obstruido, demuestran que la protección es necesaria, porque es el carril a través del cual el

artículo 1: “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales”.

⁹ Ferrajoli, Luigi, “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, trad. Perfecto Andrés et. al. Trotta, Madrid, 2001, p. 355.

¹⁰ Bidart Campos, G. J. (1989). La intersubjetividad en los derechos humanos: derecho subjetivo, relación de alteridad y obligación recíproca. México: UNAM.

derecho subjetivo, algo cambia; pero lo que cambia es esto: la imposibilidad de que el titular remueva el impedimento de ejercicio, o subsane la violación, o acceda al disfrute obstruido demuestran que la protección es necesaria, porque es el carril a través del cual el derecho subjetivo alcanza su exigibilidad, y sin el cual se perjudica; ahora bien de que la protección sea necesaria a que sea constitutiva o esencial (de modo que faltando la protección haya que decir que no hay derecho subjetivo) se tiende una cierta distancia; una cosa no es igual a la otra, porque si la ausencia de protección deja huérfano al derecho y lo vuelve indisponible para el titular, siempre es posible una de estas dos hipótesis, por lo menos:

1. Que no haga falta la protección porque nadie perturba al derecho subjetivo;
2. Que la necesidad de una protección hoy inexistente o no disponible, se supere mañana por la estabilidad de un medio protector; en este caso se tiene la CNDH, pero recordemos que conforme al artículo 102 inciso B de la Constitución no tiene carácter vinculante, únicamente emite recomendaciones:

*“Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa”.*¹¹

En consecuencia, se ha de decir que sí hay casos o situaciones en que un ser, un ente, o una realidad pueden existir aún privados de determinado. Si la protección es necesaria en algunas situaciones, pero no en todas.

Dicho lo anterior, se estudiarán los diversos casos en donde la realidad de los derechos humanos ha quedado lejos de lo que es realidad, sino han caído en un mito, ya que México es uno de los países más letales en cuanto a la violación de

¹¹ *Ídem.*

los Derechos Humanos para quienes defienden los derechos indígenas, ambientales y los de las mujeres, la comunidad LGGBTTTTQIA:

III.I CASO MARIO & FERNANDO, VOCEROS DE LA TRIBU YAQUI

Mario Luna Romero y Fernando Jiménez Gutiérrez son integrantes, defensores y voceros de la Tribu Yaqui, un pueblo indígena que habita en el estado de Sonora, México.

La Tribu Yaqui lucha por su sobrevivencia, al defender su derecho al agua, al territorio y, en consecuencia, su derecho a existir como un pueblo indígena milenario.

Desde el 2011, la Tribu Yaqui ha emprendido una defensa a través de las instituciones de procuración de justicia en México, para que se reconozcan sus derechos históricos y ancestrales sobre el agua del río Yaqui e impedir que continúe operando el acueducto Independencia, un megaproyecto impulsado por el ex-gobernador de Sonora, Guillermo Padrés.¹²

El 8 de mayo de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) vulneró el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de la Tribu, por lo que ordenó que se llevara a cabo el proceso de consulta de acuerdo con las disposiciones legales y estándares internacionales que son parte del orden jurídico mexicano, según lo establece el artículo 1 constitucional.

Sin embargo, los gobiernos federal y local han incumplido con lo señalado por la SCJN y continúan violando sus derechos colectivos como pueblo indígena.

El proceso de consulta ha estado lleno de irregularidades, las cuales han sido documentadas en los Informes de la Misión Civil de Observación de la Consulta a la Tribu Yaqui, entre los que se destacan: la violación a los principios del derecho a

¹² Humanos, C. M. (Junio de 2021). Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Obtenido de Caso Mario & Fernando, vocero de la Tribu Yaqui: <http://cmdpdh.org/casos-paradigmaticos-2-2/casos-defendidos/caso-mario-fernando-voceros-de-la-tribu-yaqui/>

la consulta, pues no fue previa a la aprobación del megaproyecto; tampoco fue informada, ya que no se entregó la información necesaria, ni culturalmente adecuada que la Tribu solicitó, además de que no fue libre, ni de buena fe por los hostigamientos y la criminalización a sus voceros.

El 11 septiembre de 2014, el gobierno del estado de Sonora detuvo a Mario Luna Romero, vocero y autoridad tradicional del Pueblo de Vícam; el 23 de septiembre del mismo año, fue detenido Fernando Jiménez Gutiérrez, miembro y defensor de la Tribu.

La detención de ambos defensores del pueblo yaqui fue arbitraria, pues jamás se les mostró una orden de aprehensión. Ambos fueron acusados indebidamente por los delitos de robo de vehículo y privación ilegal de la libertad, por lo que permanecieron en prisión, respectivamente, 1 año y 11 días, y 11 meses y 3 días.

En consecuencia de las violaciones a derechos humanos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió la Recomendación 43/2015, en la cual determinó:

“La violación al derecho a la autonomía en el marco de la libre autodeterminación de la Tribu Yaqui en la aplicación de su sistema normativo, así como la violación al debido proceso derivado de las detenciones arbitrarias de sus voceros.”¹³

III.II HOMICIDIO DEL DEFENSOR SAMIR FLORES

Samir Flores, un conocido activista de 35 años, se había manifestado en contra de la puesta en marcha de una termoeléctrica en el estado de Morelos (centro de México). En la madrugada de este miércoles, fue baleado cuando salía de su casa en el pueblo de Amilcingo. El asesinato se produce tres días antes de la consulta que el presidente Andrés Manuel López Obrador ha convocado sobre la central energética, cuyas obras iniciaron en 2012, y que ha sido denunciada por académicos y habitantes de la zona por su posible impacto medioambiental. El mandatario, que ha pasado de oponerse a la central a apoyarla, no ha dado marcha

¹³ *Ídem.*

atrás a la consulta pese al asesinato. “Tenemos que continuar; no podríamos detenerla”, ha asegurado López Obrador.

A las 5.00 de la mañana del miércoles, dos automóviles pararon frente al domicilio de Flores y lo llamaron para que saliera, según informan activistas de la zona. Tras escuchar cuatro balazos, los vecinos encontraron al activista tirado en el suelo con dos disparos en la cabeza. Lo trasladaron al hospital, pero murió antes de llegar. Medios locales han informado que junto al cadáver del activista, los asesinos habían dejado una nota que lo vinculaba al “Comando Tlahuica”, un grupo de la delincuencia organizada que opera en Morelos. “X Puto Chismoso. Denunciaste Abraham Ocampo y sigues tu Michoacano con tu pendeja banda. Atte. Comando Tlahuilca”, dice el mensaje. Activistas consultados por este periódico desconocen la existencia de este comando. Si denuncian, en cambio, la presencia de un grupo de choque en el pueblo que ellos vinculan al gobierno del Estado, en manos del Movimiento de Regeneración Nacional (Morena), el partido oficialista, y a Humberto Sandoval, líder de la Central Campesina Cardenista y defensor de la termoeléctrica.¹⁴

En consecuencia, la CNDH condena el homicidio del líder comunitario y defensor de los derechos humanos Samir Flores Soberanes, a cuyos familiares expresa sus condolencias, al tiempo que solicita a los gobiernos federal y del Estado de Morelos la implementación de medidas cautelares para salvaguardar sus vidas e integridad personal, así como evitar hechos de similar naturaleza y que este caso no quede en la impunidad.

Actualmente, el caso quedó impune al no localizarse a los agresores de dicho homicidio.

¹⁴ CULLELL, J. M. (20 de Febrero de 2019). Asesinan a un activista mexicano en vísperas de la consulta sobre una termoeléctrica. EL PAÍS, pág. https://elpais.com/internacional/2019/02/20/mexico/1550686132_881347.html

III. III CASO INGRID ESCAMILLA

El 9 de febrero, la Secretaría de Seguridad de la Ciudad de México recibió una llamada anónima para denunciar el asesinato de una mujer en la calle Tamagno, en la alcaldía Gustavo A. Madero. Al llegar al lugar, encontraron los restos de Ingrid Escamilla, una joven, la cual su esposo había desollado una noche antes, intentado esconder partes de sus órganos vitales en el drenaje. Las imágenes de la escena del crimen fueron filtradas y publicadas en redes sociales y algunos medios de comunicación, además de un video en el que el presunto feminicida habla de cómo sucedió el asesinato. Activistas y organizaciones han denunciado que se haya revelado el cuerpo de la víctima, en consecuencia violando el debido proceso legal.

El 11 de febrero, la jefa de gobierno, Claudia Sheinbaum, habló del crimen en sus redes sociales. “El feminicidio es un crimen absolutamente condenable. Cuando el odio llega a los límites, como el de Ingrid Escamilla, es indignante. La SSC detuvo al presunto responsable y la Fiscal ha declarado que exigirá la máxima condena. Nuestro compromiso de trabajar todos los días por erradicar la violencia hacia las mujeres. Mi pésame sentido a la familia de Ingrid Escamilla”.

Entre el 8 y 9 de febrero, Erick Francisco “N”, su pareja y presunto feminicida, la asesinó. Tres días después, un juez de control del Reclusorio Oriente lo vinculó a proceso.

En este caso ocurre una grave violación a protocolos para feminicidios, derechos de las audiencias y débil respeto del periodismo a la legalidad:

Las autoridades en materia judicial, radiodifusión, protección de datos personales y la Secretaría de Gobernación tienen responsabilidades en el caso Ingrid porque se violaron leyes y protocolos en materia de feminicidios, derechos de las audiencias y privacidad.

Algunos medios exhibieron una precaria ética periodística y una débil cultura de la legalidad al mostrar irresponsablemente imágenes de violencia de género.

El uso correcto de la libertad de expresión requiere respetar la identidad y la intimidad de las personas.

La filtración y difusión de imágenes explícitas en varios periódicos, medios electrónicos y digitales del feminicidio de Ingrid Escamilla, ponen a discusión prácticas periodísticas, editoriales y empresariales, en las cuales sobreponen sus intereses comerciales, de lucro y de rating sobre sus responsabilidades sociales. Dejan entrever, por parte de las autoridades, omisiones en materia judicial y de radiodifusión porque existen normas y mecanismos que prohíben fotografiar, video grabar, filtrar y reproducir imágenes del cuerpo de una víctima para fines que no son los legales.

Los protocolos de actuación ministerial, pericial y policial con perspectiva de género para el delito de feminicidio, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (artículos 38, 41 y 42), la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (artículos 226 y 256), la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, diversos convenios y pactos nacionales e internacionales por la igualdad de género y el combate a la violencia contra las mujeres, e incluso compromisos públicos de medios de comunicación y plataformas tecnológicas, como el signado en noviembre de 2019 por la Asociación Latinoamericana de Internet, UNESCO y la UNAM, establecen las garantías para eliminar la violencia, proteger la privacidad, los datos personales y el respeto a la dignidad de todo ser humano que implica prohibir que se graben y difundan nombres e imágenes de cuerpos de víctimas por feminicidio.¹⁵

No existe justificación editorial para dar a conocer imágenes o nombres que revelen la identidad de personas víctimas de violencia (incluida la feminicida), mucho menos cuando son resultado de una filtración de información judicial o transgredan la legalidad.

La práctica de violar la privacidad y la intimidad de víctimas de violencia y, en ocasiones, de darle voz y difusión mediática a los victimarios para hacer atractivas sus malas acciones, no es nuevo, pero sí antiético. Todos los días se observan

¹⁵ (Amedi), C. D. (25 de Febrero de 2020). Consejo Directivo de la Asociación Mexicana de Derecho a la Información (Amedi). Obtenido de Caso Ingrid: grave violación a protocolos para feminicidios, derechos de las audiencias y débil respeto del periodismo a la legalidad: <https://www.amedi.org.mx/caso-ingrid-grave-violacion-a-protocolos-para-feminicidios-derechos-de-las-audiencias-y-debil-respeto-del-periodismo-a-la-legalidad/>

primeras planas de publicaciones periódicas y notas en los noticieros de la televisión comercial que muestran ese tipo de imágenes, que evidencian desconocimiento legal, irresponsabilidad ética de los trabajadores de la información, sus afanes de lucro, así como un sistema judicial carcomido del cual se hace escarnio mediático.

Para los medios de comunicación, la violencia, las imágenes de alto impacto, los relatos detallados y la exposición del modus operandi criminales, venden. La “nota roja” (que en realidad debiera ser un periodismo judicial profesional) banaliza la violencia, omite indagar sus causas, acrecienta temores colectivos, se convierte en distractora de temas de interés público y convierte a sus víctimas en entretenimiento.

Aun cuando las víctimas o los familiares quisieran que las imágenes se exhibieran para exigir legítima justicia, un profesional de la información debe considerar que los materiales pueden perturbar, angustiar al público, lectores o audiencias y generar más violencia mediática.

El periodismo profesional tiene el compromiso y la responsabilidad social de respetar la intimidad, el dolor, el sufrimiento, el infortunio y la dignidad humana de las víctimas de la violencia. También tiene la obligación de propugnar por un aparato judicial eficaz, procedimental, y garantista de los derechos fundamentales y transparentes.

El caso de Ingrid destapó el afán de lucro de algunos medios, la insensibilidad hacia la violencia que experimentan las mujeres, hizo apología de la violencia cotidiana sin investigación periodística ni contexto, así como una precaria formación profesional y de cultura de la legalidad.

Ninguna persona víctima de violencia o detenida tendría que ser exhibida en los medios sin tratar de forma respetuosa su intimidad, e investigar y aclarar los hechos de interés público. Debe respetarse la dignidad de los muertos. Tampoco ofrecer sin una verdadera justificación editorial los primeros planos de rostros, heridas graves u otro material de índole violenta porque atenta contra la privacidad y la sensibilidad de víctimas y audiencias.

Si bien la violencia de género es un asunto de interés público, éste debe compaginarse con criterios editoriales éticos. La información debe ser completa, exacta y precisa. Un profesional del periodismo también debe ser empático, compasivo y evitar cualquier invasión injustificada de la intimidad al informar sobre tragedias, crímenes o accidentes.

El verdadero interés público no se encuentra en lo estrujante del homicidio, tampoco en la atrocidad de las imágenes, mucho menos en las declaraciones del victimario; el interés público se halla en la ineficiencia, la impunidad y la corrupción del aparato judicial para resolver casos de violencia de género, feminicidios o agresiones a periodistas.

En consecuencia de este caso, se formula en la asamblea legislativa de la Ciudad de México la hoy conocida “Ley Ingrid”, en la que se reforma el artículo 293 Quáter del Código Penal de la Ciudad de México, persiguiendo tres objetivos:

1. Tipificar de forma autónoma las conductas que realicen las personas o servidores públicos que de manera indebida revelen o difundan, imágenes, videos o grabaciones; así como archivos o información de la carpeta de investigación.
2. Fortalecer la protección de los derechos de las víctimas.
3. Combatir la violencia de género mediática.

La iniciativa tuvo aceptación y se replicó en diversos Estados de la República.

La “Ley Ingrid”, al igual que la “Ley Olimpia”, no se refiere a una ley como tal, sino a un conjunto de reformas legislativas que buscan evitar la exposición de las personas ante los medios para proteger la intimidad y dignidad de las víctimas y sus familiares, combatir la violencia mediática de género y su normalización; sancionando a las personas y servidores públicos que realicen dichas conductas.

La Ley General de Víctimas y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, establecen que las mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia tienen derecho a que se les garantice la seguridad, protección, bienestar físico y psicológico, es decir, su intimidad y dignidad. La divulgación de información e imágenes de las víctimas de algún delito constituye una lesión a la dignidad de la persona y la memoria de las víctimas. Las conductas que vulneran estos derechos

y deben ser erradicadas son: difundir, transmitir, revelar, publicar, exponer, remitir, distribuir, video grabar, audio grabar, fono grabar, filmar, reproducir, comercializar, ofertar, intercambiar o compartir imágenes, audios o videos o documentos, relacionados con hallazgos, indicios, evidencias, objetos o instrumentos vinculados a un procedimiento penal o a una investigación relacionados con un hecho delictivo.¹⁶

En suma, estos son algunos de los casos en que el mito de un derecho humano se prevé en la norma pero es rebasado en la realidad por las constantes violaciones de los derechos humanos por parte del Estado mexicano, y ante dichas violaciones los gobernados recurren ante la justicia internacional, llevando al conocimiento de su controversia jurídica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ésta a su vez turnándolo para competencia y conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, justo con la reforma en materia de Derechos Humanos, conforme al ya mencionado principio *pro homine* se busca la protección más amplia del individuo, por tanto los casos que se han resuelto en la máxima Corte Interamericana han sido los siguientes, por mencionar algunos: Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. México, Caso Castañeda Gutman Vs. México, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México y Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, No. 273.

IV. REFLEXIONES FINALES

La reforma en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011 es paradigmática para el Estado Mexicano, ya que se solidifican diversas figuras jurídicas como el bloque de constitucionalidad y el control difuso de la

¹⁶ México, F. G. (Febrero de 2021). FICHA TÉCNICA LEY INGRID. Obtenido de FICHA TÉCNICA LEY INGRID: <http://ordenjuridico.gob.mx/violenciagenero/LEY%20INGRID.pdf>

constitucionalidad, así como nacen diferentes principios, como los más significativos, que son el principio *pro homine*, supremacía constitucional y el de convencionalidad; sin embargo, aún queda una larga tarea por parte del Estado Mexicano para no quedar en mito ni letra muerta estos derechos humanos sino transformarlos con una realidad en la que estos derechos puedan estar al alcance de las personas, animales y sobre todo el medio ambiente, ya que las personas no ven a México como un Estado de Derecho, sino todo lo contrario, es por esto que se busca el acceso a la justicia libre de corrupción en Tribunales Internacionales, como es el claro ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales.

Sin embargo, es claro que para el Poder Judicial Federal hoy día se ha vuelto una tarea primordial hacer posible la validez de los derechos humanos, derechos subjetivos es por esto que a diez años de la reforma en derechos humanos se realiza la reforma al Poder Judicial del 2021, generando polémica, puesto que es paradigmática, después de la reforma de junio de 2011, por un lado se busca actuar conforme a derecho, ya que aquellas sentencias que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán más relevantes individualmente sin necesidad de reiteración alguna, teniendo un efecto pleno y ya no relativo cuando se resuelva la inconstitucionalidad de alguna norma por la Suprema Corte, lo que sucederá respecto de las resoluciones del Pleno al decidirse aquella por mayoría de ocho votos, y en Salas por mayoría de cuatro votos. En estos casos, la sentencia será *per se* un precedente obligatorio para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las Entidades Federativas. Asimismo, una vez emitido lo anterior, se establece en la reforma que se concederá el plazo de 90 días a la autoridad

emisora para superar la inconstitucionalidad y, de lo contrario, se procederá a la conocida Declaratoria General de Inconstitucionalidad. La reforma, en este sentido, tiene como ventaja la practicidad para poder en una sentencia con mayoría calificada, expulsar del sistema normativo una norma inconstitucional y romper con el principio de relatividad de las sentencias, ello sin la necesidad de agotar el procedimiento que se requería para tal efecto, por el contrario, el riesgo que se advierte con ello es que ahora una sola resolución puede cambiar el rumbo del estado de derecho, politizando al órgano legitimado para emitir un criterio o precedente. De igual forma, que un precedente se quiera aplicar por el juzgador cuando las circunstancias son diversas y no apliquen especialmente a todos los demás casos en concreto, sin haberlos oído ni vencido, es cuestionable.

Quizá, estas indeseables consecuencias podrían limitarse si en la aplicación de esta reforma se adoptara, como se ha hecho en diversos casos al día de hoy, la figura más trascendente es *amicus curiae*¹⁷, donde la Corte se abra y escuche a cierta generalidad de opiniones y posibles afectados por el criterio a emitir, para que el precedente que se emita contemple en mayor y mejor medida la circunstancias en la creación de un precedente con estas implicaciones.¹⁸

El reto en la defensa de los Derechos Humanos no solo depende del Estado sino de la sociedad misma para sacar adelante su protección y defensa, tomando en consideración la justicia Internacional.

¹⁷ El *amicus curiae* es un sujeto procesal calificado y colaborador de la función jurisdiccional que interviene en un proceso expresando sus puntos de vista sobre el asunto controvertido en el caso concreto. Las apreciaciones aportadas por el *amicus curiae* no son vinculantes para el juez. Sin embargo, éste se favorecerá con mayores elementos de juicio para formarse una convicción que le permita resolver con mayor prontitud en casos complejos o en aquellos donde está de por medio la protección de derechos fundamentales o el interés público (Pueblo, 2009).

Es determinante la solicitud *amicus curiae*, donde la Corte se abra y escuche a cierta generalidad de opiniones y posibles afectados por el criterio del despido justificado ya que muchas personas físicas quedaron en un estado de indefensión y ante una contingencia sanitaria que afecto a la generalidad de la población mexicana, sea justificado o no se transgredieron derechos humanos laborales.

¹⁸ Raúl García Herrera, S. M. (marzo de 2021). Guerra Gonzalez Abogados. Obtenido de LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 11 DE MARZO DE 2021: UN BREVE ANÁLISIS DE VENTAJAS Y DESVENTAJAS: <https://www.guerragonzalez-abogados.com/la-reforma-constitucional-al-poder-judicial-de-la-federacion-de-11-de-marzo-de-2021-un-breve-analisis-de-ventajas-y-desventajas/>

V. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Legislación

UNIÓN, C. D. (1917). CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Querétaro.

Bibliografía

Bidart Campos, G. J. (1989). La intersubjetividad en los derechos humanos: derecho subjetivo, relación de alteridad y obligación recíproca. México: UNAM.

García, B. S. (2021). La Evolución de los Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Graciela Rodríguez Manzo, J. C. (2013). Bloque de constitucionalidad en México. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Pueblo, D. d. (2009). El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.

Otras fuentes

Amedi, C. D. (25 de Febrero de 2020). Consejo Directivo de la Asociación Mexicana de Derecho a la Información. Obtenido de Caso Ingrid: grave violación a protocolos para feminicidios, derechos de las audiencias y débil respeto del periodismo a la legalidad: <https://www.amedi.org.mx/caso-ingrid-grave-violacion-a-protocolos-para-feminicidios-derechos-de-las-audiencias-y-debil-respeto-del-periodismo-a-la-legalidad/>

CNDH. (21 de enero de 2019). CNDH MÉXICO. Obtenido de CNDH MÉXICO:
<https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>

CULLELL, J. M. (20 de febrero de 2019). Asesinan a un activista mexicano en vísperas de la consulta sobre una termoeléctrica. EL PAÍS, pág.
https://elpais.com/internacional/2019/02/20/mexico/1550686132_881347.htm
!

DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011., Tesis: 1a. /J. 124/2017 (10a.) (Suprema Corte de Justicia de la Nación Diciembre de 2017).

Humanos, C. M. (junio de 2021). Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Obtenido de Caso Mario & Fernando, vocero de la Tribu Yaqui: <http://cmdpdh.org/casos-paradigmaticos-2-2/casos-defendidos/caso-mario-fernando-voceros-de-la-tribu-yaqui/>

Humanos, C. N. (23 de enero de 2019). Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Obtenido de Comisión Nacional de los Derechos Humanos: http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/proteccion_cons_4_2_5.pdf
f

México, F. G. (febrero de 2021). FICHA TÉCNICA LEY INGRID. Obtenido de FICHA TÉCNICA LEY INGRID:
<http://ordenjuridico.gob.mx/violenciagenero/LEY%20INGRID.pdf>

Raúl García Herrera, S. M. (marzo de 2021). Guerra Gonzalez Abogados. Obtenido de LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 11 DE MARZO DE 2021: UN BREVE ANÁLISIS DE VENTAJAS Y DESVENTAJAS: <https://www.guerragonzalez-abogados.com/la-reforma-constitucional-al-poder-judicial-de-la-federacion-de-11-de-marzo-de-2021-un-breve-analisis-de-ventajas-y-desventajas/>

FAMILIA HOMOPARENTAL EN EL ESTADO DE MORELOS

HOMOPARENTAL FAMILY IN THE STATE OF MORELOS

Óscar Samario Hernández¹

RESUMEN: El matrimonio y la familia homoparentales son figuras jurídicas que el Estado Mexicano reconoce, al integrar estos conceptos hacia la normatividad vigente en el Estado Libre y Soberano de Morelos, sólo el matrimonio como contrato es integrado al orden jurídico del Estado, por lo que el desfase legislativo requiere la interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta razón y el estudio del caso aquí tratado se centran en la negativa registral del hijo presentado por el Matrimonio Homoparental en una particular pretensión de conformar una familia. Los antecedentes sobre la negativa del registro fueron la disposición normativa en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos en el Artículo 439 y el diverso Artículo 441, ambos relacionados a los requisitos del contenido del acta de nacimiento. Los requisitos, al menos en la primera parte fueron solventados, siendo en ese sentido, presentados por un matrimonio, pero de aquí la negativa: no se cumplían respecto de los apellidos de padre y madre. Ante lo cual, el matrimonio inició el Juicio de Garantías, solicitando al Estado Mexicano la garantía y protección de los Derechos Humanos que la Constitución y los tratados internacionales reconocen. Dentro del

¹ UNAM, Becario del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Asesorado por Dra. Cristina Amezcua Chávez y Dra. Serena Eréndira Serrano Oswald. La realización de esta contribución es debido al reconocimiento de apoyo por parte del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM.

Maestro en Derecho y Doctor en Derecho y Globalización, grados académicos en los programas CONACYT PNPC en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; Docente FDyCS UAEM; actualmente en Estancia Posdoctoral CRIM – UNAM; Candidato SNI CONACYT 2020 oscar.samario@crim.unam.mx Tel. 7775560959

catálogo de derechos que no admiten discriminación se encuentran, entre otros: el género, las preferencias sexuales y el estado civil. Este último incluye al matrimonio entre personas del mismo sexo, en contrario *sensu* el no reconocerlo es atentar contra la dignidad humana, poniendo en el plano de desigualdad los derechos y libertades de las personas. El presente artículo revisa la legislación internacional, nacional y local en la materia y discute críticamente respecto al estudio de caso, para contribuir a la reflexión que versa sobre la desarmonización jurídica en el Estado Mexicano y que aún vulnera jurídicamente a los gobernados.

Palabras claves: Matrimonio Homoparental, Familia Homoparental, Registro Civil, Filiación, Derechos Humanos.

ABSTRACT: Marriage and the homoparental family are legal figures that the Mexican State recognizes, by integrating these concepts into the regulations in force in the Estado Libre y Soberano de Morelos, only marriage as a contract is integrated into the legal order of the State, so the legislative gap requires interpretation by the Supreme Court of Justice of the Nation. This reason and the study of the case discussed here focus on the refusal to register the child presented by the Homoparental Marriage in a particular claim to form a family. The first antecedents, is the refusal of the registration, were the normative provision in the Código Familiar del Estado Libre y Soberano de Morelos in article 439 and 441, both related to the requirements of the content of the birth certificate. The requirements at least in the first part were met, being in that sense presented by a married couple, but hence the refusal, they were not met with respect to the surnames of father and mother. Whereupon the couple began the Juicio de Garantías, requesting the Mexican State to guarantee and protect human rights, the Constitution and international treaties recognize. Within the catalog of human rights that do not admit

discrimination are, among others: gender, sexual preferences, and marital status. The marital status includes marriage between people of the same sex, on the contrary, infringement to recognize it is a transgression on human dignity, placing the rights and freedoms of people on the level of inequality. This article reviews the international, national, and local legislation on the matter and critically discusses the case study, to contribute to the reflection that deals with legal disharmonization in the Mexican State and that still legally violates the governed.

Keywords: Homoparental Marriage, Homoparental Family, Civil Registry, Filiation, Human Rights.

Sumario: I. *Introducción*; II. *La familia contemporánea*; III. *La familia en el entorno jurídico internacional*; IV. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; V. *Adopción homoparental*; VI. *Orientación sexual/identidad de género*; VII. *Matrimonio Homoparental en el Estado de Morelos*; VIII. *Derechos Humanos Fundamentales*; *Filiación*; IX. *Familia Homoparental, Comaternidad*; X. *Conclusiones*; XI. *Fuentes de investigación*.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo integra la descripción de familia homoparental como figura jurídica conformada por personas del mismo sexo, quienes además previamente han contraído matrimonio y acceden a la Comaternidad o Copaternidad, en esta definición también se incluye a las familias constituidas por parejas con preferencias sexuales diferentes a la heterosexualidad que convive con hijos de su pareja. Los estudios en países anglosajones hacen referencia a los años ochenta del siglo pasado, a las experiencias de las familias homoparentales, aportando el término de

género usado en el siguiente análisis. Las estadísticas intercensales del 2015 realizadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía arrojan resultados sobre las parejas en México que viven con sus hijos, en relación de 6.21 parejas homoparentales por cada mil hogares² para el estado de Morelos en México, la relación es de 5.57 parejas por cada mil hogares.

El caso en Morelos tiene una estrecha relación con la Reproducción Humana Asistida, ya que en el producto de su matrimonio logran concebir un hijo bajo este logro del saber científico y que resulta todo un novedoso acontecimiento presente en la historia de la humanidad, no sólo en el particular de la medicina y sus especialidades médicas; es contextualizado dentro de la sociedad, el conjunto que abarca a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida tiene enfoques psicosociales; bioéticos, jurídico normativos; en suma es propio de la sociedad, en las que sobresale el deseo del género humano por tener hijos, por formar una familia e integrarse a la sociedad para perpetuar la especie.

Luigi Ferrajoli³, plantea para las sociedades contemporáneas y el afán de supervivencia social la enorme diferencia respecto de que las sociedades primitivas que dependía de la naturaleza, hoy día, la dependencia está basada en la subordinación del individuo respecto de todas las relaciones económicas y, por supuesto, sociales de la economía globalizada.

Al integrar el concepto de sociedad, se debe establecer un criterio general, en el que no es necesario investigar si en las parejas existe un deseo por perpetuar la especie, esto es la firme intención por ser padres, sino sólo considerar en la generalidad el instinto intrínseco de la propia humanidad por continuar su propia supervivencia, generando en su propio hábitat un mundo socio-cultural e histórico en el que se genera comunicación, se debaten ideologías, se establecen valores, arraigos sociales vinculados a las creencias y se incentivan en lo social los estereotipos y actitudes.

² Animal Político. <https://www.animalpolitico.com/capital-plural/las-parejas-del-mismo-sexo-en-mexico-cuentan/> Nota de 2 de abril 2020. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

³ Ferrajoli, Luigi, Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo; Carlos Arturo Hernández, Santiago Ortega Gomero directores. Bogotá: Universidad, Libre, 2016, p.168

Este plano social fortalece la voluntad ideológica en cuanto a ser madre/padre, pero existen casos de parejas que no han alcanzado esta condición maternal/paternal. La infertilidad o la esterilidad afecta entre el 10 al 15% de las parejas y se define, según estos autores, como "la imposibilidad de lograr embarazo, luego de 1 año de relaciones frecuentes sin el uso de métodos anticonceptivos; o bien, una vez logrado el embarazo, la imposibilidad de lograr que llegue a feliz término".⁴

Ante la presencia de la infertilidad en la pareja, la ciencia y la tecnología han contribuido a resolver mediante el uso de las Tecnologías de Reproducción Asistida, en épocas recientes, y sólo aplica para quienes cumplen con los requisitos que establece las normas en cuanto al alcance de seguridad social o, en su mayoría, a la condición económica de la pareja. En la antigüedad baste decir que fue la infertilidad causa de separación de la pareja, repudio social, y un hecho sancionado desde la comunidad.

Hasta ahora, la sociedad responde a sus propios impulsos, sus valores emanan de la coerción social, se producen en cambios producidos por intercambios de comunicación, fluye de lo individual a lo colectivo en un circuito dinámico en el que se les aglutina a los objetos colectivos e individuales, son en suma las medidas de interrelación en ese dinamismo, evolución y constante transformación.

La historia actual de las Técnicas inicia en 1978, año en que nace la "niña probeta" en Inglaterra, a partir de ese entonces las expectativas de fertilizaciones y los resultados obtenidos van en aumento, por el hecho de la reproducción humana. A partir de la familia, desde el conocimiento social y la contribución a su entorno societario, se debe previamente valorar los beneficios colectivos, desde la unidad como estructura social, al plano colectivo o comunitario, su análisis debe realizarse en Actitud, Información y Campo de Representación.⁵

Por lo tanto, apartando del contexto al saber científico, y asimilando su funcionalidad en la sociedad, es como se contribuye al entendimiento de la familia,

⁴ Romero Márquez, NR, Representación social de las técnicas de reproducción asistida, citando a Aller J. Experiencia con 269 casos de Transferencia Intratubaria de Gametos (C. I.F.T.). Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela. 1991; 5(1): 29-35. Consultable en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-04692002000200012

⁵ *idem*.

bajo una unidad integrante de la sociedad. Ahora bien, bajo los argumentos jurídicos en los que la sociedad se conduce respaldados por los DDHH, las garantías individuales, Derechos Fundamentales y principios internacionales-constitucionales, en los que sobresale el Derecho a tener hijos, el recurrir a la TRHA es considerado un método viable, tanto para el individuo como para la pareja en el mismo plano de igualdad.

Toda aspiración por conformar una familia y su regulación legislativa debe dejar conceptos decimonónicos, como el de matrimonio, para enaltecer la convivencia social en los principios de respeto a la igualdad de los individuos en la sociedad. La familia⁶ comprende al conjunto de personas con vínculos de filiación y los correspondientes a las uniones de parejas.⁷ De esta definición, tanto el parentesco como la convivencia, se dimensionan en lazos por consanguinidad o por afinidad y los que surgen de la pareja mediante la convivencia de familias. Así la familia mantiene relaciones producto de la adopción de estos lazos o los que se relacionan con los diversos factores de los contextos en los que se basa la convivencia social.

La Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal del 9 de noviembre de 2006,⁸ regula los acuerdos entre dos personas en sociedad voluntaria, en un “hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua” (art. 2), a personas mayores de 18 años, con capacidad jurídica, que no estén unidas en matrimonio, en concubinato o en otra sociedad de convivencia y que no sean parientes; aplicándose a la figura jurídica del concubinato (art. 5) y el acto será registrado en la Dirección Jurídica de Gobierno (art. 6) lo que representó un acto

⁶ Placeres Hernández, José Fernando y Lázaro de León Rosales, La familia y el adulto mayor. Inician con esta definición; El término familia proviene del latín *famulus*, que significa esclavo doméstico. Familia era el conjunto de esclavos pertenecientes a un hombre y familia *id est patrimonium*, el organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer, los hijos y esclavos, con la patria potestad, con el derecho de vida y muerte sobre todos y la transmisión por testamento. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rme/v33n4/spu10411.pdf> Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

⁷ Castañeda Rivas, María Leoba, La protección jurídica de la familia en VISIÓN SOCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS *Una perspectiva multidisciplinar*, Leticia Cano Soriano y Joaquín Narro Lobo (Coordinadores), UNAM – CNDH, 1era., ed. México, pp. 125 y ss.

⁸ Asamblea Legislativa del Distrito Federal | VII Legislatura. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-05b2bbe0d8e3f376fa1f335467aef70c.pdf>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

jurídico no vinculado al estado civil de las personas, lo que también les permite regular sus relaciones patrimoniales (art. 7); establecido como el “deber recíproco de proporcionarse alimentos” (art. 13), “derechos sucesorios”, como en el caso del concubinato (art. 14).⁹

La Constitución Política de la Ciudad de México permitió la adecuación normativa, abrogando la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal y expidiendo la Ley de Sociedad de Convivencia de la Ciudad de México, vigente a partir del 5 de diciembre de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del Artículo Décimo Primero Transitorio de la Constitución Política de la Ciudad de México.¹⁰

Los ajustes normativos para esta ley se establecen en relación los derechos establecidos en el artículo 6 de la Constitución Política de la Ciudad de México; señalando como norma supletoria al Código Civil para la Ciudad de México.¹¹ Actualizando las autoridades administrativas registrales con las actuales demarcaciones políticas de la ciudad. Por cuanto a la redacción y correspondencia a lo señalado con anterioridad a la ley abrogada, en la ley vigente cambian únicamente lo relativo a los alimentos y el concubinato por estar éstos comprendidos en el Capítulo III De los Derechos y Obligaciones De la Sociedad de los Convivientes.

II. LA FAMILIA CONTEMPORÁNEA

La familia corresponde a la construcción cultural del entorno social, su evolución actualiza en el presente siglo XXI, la comunicación entre naciones, países

⁹ González Martín, Nuria el derecho de familia en un mundo globalizado: especial referencia a la adopción internacional. Contenido vertido durante las clases dictadas en el marco de los Cursos de Derecho Internacional organizados por la Organización de Estados Americanos, sede en Río de Janeiro, Brasil, del 12 al 14 de agosto de 2008. Disponible en; <https://www.oas.org/dil/esp/5%20-%20nuria.LR.CV.75-120.pdf> Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

¹⁰ Congreso de la Ciudad de México. <https://www.congresocdmx.gob.mx/> Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

¹¹ Ídem.

y Estados de la comunidad internacional, toda relación al interior mediante los intercambios de información, cultura, economía y política social, el análisis del proceso histórico respecto de las relaciones familiares, ahora se integra a la protección en lo interno de sus integrantes y del Estado frente a los individuos que requieren el bienestar y armonía en la convivencia de los seres humanos.

Desde la infancia a la adultez, son múltiples los acuerdos regulatorios en el Orden Jurídico Interno y el Orden Jurídico Internacional, el compromiso que adquiere el Estado ante la comunidad internacional lo vincula a establecer las leyes y preceptos normativos que regulan las relaciones individuales y colectivas de los integrantes de las naciones.

En el estado actual social y el contexto familiar con independencia del análisis respectivo por la pandemia del COVID-19, surge un continuo uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, en el que la familia permanece unida o bien comunicada bajo al menos, en su mayoría, un perfil unificado. Aparece también un constante aumento en la conducción en la transmisión de capitales económicos, simbólicos y sociales.

Por otro lado, apartándonos del concepto anterior sobre la unidad familiar, también existe un potencial de desunión, inestabilidad o desapego, por lo que la familia tradicional se encuentra en un constante cambio del modelo en el que se insiste; por lo tanto, surgen nuevas variaciones funcionales, y de integración de sus miembros, pero en general se percibe que la unidad básica del núcleo familiar se mantiene.

El confinamiento actual, junto a los antecedentes de crisis económicas, conflictos sociales, y el aumento demográfico, presentan influencia en la familia y, por supuesto, en el entorno a ésta; la familia representa un potencial para disminuir los efectos, causados por enfermedades, falta de vivienda, los males sociales como drogodependencias o la marginalidad. La familia es núcleo de solidaridad social, rebasando a las consideraciones jurídica, social y económica.

La familia es una célula social que se adapta al proceso evolutivo del Estado. Las instituciones jurídicas en materia de reconocimiento y protección de Derechos

que integran a los ciudadanos, a los vínculos familiares que surgen en parejas del mismo sexo – las familias homoparentales –, en donde los niños, o bien son adoptados, o biológicos, maternidad subrogada, o de la inseminación artificial, en el caso de las mujeres. Bajo esta connotación, se incluye a aquellas parejas en las que uno de los dos miembros ha tenido hijos, producto de una relación anterior.

Los derechos de adopción entre parejas del mismo sexo siguen planteando ciertas interrogantes para determinados grupos del cuerpo social, por tanto, surgen problemas de filiación. Ante esto, la respuesta jurídica en materia de DDHH es la consideración para que estas familias cuenten con la correlativa tutela jurídica. Así que la idea sobre la consanguinidad ahora debe considerarse como no necesaria o determinante para vincularse a la familia. De aquí que la familia es, ante todo, una construcción cultural, más que biológica, inmersa en constante evolución, social, jurídica, perspectivas sobre sus propias necesidades, o bien creencias de índole social-colectiva.

III. LA FAMILIA EN EL ENTORNO JURÍDICO INTERNACIONAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el artículo 16, “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Y los siguientes instrumentos internacionales establecen el mismo criterio anterior: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en el artículo 9; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17). En tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo hace en este particular sentido: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”.

IV. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En correspondencia a la propia evolución del concepto social de familia al que, por supuesto, es anterior al Estado y su orden institucional y normativo, al que al aparecer éste, la familia es la institución primordial para la realización de actividades por el Estado. Por lo que la protección de esta célula básica es primordial, mediante la correcta regulación de esta protección en todos los órdenes, partiendo desde el plano internacional con la celebración de tratados y armonizando el Orden Jurídico Nacional.

Manuel Chávez Asencio hace referencia a que los derechos sociales de la familia a proteger son:¹² derecho al ser y al hacer; al trabajo; a un salario familiar suficiente; a la salud y a la seguridad social; a la vivienda digna y suficiente a sus necesidades; a la educación; a creer y profesar su propia fe y a difundirla; a la intimidad, libertad y honor familiares; a participar en el desarrollo integral de la comunidad; a la asesoría conyugal y familiar; al descanso; de asociación y los Derechos especiales.

El cumplimiento de protección de los DDHH, depende de una correcta seguridad jurídica, a partir de lo anterior se garantizará también la protección de la familia. El Estado de Derecho protege a la familia por cuanto a la dignidad de quienes la integran, las personas y los lazos que los unen (el parentesco y la convivencia). Los vínculos de parentesco se crean por consanguinidad o por afinidad. También son generados por adopción o por relaciones estables de afectividad, en las que el reconocimiento que hacen las instituciones jurídicas del Estado también abarca a las parejas del mismo sexo.

Los Artículos 4º y 133º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en los Artículos 390 del Código Civil para el Distrito Federal. Al igual que en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su Artículo 3 fracción I, señalan puntualmente el Principio del Interés Superior del Menor y su

¹² Chávez Asencio, Manuel, "Alternativas constitucionales para la familia del siglo XXI", *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, México, D.F., Vol. 1, No. 4, febrero, 1997, pp. 113-116.

resguardo, comprendidas en el párrafo noveno.¹³ Establece un principio de igualdad y seguridad jurídica en torno a la familia al afirmar que la mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá el desarrollo y organización de la familia. Luego entonces, la garantía establecida en el artículo 4° constitucional implica tres elementos: el primero, que consagra la igualdad entre mujeres y hombres; el segundo, el derecho de los particulares a formar, organizar y desarrollar una familia; y el tercero, el deber del Estado de regular esta actividad de forma que se salvaguarden y se garanticen los derechos de todos los integrantes de esta.

Por otro lado, respecto a la ampliación de la familia y los derechos y obligaciones que de ello derivan, el mismo artículo, como ha sido transcrito, las establece. Con motivo de los compromisos del gobierno mexicano adquiridos a través de los programas nacionales, y en particular con respecto a los derechos de los niños, se han hecho adiciones al artículo 4° constitucional que fundamentalmente se refieren a la protección social que se les debe dar a éstos; como se ha hecho notar en el comentario al párrafo anterior.

Asimismo, se incluye una disposición, la cual se encuentra en el espacio del derecho de familia, en cuanto al ejercicio de la patria potestad y de los derechos y las obligaciones que de ella derivan. Dicha adición se refiere al deber de los padres tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo a un menor de edad en los términos de ley, de garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos sociales –arriba mencionados– a los menores de edad: los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.¹⁴ En este sentido, los dos últimos párrafos de la disposición constitucional se refieren a las obligaciones que el Estado adquiere para adoptar medidas eficaces para proteger a este grupo vulnerable y para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo artículo.¹⁵

Otro precepto constitucional fundamental es el artículo 1°, que establece de forma clara y precisa el reconocimiento al derecho a la igualdad para todas las

¹³ Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011.

¹⁴ Párrafo adicionado DOF 07-04-2000. Reformado DOF 12-10-2011.

¹⁵ Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011.

personas dentro del territorio nacional, y que debe ser reconocido, respetado y protegido tanto por el Estado como por cada hombre y mujer en el mismo. Esto se plasma en el texto.¹⁶

El artículo fue reformado y adicionado con un último párrafo en enero de 2001. La redacción que se ha transcrito es la reformada el 10 de junio de 2011 que, junto con el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I Del Título Primero, por el *De los Derechos Humanos y sus Garantías*,¹⁷ actualiza y da validez formal a los Derechos Humanos, y coloca en segundo plano al antiguo término de Garantías, permaneciendo aquello de la prohibición a la discriminación, como un principio general de igualdad. Con ello se procuró, igualmente, establecer conceptos que guardaran una congruencia con los criterios expresados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, respecto al derecho a la igualdad y a la no discriminación establecidos en los primeros artículos de los mismos, ya que se trata de supuestos indispensables en un Estado de Derecho moderno que se considere como democrático, así como de asumir y respetar las políticas internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, considerando que, en la actualidad, las relaciones entre los Estados que forman la comunidad internacional están supeditadas al reconocimiento, respeto y protección de los mismos.

Es así como al señalar que la firme tendencia del legislador en México, ante el reclamo social imperante en el país ha paulatinamente adicionado, modificado, derogado diversos preceptos legales, de conformidad al entorno mundial en el que formamos parte. En la actualidad, los tratados internacionales, en donde de manera significativa las sentencias, opiniones, consultas, entre otras, con las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos marca una directriz jurídica que deberá ser tomada con una alta consideración por naciones como México. A esto último se

¹⁶ Párrafo reformado DOF 10-06-2011.

¹⁷ Cámara de Diputados | LXV Legislatura. H. Congreso de Unión. <http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm> DOF: 10 de junio 2011. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

refiere la opinión consultiva OC – 17/02¹⁸; en su numeral 59 relaciona a la Convención sobre Derechos del Niño junto al Interés Superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, al que deben ceñirse todas las acciones del Estado y de la sociedad.

Revisemos para el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁹ el cual establece en su artículo 23, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰ refiere, en su artículo 17, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la misma y por el Estado. La Convención también señala en su capítulo II los Derechos Civiles y Políticos: artículo 4°. Derecho a la vida; artículo 5°. Derecho a la integridad personal; artículo 7°. Derecho a la libertad personal; Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad; Artículo 19. Derechos del niño; Artículo 24. Igualdad ante la ley.

Por último, debemos considerar, dentro de este análisis, las coincidencias que ordenamientos vigentes nacionales, cuyo contenido, tratándose de derechos de los menores, contiene disposiciones similares a lo anterior, en cuanto al Código Civil Federal, en su CAPÍTULO V de la Adopción, en su Sección Primera señalada como “Disposiciones Generales”, en su Artículo 390 base II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma, y en la Sección Cuarta, denominada “De la Adopción Internacional”, se encuentra contemplado lo relacionado a los ordenamientos jurídicos que rigen esta figura jurídica.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

¹⁹ Centro de Información de la ONU. México. <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos2.htm>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

V. ADOPCIÓN HOMOPARENTAL

Solteros y solteras, independientemente de su orientación sexual, tienen derecho a adoptar en cualquier Estado de la República Mexicana. Sólo pueden adoptar conjuntamente las parejas casadas. El 18 de agosto del 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que las parejas homosexuales tienen el mismo derecho de poder adoptar a un menor en la Ciudad de México.

De la Adopción Art. 390 Código Civil Federal de México, adoptar al hijo del cónyuge (parejas de mismo sexo), al igual que la adopción general, la adopción del hijo del cónyuge por una pareja homosexual sólo es posible en México DF.

Hasta la fecha, los Estados en México en los que se reconoce legalmente al matrimonio igualitario son: Ciudad de México, Quintana Roo, Coahuila, Chihuahua, Nayarit, Jalisco, Campeche, Colima, Michoacán, Morelos, Baja California, Chiapas, San Luis Potosí, Nuevo León, Hidalgo, Baja California Sur, Aguascalientes, y Oaxaca. Estas uniones también se encuentran reconocidas en algunos municipios de Guerrero, Querétaro y Zacatecas²¹. Baja California publicó las reformas constitucionales sobre el matrimonio igualitario; fueron publicadas en el Periódico Oficial del Estado (POE), el pasado 8 de agosto de 2021, en el Decreto Número 275, mediante el cual se reformó el artículo 7 y 104 de la Constitución Política de Baja California.²²

VI. ORIENTACIÓN SEXUAL / IDENTIDAD DE GÉNERO

Las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el reconocimiento del género que incluye

²¹ Expansión Política. <https://politica.expansion.mx/estados/2020/11/03/el-congreso-de-puebla-da-el-si-al-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

²²<https://wsxtbc.ebajacalifornia.gob.mx/CdnBc/api/Imagenes/ObtenerImagenDeSistema?sistemaSolicitante=PeriodicoOficial/2021/Agosto&nombreArchivo=Periodico-58-CXXVIII-202188-N%C3%9AMERO%20ESPECIAL.pdf&descargar=false>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

a la orientación sexual y la identidad de género.²³ Pero existe el vacío legal de un cuerpo normativo que vincule a los Estados respecto de los derechos y obligaciones de las personas desde el concepto de género, ante lo cual los Estados no pueden ignorar los acuerdos internacionales y los principios que rigen su cumplimiento, al igual que deben aplicar las disposiciones normativas desde su publicación para conocimiento de los gobernados.

De igual manera, los Estados están obligados a garantizar los derechos y libertades, sin discriminación. La discriminación existe bajo la condición inherente o innata al individuo, que provoca el trato discriminatorio, apartándolo de los derechos del resto de la colectividad. Resulta de consideración tanto los Principios de Yogyakarta²⁴ y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Partes sobre medidas para evitar la discriminación por orientación sexual y la identidad de género.

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC prohíbe la 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. Artículo 2 fracción segunda, respecto de la condición social, es un concepto jurídico indeterminado que da lugar a una condición de discriminación por orientación sexual o por identidad de género.²⁵

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que la orientación sexual, es una categoría sospechosa que debe de ser considerada al juzgar con perspectiva de género, por lo que realizar alguna contravención sobre lo anterior resulta incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos

²³ El "género" describe aquellas características de las mujeres y los hombres que son en gran medida creadas socialmente, mientras que el "sexo" abarca aquellas que están determinadas biológicamente. Sin embargo, estos términos a menudo se usan erróneamente indistintamente en la literatura científica, la política de salud y la legislación. Consultable en: World Health Organization, www.who.int/genomics/gender/en/index.html

²⁴ Principios Yogyakarta adoptados en la reunión de especialistas en derechos humanos realizada en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia del 6 al 9 de noviembre de 2006, sobre la orientación sexual y la identidad de género, así como la legislación internacional aplicable para evitar su discriminación.

²⁵ Council of Europe. <https://www.coe.int/en/web/committee-antidiscrimination-diversity-inclusion>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

y con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El Informe Anual de la Corte Interamericana de 2006²⁶, contiene el análisis respecto a los derechos humanos vigentes en cada Estado, el resultado sobre el eje central del diagnóstico continúa como lo señala en su momento el informe, la discriminación y la desigualdad presentándose en la región, debido a que no es prioridad en las políticas públicas. Por lo tanto, los resultados no han variado en cuanto a la "...situación de desigualdad fáctica y jurídica que afecta a las mujeres, así como a grupos tradicionalmente discriminados, tales como los pueblos indígenas, los afrodescendientes y homosexuales".²⁷

VII. MATRIMONIO HOMOPARENTAL EN EL ESTADO DE MORELOS

En la Ciudad de México está permitida la "sociedad de convivencia" de las parejas del mismo sexo a partir del año 2006, y el matrimonio desde 2009 establecido como la unión entre dos personas. A nivel Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: "La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional".²⁸ La Suprema Corte aclaró que pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial o con la procreación, es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso a dicha institución a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales.²⁹

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.cidh.org/Discursos/4.27.06.htm> Presentación del Informe Anual 2006 de La CIDH, Por Parte del Presidente, Doctor Evelio Fernández Arévalos. 27 de abril de 2006 Washington, D.C. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/igualdad-de-genero/conceptos-relevantes/criterios/5-Funciones_esteriotipadas. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Consultable en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2009407&Tipo=1>. Fecha de consulta: 13 de agosto 2021.

La distinción fue considerada discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. Esta enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión y recordó que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”³⁰. En el caso del Estado de Morelos, el matrimonio entre personas del mismo sexo se reconoce legalmente a partir de mayo de 2017.

VIII. DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES; FILIACIÓN

La discriminación manifestada por la autoridad registral en el Estado de Morelos trasgrede a los Derechos Fundamentales, con ello a todo lo relacionado al Derecho de gestación y el principio del Interés Superior del menor (este principio lo apuntalan otros derechos nacionales e internacionales y ha sido un derrotero en las discusiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la hora de sentar precedentes en la materia)³¹, el derecho a la dignidad de la persona (de la madre, de quien es su pareja matrimonial, de la sociedad matrimonial y del infante), el derecho de toda persona a su integridad física y moral, el denominado *ius nubendi* (el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, que el Estado no puede limitar), el derecho a la vida privada y familiar, el deseo de concebir un hijo, es un derecho, es una libertad de decisión sobre tener descendientes para establecer una

³⁰ Artículo 54 del Código Civil de Costa Rica. Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr>

³¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas jurisprudencias relativas a ese principio entre las que destacan las registradas con el número 2006011, 20009010 y la tesis número 2008546. En general esos criterios enfatizan que los tribunales deberán atender al interés superior de la niñez y adolescencia, y que éste demanda un estricto escrutinio de las particularidades del caso. Asimismo, señalan que debe considerarse la opinión de las niñas, niños y adolescentes en cualquier decisión que les afecte, y se acentúa la obligación del juez(a) de examinar las circunstancias específicas de cada asunto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para la niña, niño o adolescente.

familia (este caso jamás vulnera derechos de terceras persona); y se resalta el derecho a la no discriminación por razón de género y orientación sexual. Todos estos derechos están comprendidos dentro del catálogo que bajo principio reconoce y otorga para su protección la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y son materia de su correcto establecimiento en las Constituciones de los Estados como en el Estado de Morelos; también están establecidos por los tratados Internacionales, vinculados a la comunidad internacional como pactos de Derechos Humanos, como resultan ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979; Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez de 2011; Convención de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989; entre otros en el que el Estado Mexicano se encuentra vinculado.

IX. FAMILIA HOMOPARENTAL, COMATERNIDAD

Desde la definición clásica o tradicional del concepto familia hasta la aparición del concepto de familia homoparental, reconocido por el Estado Mexicano como figura jurídica de matrimonio, se considera parte de la sociedad, personas educadas en un mundo contemporáneo, capaces de ampliar el núcleo familiar con hijos bajo su cuidado, educación y responsabilidad social de los adultos hacia los descendientes. La relación entre el matrimonio homoparental y el descendiente es además de las consideraciones afectivas el vínculo jurídico por hechos biológicos, y/ o de actos jurídico, como es la solicitud de registrar al menor ante el Estado, para obtener su identidad registral.

El Derecho a la identidad, como los demás Derechos del menor, no están a consideración del estado civil de los solicitantes, es el Estado quien reconoce la

igualdad y dignidad de las personas, en los hijos no se considera las condiciones de su nacimiento; esto en armonía frente al Derecho Internacional y la vinculación del Estado Mexicano. Las relaciones del matrimonio homoparental y las que existen respecto de su hijo, se encuentran bajo deberes y derechos, la solicitud es para efectos jurídicos, la práctica cotidiana y la convivencia de familia ya está establecida, la filiación, otorga identidad al menor y señala responsabilidad para con él, por lo que, al presentarse socialmente, la familia lo hace en toda la extensión de la relación jurídica, madre, Comaternidad e hijo.

En el caso de Morelos, esta familia homoparental compuesta por dos mujeres, auxiliándose de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pueden optar por donaciones mediante: inseminación artificial, de embrión o fecundación *in vitro*. El matrimonio cuenta con la posibilidad de compartir o contribuir al proceso, una dona el gameto (óvulo) y la otra será la madre biológica.

Ahora bien, la Suprema Corte emitió cuatro tesis aisladas el 23 de agosto de 2019, relacionados a la Comaternidad, bajo el número de registro 20202442. Define a la Comaternidad como figura de la familia homoparental, es la doble filiación materna, que se encarga del cuidado bajo su seno de uno o más descendientes, en similar ejercicio de crianza parental, aun cuando una de ellas o ambas no tenga un vínculo genético con el hijo o los hijos. Es un Derecho Constitucional que reconoce a la familia, en la que las responsabilidades hacia los hijos no están determinadas por el género o las preferencias sexuales de quienes la realizan, ni por la existencia de vínculos genéticos entre las personas.

En la Tesis Aislada 20202481 se refiere a la inconstitucionalidad del artículo 384 del Código Civil del Estado de Aguascalientes y que agotó todas las instancias procesales, les llevó más de cinco años obtener esta favorable sentencia, en la que señala la Primera Sala de la Suprema Corte, refiriéndose al artículo 384, que excluye otra posibilidad que pueda presentarse sobre la filiación jurídica, sobre todo la que surja por la familia homoparental, esto es la Comaternidad; rechaza una diferencia de género por orientación sexual, es contraria a la igualdad e impone una desigualdad, vulnera todo derecho a la procreación, crianza de hijos y a establecer

la filiación jurídica, comprendidos en y hacia la familia, por lo que el precepto es inconstitucional.

La Tesis Aislada 2020482 sobre el mismo artículo anterior también excluye la Comaternidad, esto es, una mujer no puede, bajo este artículo, reconocer voluntariamente en el acta de nacimiento o en acta especial al hijo de quien comparte el matrimonio homoparental, restringe la protección de los menores de edad, discrimina a la filiación, vulnera el derecho a la identidad, y contraviene el artículo 4o. constitucional. La Primera Sala mantiene el criterio respecto a la filiación jurídica sobre la filiación biológica, la identidad de los que se encuentra comprendida en múltiples factores. La Comaternidad resulta lo más protector y benéfico para el menor; la filiación jurídica junto a las dos personas que asumen para con él los deberes parentales.

La Tesis 2020483 se refiere a la existencia de al menos dos posibilidades: la donación de gametos y la relación sexual; ambas producen la concepción. Aquí se señala únicamente a la primera de ellas, por lo que respecta a la filiación; en términos generales no se presenta en la legislación, es un contrato de donación, por tanto, sólo surge la filiación del hijo respecto a su madre biológica, la Comaternidad no desplaza la filiación jurídica paterna; si el hijo nace por medio de una Tecnología de Reproducción Humana Asistida, la filiación jurídica encuentra sustento en la voluntad procreacional, en el vínculo biológico de la procreación.

X. CONCLUSIONES

Las consideraciones jurídicas hasta ahora analizadas sobre la Familia Homoparental en el Estado de Morelos, permiten emitir diversas consideraciones sobre las dinámicas y cambios sociales que no van de acuerdo al Orden Jurídico Nacional y que a su vez no se encuentran en armonía con el Orden Jurídico Internacional. La familia es una institución anterior al Estado, representa base de la sociedad, que al evolucionar presenta diversos cambios, por lo que la sociedad misma debe favorecer el bienestar de los integrantes de la familia, especialmente

del menor. Al aplicar la Ciencia Jurídica por los órganos jurisdiccionales se hace necesaria la más amplia valoración de tratados internacionales, las sentencias que los órganos jurisdiccionales como antecedentes que son fuente del Derecho. Al margen del análisis, el pretendido “derecho a la paternidad”, o “derecho a ser padres”, no sintoniza bien con la tesis moderna en relación con la familia, la cual, a diferencia de lo que acontece con la tesis clásica, no está ligada a la procreación, siendo su función, como anteriormente se ha señalado, potenciar la realización de los derechos fundamentales de los particulares.

Por tanto, la paternidad y maternidad en estos casos se deja de considerar la realidad biológica, la sentencia establece la filiación jurídica, apartándola de la consideración que se haga sobre vínculos genéticos, la filiación se genera por el reconocimiento unilateral de paternidad o maternidad y el libre desarrollo de la personalidad.

El Estado Mexicano está vinculado jurídicamente a la Comunidad Internacional, esto ha provocado una profunda actualización en materia de DDHH, que son reflejo en la actualización del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que representa un reflejo de su garantía y protección hacia todos los gobernados en el territorio nacional.

La familia homoparental es una realidad socio–jurídica, inmersa en el mundo normativo, y contribuye a su actualización respecto a los conceptos jurídicos de filiación, familia, no discriminación, identidad, pero sobre todo hacia el Interés Superior del Menor. Por lo que al negar esta filiación se vulnera el derecho a la identidad del descendiente (contar con nombre, nacionalidad y filiación), vulnera el derecho humano de protección a la familia, y desfavorece al Estado, pues deja de fortalecer su célula básica fundante, la familia y el nacimiento de su descendiente, entendido como derecho a la reproducción, el derecho de beneficio científico, al de procreación, y el derecho a fundar una familia, que establece un lazo de vida familiar.

Al negar la inscripción, restringe el Estado otros derechos derivados de la filiación: el derecho a la integridad, la seguridad social, educación, ambiente sano, alimentos y derechos sucesorios. Se vulnera el *ius nubendi*, que la sentencia de la

Suprema Corte de Justicia de la Nación corrige; el reconocimiento de la filiación, a la mujer no sometida a la técnica de reproducción asistida (la pareja matrimonial homoparental) con respecto al hijo nacido de la mujer con la cual forma matrimonio; en principio del interés superior del menor, del principio de no discriminación por orientación sexual; derecho al respeto personal a su vida privada y familiar; y el derecho del matrimonio a fundar su familia libre y responsable.

En agosto de 2019, las tesis a las que se refiere este trabajo fueron publicadas en el Semanario Judicial de la Federación. El Caso Morelos demandó la intervención de la justicia federal; en noviembre del 2019, y en agosto de 2020, se reiteran los argumentos de la solicitud del matrimonio homoparental, para no ser discriminados por la autoridad del Registro Civil. Amparar y proteger a la Familia Homoparental, y con ello imponer a la autoridad registral para que emita la correspondiente acta de nacimiento del hijo en Comaternidad, sienta un precedente más que junto al otorgado a la pareja en el Estado de Aguascalientes, armonizan la legislación en el Orden Jurídico Nacional constituyendo una sociedad más justa y equitativa.

Los conocimientos científicos y técnicos ligados a la práctica de la reproducción asistida están avanzando y difundiéndose rápidamente, pero el verdadero progreso reclama, además, la orientación de dichos conocimientos a la causa del ser humano, contemplado por el Derecho como persona titular de derechos inherentes extensibles al ámbito familiar y a la protección del medio ambiente para el beneficio de las actuales y futuras generaciones.

XI. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Bibliografía

Castañeda Rivas, María Leoba, La protección jurídica de la familia en VISIÓN SOCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Una perspectiva multidisciplinar, Leticia Cano Soriano y Joaquín Narro Lobo (Coordinadores), UNAM – CNDH, 1era., ed. México.

Chávez Asencio, Manuel, "Alternativas constitucionales para la familia del siglo XXI",
Revista Mexicana de Procuración de Justicia, México, D.F., Vol. 1, No. 4,
febrero, 1997.

Ferrajoli, Luigi, Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo;
Carlos Arturo Hernández, Santiago Ortega Gomero directores. Bogotá:
Universidad, Libre, 2016.

González Martín, Nuria el derecho de familia en un mundo globalizado: especial
referencia a la adopción internacional. Contenido vertido durante las clases
dictadas en el marco de los Cursos de Derecho Internacional organizados por
la Organización de Estados Americanos, sede en Río de Janeiro, Brasil, del
12 al 14 de agosto de 2008.

Romero Márquez, NR, Representación social de las técnicas de reproducción
asistida, citando a Aller J. Experiencia con 269 casos de Transferencia
Intratubaria de Gametos (C. I F.T.). Revista de Obstetricia y Ginecología de
Venezuela. 1991; 5(1).

Otras fuentes

Asamblea Legislativa del Distrito Federal | VII Legislatura. Consultable en:
<http://www.aldf.gob.mx/>

Placeres Hernández, José Fernando y Lázaro de León Rosales, La familia y el
adulto mayor. Consultable en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rme/v33n4/spu10411.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consultable en:
<http://www.cidh.oas.org/>

Centro de Información de la ONU. México. Consultable en: <http://www.cinu.org.mx/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultable en:
<http://www.corteidh.or.cr/>

Cámara de Diputados | LXV Legislatura. H. Congreso de Unión.
<http://www.diputados.gob.mx/>

Expansión Política. Consultable en: <https://politica.expansion.mx/>

Animal Político. Consultable en: <https://www.animalpolitico.com/>.

Council of Europe. Consultable en: <https://www.coe.int/>.

Congreso de la Ciudad de México. Consultable en:
<https://www.congresocdmx.gob.mx/>.

World Health Organization. Consultable en: www.who.int/.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consultable en: <https://www.scjn.gob.mx/>.

Semanario Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Consultable en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/>