



DIRECTORIO

Secretaría de Gobernación

Miguel Ángel Osorio Chong
SECRETARIO

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Ricardo Antonio Bucio Mújica
PRESIDENTE

Junta de Gobierno

Representantes del Poder Ejecutivo Federal

Lía Limón García
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN
Fernando Galindo Favela
SECRETARÍA DE HACIENDA
Y CRÉDITO PÚBLICO
Pablo Antonio Kuri Morales
SECRETARÍA DE SALUD
Alba Martínez Olivé
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
José Adán Ignacio Rubí Salazar
SECRETARÍA DEL TRABAJO
Y PREVISIÓN SOCIAL

Representantes designados por la Asamblea Consultiva

Santiago Corcuera Cabezut
Mauricio Merino Huerta
Ricardo Raphael de la Madrid
Gabriela Warkentin de la Mora

Instituciones invitadas

Lorena Cruz Sánchez
INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES
José Manuel Romero Coello
INSTITUTO MEXICANO DE LA JUVENTUD

Nuvia Magdalena Mayorga Delgado

COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Aracely Escalante Jasso

INSTITUTO NACIONAL DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

Patricia Uribe Zúñiga

CENTRO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL CONTROL DEL VIH/SIDA

Laura Vargas Carrillo

SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA

Manuel Galán Jiménez

Sergio Federico Gudiño Valencia

SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Asamblea Consultiva

Mauricio Merino Huerta
PRESIDENTE

Elvira Arellano
Judit Bokser Liwerant
Santiago Corcuera Cabezut
Katia D'Artigues Beauregard
Rogelio Alberto Gómez-Hermosillo Marín
Clara Jusidman Rapoport
Marta Lamas Encabo
Esteban Moctezuma Barragán
Rebeca Montemayor López
José Antonio Peña Merino
Luis Perelman Javnozón
Juan Martín Pérez García
Ricardo Raphael de la Madrid
Pedro Salazar Ugarte
Tiaré Scanda
Regina Tamés Noriega
Fabienne Venet Rebiffé
Gabriela Warkentin de la Mora

MATRIMONIO Y FAMILIAS

TOMO II

• COLECCIÓN •
LEGISLAR SIN
DISCRIMINACIÓN

SEGOB
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN



CONSEJO NACIONAL PARA
PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN



LXII LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS

Coordinación editorial:

Carlos Sánchez Gutiérrez

Cuidado de la edición:

Armando Rodríguez Briseño y Carlos Martínez Gordillo

Diseño y formación:

Génesis Ruiz Cota

Fotografía:

Antonio Saavedra

Primera edición: octubre de 2013

© 2013. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Dante 14, col. Anzures,

del. Miguel Hidalgo,

11590, México, D. F.

www.conapred.org.mx

ISBN: 978-607-7514-78-7 (Colección)

ISBN: 978-607-7514-80-0 (Matrimonio y familias)

Se permite la reproducción total o parcial del material incluido en esta obra, previa autorización por escrito de la institución.

Ejemplar gratuito. Prohibida su venta.

Impreso en México. *Printed in Mexico*

Agradecimientos

Agradecemos el trabajo de elaboración de contenidos a la asesora experta Geraldina González de la Vega Hernández por su esfuerzo y dedicación plasmados en el capítulo II del presente tomo.

Agradecemos el apoyo en la coordinación, elaboración y revisión de los textos que conforman esta colección al equipo de la Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas del Conapred, que estuvo integrado por Sonia Río Freije, Irasema Y. Zavaleta Villalpando, L. Paola Flores Rodríguez, Sara I. Antillón Esparza, Jéssica I. Covarrubias Sánchez, Liliana Pérez Gutiérrez y Adrián Torres Cuevas. En los mismos términos, agradecemos la asesoría brindada por M. Ernesto Ramírez Gracia y el apoyo administrativo de Norma A. Guzmán Tamayo, parte de la misma Dirección, y al personal de la Dirección de Administración y Finanzas.

Presentación

El reconocimiento universal del goce de todos los derechos humanos a toda persona en México, respaldado por nuestra Constitución y por los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado mexicano es parte, proporciona un instrumento y un campo de acción que detona procesos, retos y rutas para mejorar las condiciones de igualdad de oportunidades para todas las personas, como reconocimiento emanado de la reforma al artículo 1 constitucional (10 de junio de 2011).

Como se observa en los resultados de las encuestas nacionales sobre discriminación en México (Enadis) de 2005 y 2010, nuestra nación sigue enfrentando múltiples desafíos y problemáticas sociales. Hoy, sin embargo, la reforma en materia de derechos humanos nos alienta a dar un gran salto para afirmar y fortalecer efectivamente los marcos y medidas legales, políticas e institucionales existentes, a fin de lograr un país más igualitario, con un Estado que respete, promueva y garantice con efectividad el goce y ejercicio de los derechos humanos de la población mexicana, sin ningún tipo de discriminación.

El derecho a la no discriminación se desprende del principio de igualdad, y está reconocido en el artículo 1, párrafo quinto, de la Constitución, y en diversas cláusulas antidiscriminatorias contenidas en los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Está incorporado también en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), así como en diversas legislaciones locales que combaten la discriminación y en otros ordenamientos legales.

Sin embargo, la incorporación del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación en ciertos ordenamientos no es suficiente para prevenir y eliminar, de hecho y de derecho, la discriminación en México. Durante el desempeño de nuestro trabajo institucional, hemos identificado que es vital actualizar y armonizar la legislación vigente, con el fin de darle un sentido más incluyente, contribuyendo así al desarrollo social del país,

además de procurar y atender las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en el tema de derechos humanos.

En atención a dichas obligaciones, en el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), cumpliendo con sus funciones de institución especializada en velar por el derecho a la no discriminación, nos dimos a la tarea de investigar diversos temas relacionados con este derecho, para identificar debilidades y áreas de oportunidad en materia legislativa, con el fin de coadyuvar a su mejoramiento y armonización en pro de la igualdad y no discriminación.

Con esto en mente, el Conapred creó la colección Legislar sin Discriminación, que presenta una investigación con un rol propositivo, dirigida sobre todo al público relacionado con el quehacer legislativo, con el fin de atender la necesidad de dicha armonización legislativa, encaminada, como consecuencia de la multicitada reforma constitucional, a alentar, desarrollar y lograr acuerdos que lleguen a traducirse en beneficios sociales.

Uno de los pasos a seguir para alcanzar la igualdad de trato, de oportunidades, de protección y de capacidad, es visibilizar a los grupos en situación de discriminación, identificando la problemática que enfrentan con respecto al acceso a los diferentes derechos humanos, mismos que han sido o pueden ser restringidos por tratos desiguales en condiciones iguales, o tratos iguales en condiciones desiguales.

A raíz de esta investigación fue posible llegar a conclusiones concretas sobre qué se necesita reformar o incorporar en la legislación nacional, con base en el conjunto de obligaciones de las autoridades, en el marco de sus atribuciones, para que efectivamente promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de todas las personas, en conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Esperamos que esta colección sea una herramienta eficaz para prevenir y eliminar la discriminación en el espíritu y sintonía de nuestra legislación nacional. Fue elaborada, con dedicación y empeño, sobre la base de argumentos razonados y cuestionados,

con la finalidad de hacer realidad los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos, con miras a que nuestro país se transforme en una sociedad de derechos.

Ricardo Bucio Mújica
Presidente del Consejo Nacional
para Prevenir la Discriminación

Introducción general

En virtud de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) se creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), órgano federal del Estado mexicano que tiene por objeto llevar a cabo acciones para prevenir y eliminar la discriminación en nuestro país, así como formular y promover políticas públicas para la igualdad de oportunidades y de trato a favor de las personas que se encuentren en el territorio nacional.

En ese sentido, entre las atribuciones que tiene el Conapred está la realización de estudios sobre propuestas de reforma a ordenamientos jurídicos en la materia y disposiciones normativas y administrativas vigentes relacionadas con la igualdad y no discriminación, así como, en su caso, la formulación de propuestas de modificación acordes con el respeto y garantía del derecho a la no discriminación, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 17, fracción II, y 20, fracciones V y VI, de la LFPED y como en el artículo 39, fracciones IV y IX, del Estatuto Orgánico del Conapred.

En el ejercicio de esas funciones, el Conapred ha identificado diversas iniciativas de ley o de reforma, así como legislaciones vigentes, que contienen directa o indirectamente aspectos discriminatorios que afectan a ciertas personas, individual o colectivamente. Asimismo, ha detectado problemas de técnica legislativa que inadvertidamente agravan la situación, como el uso de lenguaje sexista o la ausencia de una perspectiva de género, lo cual los convierte en elementos que generan discriminación o perpetúan la ya existente, vulnerando y violando derechos y libertades de la población en el territorio nacional. Esto ocurre debido a la incapacidad para reconocer la comisión de actos discriminatorios que, de manera consciente o inconsciente, se llevan a cabo cotidianamente, repitiendo patrones de exclusión y estigmatización. Muchos de esos actos son resultado de la falta de armonización con los estándares internacionales en materia de igualdad, no discriminación y derechos humanos, situación que produce retrocesos legislativos en México.

En razón de ello, el Conapred considerada necesario el análisis de diversas temáticas vinculadas con el derecho a la igualdad y no discriminación, con la finalidad de desarrollar propuestas que promuevan la eliminación de contenidos discriminatorios en el ámbito legislativo y permitan atender las necesidades principales de los grupos en situación de discriminación, así como proteger sus derechos de que la igualdad y no discriminación se presente como un eje transversal en cada uno de los proyectos que sean sometidos a la consideración del Congreso de la Unión y los Congresos estatales, y su realización forme parte del proceso de armonización legislativa derivada de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

A la par de dicho análisis, se han generado lineamientos o criterios que, sin pretender su obligatoriedad, pueden servir como guía o manual de uso en las actividades parlamentarias de las y los legisladores, para incorporar la perspectiva de igualdad y no discriminación en toda la legislación nacional.

Este estudio se diseñó con el objetivo de aportar a las personas involucradas directa o indirectamente en el quehacer legislativo elementos que permitan:

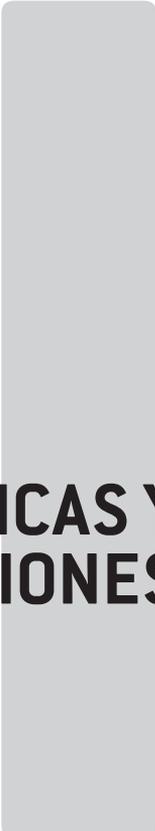
- › Aclarar cuestiones conceptuales de la perspectiva de igualdad y no discriminación, desde una visión general y su relación con la denominada legislación antidiscriminatoria, mediante la exposición de temas específicos de interés que abarcan varios derechos y grupos de población.
- › Identificar las tareas pendientes en el ámbito legislativo para legislar desde esta perspectiva.
- › Armonizar la legislación con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, igualdad y no discriminación.
- › Aportar un método de análisis que incorpore elementos del derecho internacional, los derechos humanos y el derecho comparado.

- › Fundamentar las exposiciones de motivos de iniciativas de ley o de reforma legislativa con bases en los instrumentos internacionales aplicables.
- › Servir de base para la discusión con grupos interesados y/o afectados por las iniciativas.
- › Fundamentar la redacción concreta de las iniciativas.

Para facilitar la consulta de los resultados de este trabajo, se decidió publicarlos como una colección, cuyo primer tomo se centra en aspectos conceptuales y el actuar legislativo en materia de igualdad y no discriminación; los demás tomos tratan diversas temáticas de interés que, por su naturaleza estructural, se relacionan con conductas o actos de discriminación que violan diversos derechos y afectan a distintos grupos de población. Cada uno tiene diferentes niveles de profundidad y detalle; dependiendo de los contenidos, se desarrollan siguiendo una misma metodología y ampliando el análisis tanto como sea necesario. Los temas tratados en esta colección fueron seleccionados a partir de la experiencia en el combate a la discriminación que el Conapred ha realizado a través de los años. Gracias a ello se han identificado situaciones estructurales en el funcionamiento del Estado que generan actos discriminatorios que afectan a mujeres y grupos de población, y vulneran el disfrute de diversos derechos humanos en igualdad de condiciones.

En cada uno de los tomos se siguió una cuidadosa estructura de contenidos que fue conducida a través de un método de investigación homogéneo. Esto se aprecia progresivamente, primero, al observar que cada tomo inicia con una introducción temática, que contiene una explicación de las problemáticas específicas dentro de la diversidad de situaciones de discriminación. Posteriormente, se expone un marco de referencia básica con fundamentos teóricos y legales de la igualdad y no discriminación, que servirán de base, conforme al tema estudiado, para la transversalización de esta perspectiva en el quehacer legislativo. Una vez planteadas las bases teóricas, se lleva a cabo el desarrollo del diagnóstico de derechos siguiendo el método comparativo,

que consiste en identificar un modelo normativo óptimo, integrado, en esencia, por estándares internacionales ya establecidos, para después compararlo con el modelo normativo vigente, surgido del análisis de la legislación existente en el momento de realizar dicho análisis. Este método se explica con mayor precisión en el primer tomo de esta colección. Finalmente, a modo de cierre y de toma de determinaciones, se exponen conclusiones y propuestas con trascendencia e impacto en la promoción, respeto, protección y garantía del derecho a la igualdad y no discriminación, con la finalidad de que sean consideradas efectivamente por las personas legisladoras en su actuar legislativo.



NOCIONES BÁSICAS Y RECOMENDACIONES

Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación¹

En este capítulo se hará un breve recuento de los conceptos y obligaciones relacionados con la temática de la igualdad y no discriminación, con énfasis especial en los instrumentos internacionales aplicables y su interpretación, para posteriormente plantear la naturaleza de ambos conceptos, la definición de discriminación, los motivos prohibidos y los tipos de discriminación existentes, las obligaciones del Estado mexicano en relación con el tema, las generalidades sobre la relación de los estereotipos, prejuicios y estigmas, la igualdad de trato y una explicación breve acerca de los principales elementos de las medidas positivas.

Este recuento tiene la finalidad de dar un panorama general de los criterios internacionales vigentes que puede orientar el actuar legislativo, desde el diseño de cada iniciativa, a fin de facilitar la incorporación de la perspectiva de igualdad y no discriminación en las leyes.

Naturaleza de la igualdad y no discriminación

La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de todos los derechos.² La igualdad y no discriminación son los conceptos referidos con mayor frecuencia en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que los actos discriminatorios atentan contra la dignidad de las personas y provocan una profunda afectación individual y social.

¹ Este apartado es un resumen del texto que aparece con el mismo título en *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo I de esta colección.

² ONU, *Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ginebra, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párrafo 2.

Esto obedece a que, además de ser un derecho en específico, la no discriminación es un principio –por lo tanto, transversal– de aplicación de las normas de derechos humanos.

Cabe aclarar que a pesar de esta conceptualización, los derechos de igualdad y no discriminación no están considerados ni definidos de manera única y unificada en todas las fuentes del derecho internacional, lo cual implica que las autoridades de nuestro país deben ser conocedoras del amplio bagaje internacional que ahora conforma, en el mismo nivel que la Constitución. Además, ello posibilita a las autoridades para que se alleguen de los elementos del derecho internacional que le puedan otorgar una mayor protección a la persona.

El derecho a la igualdad y no discriminación protege la dignidad misma del ser humano y permite la integración y cohesión sociales, para favorecer el libre y pleno ejercicio de los demás derechos humanos. Este derecho se ha interpretado como autónomo y subordinado o vinculado.

- › *Como derecho autónomo*, pues se considera que está garantizado en sí mismo y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad.
- › *Como derecho subordinado o vinculado*, ya que existen disposiciones de derecho internacional³ que prohíben la discriminación en el contexto de los derechos y libertades incluido en otros artículos de los instrumentos que prevén la cláusula antidiscriminatoria.

Al ser definida la igualdad y no discriminación como principio, se comprueba su cualidad transversal y absoluta. Prueba de ello es que en el marco jurídico internacional de derechos humanos, está plasmado en los primeros artículos de todos los tra-

³ Como el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y el artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

tados y acuerdos internacionales de derechos humanos y en los preámbulos de todas las declaraciones y resoluciones relevantes en temas de derechos humanos, gobernabilidad y relaciones entre Estados, naciones y pueblos.

La igualdad y no discriminación es un principio *ius cogens*, es decir, son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.⁴

Nuestro derecho interno incluye una cláusula antidiscriminatoria en el párrafo quinto del artículo 1 constitucional –modificado en la reforma de derechos humanos de junio de 2011–, la cual dispone:

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.

A partir de la reforma de junio de 2011, la descripción de este principio será más completa, puesto que se podrá atender a lo dispuesto en los tratados internacionales para satisfacer las lagunas o las imprecisiones del derecho interno, atendiendo a que actualmente, por la cantidad de instrumentos de derechos humanos, es posible hablar de un proceso de intensa codificación internacional de los derechos.⁵

En este sentido, “existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el prin-

⁴ Corte IDH, *Opinión Consultiva No. 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, párrafo 101.

⁵ Carlos Villán Durán. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 209 y ss.

cipio de igualdad y no discriminación. Los Estados parte están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna”.⁶

Definición de discriminación y motivos prohibidos

El concepto de discriminación no ha sido definido de manera general en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en los pactos de la ONU o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no obstante, sí se han generado definiciones de la discriminación a partir de la interpretación de los tratados realizada por los organismos internacionales. Un ejemplo muy puntual de dicha interpretación es la que pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), que señala que por discriminación

se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto.⁷ La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.⁸

⁶ Corte IDH, *Opinión Consultiva No. 18, op. cit.*, párrafo 85.

⁷ Definiciones similares figuran en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Comité de Derechos Humanos hace una interpretación parecida en su *Observación General No. 18* (párrafos 6 y 7), y ha adoptado posiciones similares en observaciones generales anteriores.

⁸ ONU, *Observación General No. 20, op. cit.*, párrafo 7.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la define de la manera siguiente:

Artículo 4. Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

Tipos de discriminación

El Comité DESC plantea diversos tipos de discriminación que deben combatirse a fin de que los Estados parte puedan garantizar el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹ Por lo que es necesario considerar que hay discriminación que afecta tanto la forma como el fondo de la masa de derechos. A continuación se enuncian ambas, junto con acciones para eliminarlas:¹⁰

- a) *Discriminación formal.* Para erradicarla es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos.
- b) *Discriminación sustantiva.* Para eliminar la discriminación de grupos o personas que sufren injusticias históricas y/o persistentes, se deben adoptar de forma inmediata las

⁹ Aunque la interpretación del Comité DESC sólo se relaciona con este Pacto, se considera que estos tipos de discriminación son de aplicación generalizada, y por lo tanto se incluyen en este capítulo para aportar herramientas de identificación de discriminación en la legislación.

¹⁰ Este apartado retoma casi literalmente lo planteado en la *Observación General No. 20, op. cit.*, párrafos 8 y 10.

medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto.

También es importante señalar que hay formas directas e indirectas de trato diferenciado que constituyen discriminación, como se aprecia en los incisos siguientes:

- a) *Discriminación directa*. Es cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación.
- b) *Discriminación indirecta*. Hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación.

El Comité DESC también distingue de la *discriminación sistémica*, que es un tipo de discriminación contra algunos grupos y que subsiste, es omnipresente y está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad; la cual a menudo implica actos de discriminación indirecta.

Todos estos tipos de discriminación están presentes en el sistema legal vigente, mismos que han sido identificados por el Conapred a través del desempeño de sus atribuciones, lo cual será materia de análisis en los diferentes tomos temáticos de este estudio.

Estereotipos, prejuicios y estigmas

Para abonar al análisis del Comité DESC, cabe incluir una breve explicación sobre estereotipos, prejuicios y estigmas y su relación con la discriminación.

La discriminación, desde el punto de vista sociológico, ha sido considerada como una conducta de desprecio causada por

prejuicios y estigmas, en relaciones de carácter inequitativo y asimétrico, que afecta derechos.

La discriminación es una conducta, culturalmente fundada y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de prejuicios o estigmas relacionados con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales, así como su acceso a las oportunidades socialmente relevantes de su ambiente social.¹¹

La discriminación tiene que ver, entre otros aspectos, con un fenómeno de naturaleza cultural, que halla sus fuentes en los estereotipos. Éstos se definen como una visión generalizada o preconcebida de actitudes o características que poseen las personas integrantes de un grupo social particular o los roles que realizan o deben realizar. La imposición de roles y la visión preconcebida dañan la idea de individualidad de las personas y las obstaculiza para poder manifestar otros caracteres o roles que tengan deseos de realizar. Para su análisis, se consideran dos clases de estereotipos:¹²

- a) *Estereotipos descriptivos*, que dibujan cómo es una persona de determinado grupo y le asignan diferencias para poder saber quién es el otro. Estos estereotipos no son necesariamente transgresores del derecho a la igualdad y no discriminación.
- b) *Estereotipos prescriptivos u hostiles*, que pretenden establecer cómo debe comportarse y qué rol debe cumplir la per-

¹¹ Jesús Rodríguez Zepeda, *Iguales y diferentes. La discriminación y los retos de la democracia incluyente*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 56.

¹² Rebecca J. Cook y Simone Cusack, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010, p. 12 [traducción propia].

sona que pertenece a este grupo, ya sea a través de normas (jurídicas, morales y/o sociales) y a través del rechazo u hostilidad si no se cumplen.

Para finalizar lo enunciado en este apartado, cabe mencionar que los estereotipos pueden ser de sexo, género¹³ o compuestos (mezcla de dos o más categorías estereotípicas). En estos casos la asignación de roles suele depender de todas esas categorías.¹⁴

Obligaciones del Estado en relación con la igualdad y no discriminación

Se especifican tres tipos de obligaciones generales de los Estados:

- a) *Respetar* los derechos humanos.
- b) *Proteger* los derechos humanos.
- c) *Garantizar* los derechos humanos.

El Comité DESC, en su *Observación General No. 20*, menciona que para dar cumplimiento a la obligación de garantizar el disfrute de derechos en pie de igualdad, es indispensable la aprobación de leyes y, por lo tanto, los Estados partes deben adoptar una legislación que prohíba expresamente la discriminación. Dicha legislación debe tener por fin eliminar la discriminación formal y sustantiva, atribuir obligaciones a los actores públicos y privados y abarcar los motivos prohibidos de discriminación. También deben revisarse periódicamente, y modificarse en caso necesario, las demás leyes, para asegurarse de que no discriminen, ni formal ni sustantivamente, en relación con el ejercicio y el goce de los derechos.¹⁵

¹³ Un estereotipo de género se refiere a la precomprensión del rol que una persona debe desempeñar atendiendo a su sexo.

¹⁴ Rebecca Cook y Simone Cusack, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵ ONU, *Observación General No. 20*, *op. cit.*, párrafo 37.

Igualdad de trato e igualdad de oportunidades

La *igualdad de trato* equivale a la eliminación de las distinciones o exclusiones moralmente arbitrarias que están prohibidas por el principio de igualdad y no discriminación. Obliga a dispensar a todas las personas un trato similar o equivalente con la finalidad de atajar las diferencias que genera la discriminación.¹⁶

Por lo que, en principio, no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos; sin embargo, ciertas distinciones pueden estar justificadas para dar preferencia a determinados sectores desfavorecidos de la población. En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU: “observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”.¹⁷

El mismo organismo indica que debe aplicarse el principio de igualdad de oportunidades en el sentido de que “hay que tratar desigual a los desiguales, para convertirlos en iguales”.¹⁸

Por su parte, la Corte IDH diferencia los términos *distinción* y *discriminación*: emplea *distinción* para lo admisible, cuando es “razonable, proporcional y objetivo”, y utiliza *discriminación* para hacer referencia a una “distinción inadmisibles que vulnera los derechos humanos”.¹⁹

De tal manera que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación proporcional, objetiva y razonable.²⁰

¹⁶ Jesús Rodríguez Zepeda, *op. cit.*, p. 85

¹⁷ ONU, *Observación General No. 20*, *op. cit.*, párrafo 13.

¹⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, del 28 de agosto de 2002.

¹⁹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, *op. cit.*, párrafo 84.

²⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 19 de enero de 1984, párrafo 56.

Medidas positivas o especiales

Los instrumentos internacionales establecen claramente que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias o bien para corregir la discriminación de hecho.²¹

Para entender a qué hacen referencia estas medidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha explicado que pueden abarcar una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria,²² que su carácter “especial” recae en que son medidas destinadas a alcanzar un objetivo específico y son temporales porque deben estar creadas para la solución de un problema concreto y deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan logrado y, además, se hayan mantenido durante un tiempo. El término temporal no significa que el resultado final se fije a partir de un plazo determinado, sino de un fin específico.²³

Al analizar qué medidas son las más adecuadas para lograr la igualdad sustantiva, los Estados deben considerar y evaluar el ámbito específico del grupo al que van dirigidas (esto implica la situación real de la vida de la persona, así como el contexto nacional); las posibles repercusiones de dichas medidas respecto al objetivo concreto que busca lograrse considerando el contexto na-

²¹ En este sentido ver: Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03, op. cit.*, párrafo 104; ONU, *Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación*. Ginebra, 37 periodo de sesiones, U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 168, 1989, párrafos 5 y 18.

²² “Como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas”. ONU, *Recomendación General No. 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º periodo de sesiones, 1999, párrafo 22.

²³ *Ibid.*, párrafos 20, 21 y 22.

cional, y su relación con medidas de carácter general que abonen a ese propósito. Para entender el contexto específico del grupo al que van dirigidas tales medidas, deben considerarse también las condiciones que influyen o conforman su vida y sus oportunidades o del grupo y las formas de discriminación múltiple a las que pueden ser objeto.²⁴

Finalmente, cabe resaltar que es obligación de las autoridades del Estado mexicano identificar las necesidades específicas de la sociedad para retomar aquellos aspectos considerados en las recomendaciones internacionales que sirvan para legislar y, posteriormente, poner en marcha las medidas positivas que respondan de la mejor manera a la realidad mexicana y a sus desigualdades.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 27.

Recomendaciones para legislar con perspectiva de no discriminación y derechos humanos²⁵

Entre las responsabilidades que tiene encomendadas el Conapred, se encuentra realizar estudios sobre propuestas de reforma a ordenamientos jurídicos relacionadas con la igualdad y no discriminación, así como proponer las modificaciones que sean acordes con la garantía y respeto del derecho a ambos.²⁶

En ejercicio de sus atribuciones, este Consejo, además de identificar iniciativas de ley o de reformas que resultan discriminatorias, ha detectado una serie de inconsistencias en la técnica legislativa, mismas que aplican tanto a la forma como al contenido de las propuestas jurídicas, que de manera inadvertida y en la mayoría de las ocasiones se convierten en elementos que generan discriminación o perpetúan la ya existente, como lo es el uso de lenguaje sexista o la ausencia de una perspectiva de género.

En razón de ello, el Conapred, con diez años de experiencia en la materia, se ha dado a la tarea de identificar las fallas más frecuentes que se cometen en la redacción de los textos legislativos, en la legislación vigente, las iniciativas o los dictámenes de ley, analizando tanto la parte de exposición de motivos y considerandos, como la sección propositiva de las modificaciones. Esto con el objetivo de aportar una serie de recomendaciones o lineamientos, que, sin el afán de pretender su obligatoriedad, puedan aportar una guía a las personas responsables de presentar iniciativas de ley o de reforma –aun cuando éstas no traten de forma explícita el derecho a la igualdad y no discriminación–, a fin de que elaboren sus proyectos desde una perspectiva antidiscriminatoria.

²⁵ Este apartado es un resumen del texto que aparece con el mismo título en *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo I de esta colección.

²⁶ De acuerdo con lo previsto en el artículo 20, fracciones v y vi, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación [LFPEE], así como en el artículo 39, fracciones iv y ix, del Estatuto Orgánico del Conapred.

En los diversos tomos que conforman la colección Legislar sin Discriminación, se detalla cómo las recomendaciones señaladas en esta sección pueden aplicarse en casos concretos.

RECOMENDACIÓN 1: Legislar para transversalizar la perspectiva de no discriminación y de derechos humanos.

En virtud del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas en el territorio nacional, sin discriminación alguna, son titulares de todos los derechos humanos reconocidos por ella y por los tratados internacionales en la materia ratificados por México.²⁷

En ese sentido, el Poder Legislativo debe desarrollar sus funciones desde una perspectiva transversal que permita proteger, garantizar y respetar la igualdad y no discriminación así como los derechos humanos que gozan todas las personas (ver el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación” para más detalles sobre estos conceptos).

En relación con la transversalización de los derechos humanos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha señalado que “los derechos humanos deben impregnar por completo la actividad parlamentaria. Dentro de su esfera de competencia, cada comité parlamentario debe tener sistemáticamente en consideración los derechos humanos y evaluar las repercusiones de proyectos de ley y otras propuestas de normas jurídicas para el disfrute de los derechos humanos de la población”.²⁸

Por consiguiente, la actividad legislativa debe buscar como fin la garantía, protección y respeto a los derechos humanos sin discriminación alguna, teniendo presente que las propuestas de

²⁷ De acuerdo con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

²⁸ OACNUDH / UIP, *Derechos humanos. Manual para parlamentarios (No. 8)*. Carouge (Suiza), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / Unión Interparlamentaria, 2005, p. 69.

ley o reforma, en el caso de las legislaciones que abordan la circunstancia de un grupo en situación de discriminación²⁹ en particular, deben elaborarse tomando en cuenta no sólo un enfoque integral de derechos,³⁰ sino también la situación particular que enfrentan o viven esas personas, con la finalidad de identificar los principales problemas y obstáculos que tienen para el ejercicio de sus derechos.

A partir del desarrollo de las atribuciones del Conapred, se ha detectado que en las iniciativas de ley o reforma en algunas ocasiones las y los legisladores utilizan un tipo de discurso que, en lugar de enfatizar el reconocimiento de derechos, parece propio de una política asistencialista, lo que conlleva a que ciertos grupos en situación de discriminación sean vistos más como sujetos de protección por parte del Estado mexicano que como titulares de derechos, legislando sin que se atiendan los problemas a los que efectivamente se enfrentan o los derechos que tradicionalmente les son violentados.

²⁹ Mujeres; niñas, niños y adolescentes; personas con discapacidad; personas migrantes; personas adultas mayores; pueblos y comunidades indígenas; trabajadoras del hogar; jornaleros agrícolas; población LGTBTTT (lésbico, gay, bisexual, travesti, transgénero, transexual e intersex), por citar algunos grupos.

³⁰ Es decir, que se consideren todos los derechos y no algunos específicos, ya que en ocasiones parece que por pertenecer a cierto grupo en situación de discriminación, únicamente se les reconocen los derechos más emblemáticos o significativos para ese colectivo, dejando de lado o sin reconocimiento al resto de derechos; por ejemplo: para las personas con discapacidad, los derechos más destacados son los de la accesibilidad y la salud, olvidándose de otros que fomentan su participación plena y efectiva en la sociedad como el derecho al trabajo, los derechos políticos, el derecho a la educación, por mencionar sólo algunos, y en el caso de las mujeres, tradicionalmente se enfocan a reconocerles el derecho a la igualdad y a una vida libre de violencia.

RECOMENDACIÓN 2: Conocer y contextualizar las obligaciones señaladas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Como resultado de las obligaciones derivadas de la reforma al artículo 1º constitucional, es fundamental que las y los legisladores tengan conocimiento de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos a los que el Estado mexicano se ha vinculado. Esto con el objetivo de que los mismos sean aplicados en el actuar legislativo como fundamento de la exposición de motivos de iniciativas y consideraciones de dictámenes, así como para incorporar su contenido directamente en la parte propositiva de las reformas.

Un siguiente paso consiste en contextualizar las obligaciones internacionales con la situación concreta de nuestro país, ya que un “principio básico del derecho internacional es que los Estados partes en un tratado internacional deben hacer que su propia legislación y sus prácticas nacionales sean coherentes con lo que dispone el tratado”.³¹

Para lograr esto, existe un amplio andamiaje de derecho internacional de derechos humanos que deriva de las distintas disposiciones internacionales³² en la materia, generadas por organismos del Sistema Universal (ONU) y del Sistema Regional (OEA), que es materia básica para la armonización legislativa.

Además de utilizar como base los contenidos de los tratados internacionales y regionales ratificados por México (referidos en el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación”), se sugiere consultar los documentos, informes, estudios e investigaciones elaborados y emitidos por diversos mecanismos creados dentro de los organismos internacionales y regionales para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los diver-

³¹ OACNUDH *et al.*, *De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios (No. 14)*. Ginebra, OACNUDH / Unión Interparlamentaria / ONU, 2007, p. 55.

³² De derecho vinculante (conocido en el ámbito académico como *hard law*) y no vinculante (conocido como *soft law*).

Los instrumentos de derechos humanos que emanan tanto de los organismos de los tratados internacionales como de mecanismos especiales o temáticos, bajo figuras de: comités de derechos humanos, relatorías y representantes especiales, grupos de trabajo, observadores y expertos independientes, entre otros. En el Sistema Regional hay que considerar además las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).³³

Se hace particular énfasis en la consulta de las observaciones y recomendaciones finales emitidas por los comités creados en virtud de los convenios y pactos internacionales de Naciones Unidas³⁴ por la diversidad de temáticas que abordan y que están relacionadas con las disposiciones incluidas en dichos instrumentos. Tales observaciones y recomendaciones se basan en la amplia experiencia de los comités, derivada de su conformación por personas expertas y de la revisión de cientos de informes presentados por gran parte de los Estados partes, que implica el estudio y análisis de una amplísima gama de contextos nacionales en los ámbitos socioeconómico, histórico, cultural, político y jurídico.

Las observaciones y recomendaciones finales son relevantes porque en ellas los comités interpretan el contenido de los artículos y los derechos consagrados en los instrumentos inter-

³³ En el tercer capítulo de *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo I de esta colección, se muestra un cuadro con los organismos internacionales que generan insumos en temas de igualdad y no discriminación.

³⁴ El Estado mexicano ha aceptado la competencia de dichos comités para someterse al escrutinio sobre el cumplimiento de las obligaciones del tratado respectivo. Los comités creados hasta ahora son: Comité de Derechos Humanos; Comité de los Derechos del Niño; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Comité contra la Tortura; Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes; Subcomité en la Prevención de la Tortura; Comité sobre Desapariciones Forzadas, y Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (estos dos últimos, de reciente creación, no han emitido observaciones generales hasta el momento de finalizar la redacción de este documento).

nacionales de los que emanan, sobre disposiciones en cuestiones temáticas particulares y en relación con sus métodos de trabajo.

RECOMENDACIÓN 3: Utilizar datos confiables y actuales sobre el tema para guiar la actuación legislativa en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

Las propuestas legislativas en materia de derechos humanos, así como aquellas que versen concretamente en materia antidiscriminatoria, que emanen tanto del Congreso de la Unión como de las legislaturas locales, deben considerar en la elaboración de sus propuestas fuentes estadísticas o datos fidedignos actualizados de organismos nacionales o internacionales, públicos o privados, que tengan reconocimiento o prestigio sobre el tema.

Comúnmente, el Conapred ha identificado que la exposición de motivos de las iniciativas analizadas se fundamentan en notas periodísticas que no indican las fuentes de donde toman sus datos, o bien en buscadores de internet que arrojan páginas de dudosa procedencia, además de que exhiben datos muy antiguos y desactualizados que no reflejan la situación concreta que pretende reformarse.

RECOMENDACIÓN 4: Consultar a los principales actores involucrados para guiar la actuación legislativa en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

Tanto en las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales como en las recomendaciones que los comités y diversos órganos de instancias universales y regionales han emitido al Estado mexicano, se desprende que en la elaboración de propuestas legislativas, desde su formulación inicial, es fundamental considerar la opinión del grupo objetivo o sobre quienes pueda tener un efecto particular la aplicación de dicha legislación. Ello implica la generación de mecanismos viables y eficaces que permitan

hacer llegar a las legisladoras y los legisladores las inquietudes, problemas identificados, causas, circunstancias y consecuencias que deben ser considerados de manera especial en la elaboración de propuestas legislativas.

RECOMENDACIÓN 5: Las iniciativas, dictámenes y minutas deben elaborarse con un lenguaje incluyente, es decir, no sexista y no discriminatorio.

El lenguaje es un elemento que no se escapa de las conductas discriminatorias, y en algunas ocasiones su uso puede llegar a mantener o fomentar condiciones de subordinación de ciertos grupos de personas sobre otros. En ese sentido, el Conapred ha identificado que se presentan problemas de lenguaje sexista en la redacción legal (que afecta principalmente a las mujeres) y lenguaje que se relaciona con grupos de población minoritarios, que fomenta prejuicios y estigmas.

El lenguaje sexista³⁵ se vale del uso de estereotipos de género para excluir o tornar invisibles a las mujeres del escenario público y privado, desvalorando o minimizando su actuación, en tanto que exalta la presencia de los hombres dentro de la sociedad, fomentando con ello relaciones de dominación que se ocultan dentro de condiciones aparentemente normales.³⁶

³⁵ Cabe aclarar que el sexismo es una forma de discriminación que consiste “en el trato desigual y en la segregación de las personas de un sexo por considerarlas inferiores a las de otro”. *10 recomendaciones para el uso no sexista del lenguaje*. 2ª ed. México, Conapred, 2009, p. 5. [Textos del Caracol, 1]. Se puede descargar en <http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/C-01-2.pdf>. [Consulta: 19 de junio, 2013]. Las mujeres son quienes tradicionalmente enfrentan ese tipo de desigualdad. Por lo tanto, por lenguaje sexista se entiende aquel “que fomenta la discriminación de género contra las mujeres” (Héctor Islas Azaïz, *Lenguaje y discriminación*. México, Conapred, 2005, p. 29. Cuadernos de la Igualdad, 4).

³⁶ *Ibid.*, p. 21.

Para salvar este tipo de redacciones y expresiones sexistas³⁷ se pueden emplear diferentes formas de lenguaje (para mayores detalles se recomienda consultar la publicación del Conapred *10 recomendaciones para el uso no sexista del lenguaje*).³⁸

Otro tipo de lenguaje que a lo largo del trabajo del Conapred también se ha identificado como reiterativo, es aquel que estigmatiza y replica prejuicios que afectan a ciertos sectores de la población. Esto implica en algunos casos que se minimice su presencia o resulte ofensiva la forma de referirse a dichas personas.

RECOMENDACIÓN 6: La armonización del derecho interno con los tratados internacionales no sólo se logra a través de la repetición de términos o cambios de mera forma en el lenguaje.

Armonizar un texto normativo con las obligaciones contraídas por México en el ámbito internacional, implica atender las recomendaciones que se plantean en este documento, como son: realizar un estudio y análisis del contexto histórico, político y social que caracterice la situación de que se trate, con la finalidad de que esas obligaciones se incorporen adaptándolas a las circunstancias propias del Estado mexicano, mas no debe consistir en hacer una transcripción literal del contenido de instrumentos internacionales de derechos humanos, sin tomar conciencia de que dicha obligación no se cumple de esa manera.

RECOMENDACIÓN 7: Legislar con una perspectiva de género.

Toda iniciativa, dictamen o minuta debe elaborarse bajo una perspectiva de género, que sea transversal a todo el documento.

³⁷ Además del hecho de quitarse el velo que minimiza la inclusión y aportes de la mujer en la vida pública y privada.

³⁸ Conapred, *10 recomendaciones para el uso no sexista del lenguaje*, op. cit., pp. 11-16.

La categoría del género se emplea para analizar y comprender tanto la condición de las mujeres (y lo femenino), como la de los hombres (y lo masculino);³⁹ en ese sentido, los “diferentes roles, responsabilidades, formas de acceso y control de los recursos, participación en la toma de decisiones y necesidades de hombres y mujeres”.⁴⁰

En julio de 1997 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc, por sus siglas en inglés) definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los términos siguientes: “Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles”.⁴¹

Por consiguiente, la perspectiva de género, además de analizar y comprender esas diferencias entre géneros y entre las personas integrantes de un mismo género,⁴² de manera simultánea tiene como finalidad lograr que los beneficios de cualquier acción, plan o programa instrumentado por el Estado mexicano en cualquier ámbito de la vida pública, llegue a ambos géneros por igual, tomando conciencia de la diferenciación de roles que tradicionalmente ha existido entre hombres y mujeres, con fundamento en estereotipos incuestionables, que deben ser superados.

³⁹ Fragmento literal de “La perspectiva de género”, en Marcela Lagarde, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. España. Horas y Horas, 1996, p. 14.

⁴⁰ Andrea Estela Serret Bravo, *Estrategia de prevención y sanción a la discriminación de género. Análisis y propuestas a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México de Sedesol-Conapred*. México, Conapred, 2007, p. 24.

⁴¹ Esta definición se cita en diversas páginas de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales, por ejemplo, ver <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>>. [Consulta: 10 de junio 2013.]

⁴² Marcela Lagarde, “La perspectiva de género”, en *op. cit.*, p. 16.

RECOMENDACIÓN 8: Examen tripartito como guía para las legislaturas: legalidad de la medida, fin legítimo de la medida y proporcionalidad en sentido amplio de la medida (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Cuando el cumplimiento de una obligación derivada de un derecho atenta contra el ejercicio de otro derecho, se está en presencia de una colisión de derechos.⁴³ Ante ese supuesto, se sugiere acudir a la técnica de análisis empleada tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴ y la Corte Europea de Derechos Humanos,⁴⁵ como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).⁴⁶ Aunque éste es un recurso más utilizado en el ámbito judicial, en el campo legislativo también puede ser aplicado cuando se trate de evaluar si se está en una situación de colisión de derechos. Esto implica realizar un análisis tripartito de la forma siguiente:

- a) Legalidad de la medida
- b) Fin legítimo de la medida
- c) Proporcionalidad en sentido amplio de la medida, que incluye:
 - i. Idoneidad
 - ii. Necesidad
 - iii. Proporcionalidad en sentido estricto

a) Legalidad de la medida

Una medida es considerada legal cuando no violenta el propio orden jurídico del Estado en que se emite o, más

⁴³ Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, pp. 56-59.

⁴⁴ Corte IDH, Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 49.

⁴⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Thlimmenos vs. Greece*. Sentencia del 6 de abril de 2000, párrs. 44, 46 y 47.

⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Jurisprudencial No. 130/2007, p. 8, reg.170,740.

específicamente, cuando está acorde con la ley que es aplicable al acto.

b) Fin legítimo de la medida

Puede establecerse de dos formas. Por interpretación del sistema constitucional y convencional y por *limitación por delimitación*. En el primero de los supuestos se busca conocer si el fin perseguido por la autoridad que limita un derecho fundamental es razonable, en general, en un sistema democrático y constitucional. En el segundo los posibles fines legítimos se encuentran predeterminados y limitados por la propia norma que establece el derecho fundamental.

c) Proporcionalidad en sentido amplio, se compone de tres elementos:

- i. *Idoneidad* de la medida se refiere a la exigencia de que la pueda efectivamente lograr el fin legítimo que se busca.
- ii. *Necesidad* de la medida quiere decir que sea el único medio o el menos lesivo para lograr el fin buscado.
- iii. *Proporcionalidad (en sentido estricto)* de la medida se refiere a la capacidad de la misma de respetar un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida restrictiva y los daños que puede causar al ejercicio de un derecho.⁴⁷

RECOMENDACIÓN 9: Presupuesto. Asignar y aprobar presupuestos específicos para situaciones particulares de desigualdad.

⁴⁷ Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, en Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México, CNDH / CEDH Aguascalientes, 2008, pp. 100-102.

Existen diversas acciones que los Estados deben realizar para reconocer, proteger y garantizar, sin discriminación, el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por México. Estas acciones son tanto de carácter formal como aquellas que generen igualdad sustantiva.

La garantía formal inicia a partir del reconocimiento en los distintos ordenamientos jurídicos que existen en el país. Sin embargo, esto por sí sólo no genera condiciones que permitan a todas las personas el ejercicio de sus derechos. Para lograrlo, en muchas ocasiones es necesario que se asignen presupuestos específicos. La asignación y aprobación del presupuesto, tal como se explica en este apartado, es una atribución explícita que tiene el Poder Legislativo y es un elemento fundamental para la aplicación efectiva de los derechos humanos en todos los niveles, federal, estatal y municipal.

La asignación y aprobación del presupuesto se deberá realizar considerando las dificultades identificadas por las instancias correspondientes, la población afectada o involucrada y la información que permita generar un diagnóstico de la situación.

Es importante señalar que para poder garantizar un derecho resultan necesarias diversas medidas, por lo que el presupuesto debe incluir, por ejemplo, procesos de consulta y diagnóstico que permitan al Estado mexicano tener un panorama de qué derechos han sido o están siendo violados o vulnerados, a qué población y cuáles son sus afectaciones.

RECOMENDACIÓN 10: Supervisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos.

El Poder Legislativo tiene la facultad de supervisar y revisar la actuación del Poder Ejecutivo a niveles federal y estatal, a través, por ejemplo, de la revisión de su actuación con base en lo señalado en el informe anual presidencial o de gobierno, o de la actuación de las secretarías que conforman la administración pública.

La OACNUDH ha señalado, en relación con esta facultad, que el Poder Legislativo debe “someter las políticas y la acción del poder ejecutivo a un escrutinio constante, los parlamentos y sus miembros pueden y deben velar por que las leyes sean efectivamente aplicadas por la administración y otros órganos competentes”.⁴⁸

Esto con fundamento tanto en las propias facultades que la Constitución nacional y las leyes de actuación del Congreso señalan, como en la obligación previa del Poder Legislativo de armonizar el derecho interno en los distintos niveles de gobierno con el marco jurídico internacional, tal como se menciona en la Recomendación 2.

RECOMENDACIÓN 11: Considerar la incorporación de medidas especiales para atajar las desigualdades como una herramienta para legislar.

Una herramienta eficaz para dar cumplimiento a las obligaciones de garantía de derechos, a partir del artículo primero constitucional, es el uso de las medidas especiales. Tal como se explicó en el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación”, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, incluyen disposiciones específicas que buscan garantizar la igualdad real en el ejercicio y goce de los derechos humanos que en ellos se consagran, y a las cuales se les ha dado el nombre de *medidas especiales* o *medidas positivas*.

Es importante señalar que estas medidas no son consideradas discriminatorias sino como parte de una estrategia necesaria de

⁴⁸ OACNUDH-México, *Palabras del Señor Alberto Brunori, Representante en México de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Inauguración del Seminario Retos Legislativos y Perspectiva de los Derechos Humanos*, 10 de noviembre de 2009, Monterrey, Nuevo León. Ver apartado sobre la supervisión del Ejecutivo, p. 2, <<http://www.hchr.org.mx/Documentos/Ponencias%202009/11/PAB101109.pdf>> [Consulta: 21 de mayo de 2013.]

los Estados para lograr una igualdad sustantiva o *de facto* en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales,⁴⁹ ya que buscan acelerar la igualdad sustantiva y “de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.⁵⁰

Para el desarrollo de estas medidas deben considerarse factores económicos, sociales, jurídicos, culturales, étnicos, geográficos, de género o de cualquier otro carácter, a fin de garantizar los derechos sin discriminación. Al redactar el texto legal, se deberán realizar procesos de consulta con las personas interesadas a fin de atender las necesidades específicas para facilitarles el disfrute de sus derechos sin discriminación.

RECOMENDACIÓN 12: Identificar aquello que no puede considerarse como una medida especial.

A través del trabajo del Conapred, se ha identificado que las medidas especiales de carácter temporal –referidas en la recomendación anterior y explicadas en el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación”– que más se utilizan en las propuestas legislativas en el país son las redacciones generales, que se refieren a derechos ya reconocidos en leyes y tratados internacionales vigentes y no tanto a medidas que buscan atajar las desigualdades históricas enfrentadas por las mujeres y ciertos sectores de la población. Algunas propuestas en las que se incorporan este tipo de medidas, se han hecho basadas en una concepción errónea de lo que éstas son en realidad. Los comités del Sistema de Naciones Unidas y los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han señalado que los Estados deben

⁴⁹ ONU, *Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º periodo de sesiones, 1999, párrafo 18.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 14.

distinguir con claridad entre aquellas medidas de carácter temporal que buscan acelerar un objetivo concreto relacionado con la igualdad sustantiva de un grupo en particular y la realización de cambios estructurales que permiten lograrlo, a fin de diferenciarlas de aquellas políticas sociales de carácter general que son adoptadas para mejorar la situación de un grupo en particular.

Es decir, los Estados deben tener en cuenta que: 1) no todas las medidas pueden ser o serán favorables para ciertos grupos, son medidas especiales de carácter temporal (como acciones afirmativas, medidas positivas) y 2) tampoco lo son el establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de esos grupos y que tengan por objeto asegurarles una vida digna y sin discriminación.⁵¹

RECOMENDACIÓN 13: Utilizar un método de análisis para la armonización legislativa.

Esta recomendación plantea una propuesta de método de análisis diseñada por el Conapred para aplicar la perspectiva de igualdad y no discriminación en el actuar legislativo. Está basado en el *método de comparación de modelos*, el cual comparará un *modelo normativo óptimo* con el *modelo normativo actual* existente en el país, identificando/confrontando las diferencias entre ambos y concluyendo en una propuesta de modificación legislativa. El método contendrá fuentes de derecho y obligaciones del aparato legislativo, así como líneas generales para la elaboración de una propuesta legislativa. Los apartados que integrarán el análisis de cada uno de los temas son los siguientes:

- a) Modelo normativo óptimo
 - a.1) Fuentes de derecho: marco normativo y teórico o doctrinal

⁵¹ ONU, *Recomendación General No. 25, op. cit.*, párrafos 19 y 26.

- b) Modelo normativo vigente
 - b.1) Legislación vigente
 - b.2) Conductas de autoridades o particulares (realidad social / acciones u omisiones)
- c) Diagnóstico y comparación
- d) Determinación / propuesta legislativa

a) Modelo normativo óptimo

El primer paso para poder aplicar este método es generar el *modelo normativo óptimo*, considerando que es uno de los elementos a comparar y que constituye una situación normativa ideal para el tema de interés.

a.1) Fuentes de derecho

El modelo normativo óptimo se genera a partir de una investigación realizada sobre distintas fuentes de derecho de los ámbitos nacional e internacional y de derecho comparado, que hayan regulado de manera exitosa el tema de interés, identificando los máximos estándares de protección del derecho o derechos de que trate el tema analizado. Tales fuentes se enlistan a continuación:

- i. Orden jurídico nacional
- ii. Derecho internacional⁵²
- iii. Derecho comparado

⁵² Las fuentes de derecho internacional reconocidas por la Corte Internacional de Justicia, en el artículo 38 de su Estatuto, son tres: "a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho".

Este conjunto de fuentes dará como resultado un *marco normativo y otro teórico o doctrinal*, que servirán de sustento, previo *análisis y síntesis* de ambos, para fijar el estándar de normatividad deseada para la regulación del tema de interés, así como para establecer los argumentos sobre los que se fijará dicha postura, misma que, entre otros aspectos, considerará el contenido del núcleo esencial y no esencial del derecho, así como las obligaciones para el Estado mexicano derivadas del ejercicio de ese derecho. Estos elementos se detallan a continuación.

b) Modelo normativo vigente

Una vez generado el modelo normativo óptimo se debe proceder a elaborar el *modelo normativo actual o vigente*, el cual se construye a partir de la investigación de la regulación del tema de interés en nuestro país, atendiendo no sólo a fuentes jurídicas del ámbito nacional –específicamente legislación de carácter secundaria (federal o estatal) y ordenamientos del Poder Ejecutivo como reglamentos, circulares, normas oficiales mexicanas, entre otras–,⁵³ sino también al análisis de las acciones u omisiones en que incurran tanto las autoridades como los particulares respecto del tema, con la finalidad de conocer la realidad actual de México.

Es pertinente señalar que un insumo o herramienta que puede emplearse para esa finalidad son los informes de la sociedad civil o situaciones concretas de preocupación del Conapred, que exponen información detallada de la problemática en estudio.

Una vez que se cuente con esa información, se procederá a realizar un análisis y síntesis de la misma para obtener una situación normativa vigente que englobe no sólo aspectos jurídicos sino también sociales del tema de interés.

⁵³ Cabe aclarar que la investigación que se lleve a cabo sobre la regulación jurídica puede dar como resultado la ausencia de disposiciones normativas del tema de interés.

El siguiente esquema sintetiza los elementos descritos para la conformación del modelo normativo actual:

- b.1) Legislación vigente
- b.2) Conductas de autoridades o particulares (realidad social / acciones u omisiones)
- b.3) Análisis y síntesis

c) Diagnóstico y comparación

Una vez generados ambos modelos, es decir, el normativo óptimo y el normativo actual, se deberán *confrontar* entre sí para realizar un *diagnóstico* de ambas situaciones y determinar los puntos de *comparación y diferenciación* entre cada uno de ellos, principalmente con la finalidad de exponer las fortalezas y carencias regulatorias del sistema jurídico analizado (modelo normativo vigente) en comparación con el modelo normativo óptimo y, de esa manera, establecer líneas de acción legislativa tendientes a eliminar carencias y alcanzar una regulación óptima del tema de interés, aplicada al modelo normativo actual mexicano.

d) Determinación / propuesta legislativa

Una vez que se ha llevado a cabo la confrontación de modelos para realizar un *diagnóstico* de ambas situaciones y que se han señalado las diferencias o deficiencias esenciales del sistema jurídico analizado (modelo normativo actual), la última etapa del método de confrontación consiste en la elaboración de propuestas legislativas con la finalidad de optimizar la regulación normativa actual del tema de interés, tomando como fundamento las fuentes del modelo normativo óptimo.

Para ello es necesario identificar las normas o legislaciones que deben modificarse, así como precisar el tipo de reformas que se sugieren, las cuales pueden ser generales, indicando las características universales que una legislación óptima debe contener,

o bien específicas, señalando concretamente las sugerencias de modificación a los textos normativos.

En todo caso, la propuesta legislativa debe expresar qué legislación debe reformarse; en qué sentido debe operar dicho cambio; quién o quiénes son responsables y corresponsables del cambio, y el nivel de prioridad de la reforma (atendiendo a si se trata o no de una obligación inmediata).⁵⁴

⁵⁴ En el tercer capítulo de *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo I de Legislar sin Discriminación, se incluye una tabla con los elementos de los temas de interés que debe considerar una propuesta legislativa.

Two vertical gray bars of equal height and width, positioned side-by-side. The text is centered between them.

MATRIMONIO Y FAMILIAS

Introducción temática

El concepto de familia no es estático, cerrado y aislado del tiempo, es una noción dinámica cuya evolución ha respondido principalmente a los cambios económicos, gracias a los cuales se ha ido modelando la interacción entre sus miembros. Asimismo, el paradigma de los derechos humanos y, en especial, los movimientos feministas han influenciado la reconfiguración de las relaciones familiares. Así pues, la familia¹ preindustrial² era una comunidad centrada en el trabajo y la economía y uno de sus principales rasgos era la desigualdad entre la mujer y el hombre, además de que las mujeres, niñas y niños ostentaban pocos derechos y no eran concebidos como sujetos autónomos; las prácticas homoeróticas eran entendidas como una perversión severamente sancionada en la mayoría de los países.

Con el advenimiento de la industrialización, la familia cambió. Durante el siglo xx la medicina permitió separar las cuestiones sexuales de las reproductivas, las mujeres salieron en mayor medida a trabajar y ello obligó a garantizarles legalmente las condiciones de igualdad frente a los hombres tanto en los ámbitos laborales y educativos, como en los domésticos.³ Ello en su conjunto generó independencia económica, lo que provocó que

¹ Cf. Elisabeth Beck-Gernsheim, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*. Gran Bretaña, Polity Press, 2002.

² Los conceptos preindustrial y postindustrial se refieren a las circunstancias socioeconómicas antes y después de la Revolución Industrial, principalmente en Europa.

³ Esta fue precisamente la razón de la modificación de los párrafos primero y segundo del artículo 4 constitucional en 1974 para incluir la igualdad entre el hombre y la mujer, así como el derecho a decidir el número y espaciado de hijos e hijas. La exposición de motivos de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974, además, se refiere a las recomendaciones igualitarias que la Organización de las Naciones Unidas formuló en 1967 a través de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como la proclamación del Año Internacional de la Mujer en 1975, oportunidad diseñada para intensificar la acción tendiente a promover la igualdad entre ésta y el varón y a lograr su plena integración en los esfuerzos conducentes al desarrollo.

los matrimonios fueran decreciendo, que las parejas se casaran más tarde y que aumentara la posibilidad de disolver el matrimonio, puesto que la mujer ya no dependía económicamente del marido. La división de tareas domésticas por género comenzó a desdibujarse, dándole mayor importancia al rol de las mujeres en la sociedad. También se presentaron cambios legislativos que reconocieron a las mujeres personalidad jurídica plena y en condiciones de igualdad frente a los hombres.⁴ Por otro lado, los instrumentos de derechos de la niñez fueron modificados para reconocerles autonomía y personalidad.⁵

En relación con las parejas homosexuales, a pesar de que aún continúan sufriendo rechazo y discriminación, hoy gozan de mayor respeto y reconocimiento de sus derechos (hasta junio de 2013, más de 10 países permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, además de algunas entidades de nuestro país, como la Ciudad de México). En otros países y entidades (Brasil, Colombia, Austria, Alemania, y el estado de Coahuila, por ejemplo) a pesar de no poder contraer matrimonio, las parejas del mismo sexo gozan reconocimiento a través de figuras como las sociedades de convivencia que protegen a las familias diversas.

Régimen jurídico de la familia en México⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn o, también, Corte mexicana) ha interpretado que el derecho a la protección de la organización y el desarrollo de la familia comprende to-

⁴ Apenas en 1953 se reconoció la ciudadanía a la mujer y el derecho a votar a partir de la reforma al artículo 34 constitucional.

⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 cambió precisamente este paradigma, pues reconoce en el niño y adolescente la calidad de sujeto activo y su progresiva madurez, por lo que garantiza el desarrollo de su autonomía. Además, se trata del primer instrumento vinculante en materia de derechos de la infancia, a diferencia de las declaraciones que no contienen normas justiciables.

⁶ Este apartado se apoya en la información publicada en la página web de la Organización de los Estados Americanos, <http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia_red_de_cooperacion_mexico.htm>. [Consulta: 2 de noviembre, 2011.]

das las relaciones familiares, sin que éstas deban ser formadas siguiendo modelos únicos. La Constitución mexicana protege las familias diversas en el sentido de que todas las formas y lazos familiares se encuentran bajo la protección fundamental. De ello se pueden desprender los derechos siguientes:

- a) El derecho a tener una familia.
- b) El derecho a la identidad y a la autodeterminación.
- c) Derechos iguales para el hombre y la mujer en la familia.
- d) Derechos iguales para hijas e hijos dentro de la familia.
- e) El derecho de casarse y fundar una familia.
- f) El derecho de contraer matrimonio con libre y pleno consentimiento.
- g) El derecho a terminar el matrimonio de forma unilateral.
- h) El derecho de planificar una familia y el derecho a decidir ser madre.
- i) Derechos de niñas y niños al cuidado de sus padres.
- j) Derecho a la reunión familiar.

Además, se deberá atender siempre al principio de igualdad y no discriminación para su disfrute pleno por parte de todas las personas. El derecho de familia⁷ ha sido definido por el Poder Judicial (con carácter de jurisprudencia) de la manera siguiente:

En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial

⁷ Todavía se usa el concepto de derecho de familia, cuando en realidad la definición se refiere a los derechos de las familias y a los derechos en las familias.

de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.⁸

El derecho familiar en México está integrado por las siguientes instituciones que se encuentran reguladas en los 33 códigos civiles que existen en la república (32 locales y 1 federal):

- a) Capacidad legal de las personas, su estado civil y su domicilio.
- b) Matrimonio, concubinato, pactos de solidaridad
- c) Divorcio.
- d) Obligaciones alimentarias.
- e) Parentesco y filiación.
- f) Patria potestad.
- g) Tutela.
- h) Adopción.
- i) Patrimonio de familia.

Condición de aplicabilidad del derecho a la no discriminación

El derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 1, último párrafo, de la Constitución mexicana aplica también para el disfrute del derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia, y, con base en éste, todas las relaciones que puedan interpretarse como vida familiar (relaciones de parentesco y de filiación) deberán gozar de la misma protección, considerando que cualquier diferencia deberá satisfacer los criterios de un

⁸ Tesis: I.5o.C. J/11. Jurisprudencia en materia civil. Tribunales Colegiados de Circuito.

escrutinio estricto. Este derecho se reconoce así para cualquier persona física sin importar el “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”.⁹ No existen tampoco limitaciones etarias; a niñas, niños y adolescentes se les ha reconocido también el derecho a la familia, mismo que se encuentra protegido¹⁰ tanto por el artículo 4 constitucional como por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (artículos 11, 17 y 19) y la Convención sobre los Derechos del Niño (especialmente los artículos 5, 8, 20, 21 y 22).

Al respecto la SCJN ha explicado que “la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro”¹¹ y que siempre que la acción clasificadora del legislador o legisladora incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las

⁹ Se trata del último párrafo del artículo 1 constitucional. La sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 se fundamenta precisamente en el principio de igualdad y no discriminación para contraer matrimonio y para el reconocimiento de las familias diversas. La Corte declaró válida y conforme con la Constitución la reforma al Código Civil del Distrito Federal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción de niñas, niños y adolescentes por parte de estos matrimonios. Una mayoría de nueve ministros estimaron que no es posible negar el derecho a contraer matrimonio y a la familia a las personas con base en su orientación sexual, pues eso es violatorio del artículo 1 de la Constitución y que, como adelante se explica, el artículo 4 no establece un modelo ideal de familia, sino protege a todas las relaciones familiares.

¹⁰ Ver también la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Serie A, No. 17. *La Observación General No. 17. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, artículo 24. Derechos del niño, 35º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 [1989]. Así como la *Observación General No. 19. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, artículo 23. La familia, 39º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 [1990].

¹¹ [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S. J. F. y su Gaceta; XXXI, abril de 2010; p. 427; Registro: 164 779. Núm. de Tesis: 2a./J. 42/2010. IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.

exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación.¹² Para revisar una medida presuntamente discriminadora, el control constitucional se inscribe bajo un análisis de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad a fin de determinar la pertinencia de un trato diferenciado y la violación o no a los principios de igualdad y no discriminación. En cambio, si la medida busca equiparar u homologar, como en el caso de las relaciones entre personas del mismo sexo y las heterosexuales, entonces la medida legislativa no debe examinarse bajo un escrutinio estricto, “sino sólo en un análisis de razonabilidad que permita verificar: a) Si la opción elegida por quien legisla trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y, b) Si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que existen diferencias objetivas relevantes por las cuales deba darse un trato desigual, el cual estará no sólo permitido sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente”.¹³

¹² SCJN, Tesis: P./J. 130/2007 Jurisprudencia en materia constitucional: GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la SCJN se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte de quien legisla debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. Así como la tesis: 1a./J. 84/2006 Jurisprudencia en materia constitucional: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.

¹³ SCJN, Tesis: P.XXIV/2011 Aislada en materia constitucional: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009). Asimismo ver la tesis: 1a./J. 37/2008 Jurisprudencia en materia constitucional: IGUALDAD. CASOS

Más recientemente, la SCJN ha expresado que

aunque el Alto Tribunal haya concluido que una determinada regulación limitadora de derechos no es excesiva sino legítima, necesaria y proporcional, justificada por la necesidad de armonizar las exigencias normativas derivadas del derecho en cuestión con otras también relevantes en el caso, todavía puede ser necesario analizar, bajo el principio de igualdad, si las cargas que esa limitación de derechos representa están repartidas utilizando criterios clasificatorios legítimos. Esto es, aunque una norma legal sea adecuada en el sentido de representar una medida globalmente apta para tratar de alcanzar un determinado fin, puede tener defectos de sobre inclusión o de infra inclusión, de los que derive una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Incluso, en algunas ocasiones, por el tipo de criterio usado por la norma legal examinada (origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, 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) o por la extensión e intensidad de la incidencia en el goce de un derecho fundamental, será necesario examinar con especial cuidado si los medios (distinciones) usados por el legislador son adecuados a la luz del fin perseguido.¹⁴

EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

¹⁴ SCJN, [J]; 9a. Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; XXXIV, Agosto de 2011; pág. 5; Registro: 161 310. Número de Tesis: P/J. 28/2011. ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN.

En el Sistema Interamericano, el artículo 1.1 de la CADH¹⁵ consagra la existencia de algunas “categorías sospechosas”.¹⁶ Por otro lado, el artículo 24 establece que todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la misma. Cualquier propósito dirigido en contra de este reconocimiento de derechos en el ámbito interno, se convierte a su vez en una tentativa encaminada a desconocer el cumplimiento cabal de los compromisos adquiridos por el Estado frente a la comunidad internacional en relación

¹⁵ El artículo establece que “los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁶ La Corte mexicana se ha referido a este concepto al explicar que debe hacerse un balance cuidadoso entre los elementos que considera como requisitos necesarios para la emisión de una determinada norma o la realización de un acto, y los fines que pretende alcanzar, cuando a través de una reforma legislativa se ven involucrados determinados valores constitucionales que eventualmente pueden ponerse en peligro con su implementación, ver: tesis de jurisprudencia: P/J. 120/2009. Quizá la explicación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es mucho más clara: “cuando las distinciones se encuentren basadas en ciertas categorías mencionadas expresamente en las cláusulas de no discriminación de los tratados internacionales de derechos humanos, existe un consenso en el sentido de que el examen o test que se utiliza para medir la razonabilidad de la diferencia de trato es especialmente estricto. Esto se debe a que por su naturaleza dichas categorías son consideradas “sospechosas” y por lo tanto se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana. En tal sentido, sólo pueden invocarse como justificación “razones de mucho peso” que deben ser analizadas de manera pormenorizada. Este análisis estricto es precisamente la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean a las categorías sospechosas de distinción. Ver Informe sobre el caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*, párrafo 96. Se citan, entre otros: Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 6 de agosto de 2008, párrafo 211. *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, párrafo 84. Corte IDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68., 20 de enero de 2007, párrafos 81 a 83.

con los derechos a la no discriminación, a tener una familia, a la honra y al reconocimiento de la dignidad humana, entre otros.¹⁷

Del mismo modo, la Corte IDH, en su *Opinión Consultiva OC-4/84* del 19 de enero de 1984,¹⁸ estableció el alcance del artículo 1.1 de la CADH, en el sentido de señalar que se trata de una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la CADH es *per se* incompatible con la misma.

En cuanto al artículo 24, que establece la igualdad ante la ley, la misma opinión consultiva estableció que en función del reconocimiento de esa igualdad se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo, la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la CADH, se extiende al derecho interno de los Estados partes.

Finalmente, la citada opinión de la Corte IDH concluyó que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo

¹⁷ Para todo, ver el informe *Amicus Curiae que presenta Ombudsgay a la Corte IDH a favor de Karen Atala e hijas vs. Chile*, 17 de mayo de 2011, coordinación y edición por Geraldina González de la Vega. Ver también el informe *Amicus Curiae de Ombudsgay* presentado ante la Suprema Corte de Justicia el 28 de junio 2010 para apoyar las reformas al Código Civil del D. F. sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, coordinación por José Luis Caballero y edición por Geraldina González de la Vega.

¹⁸ Ver Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* del 19 de enero de 1984.

discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad”.¹⁹

Manifiesta que “el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”.²⁰

Cuadro analítico sobre el tema de matrimonio y familias

TEMA DE INTERÉS: DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A Y EN LAS FAMILIAS	Derechos afectados: Identidad, autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad* Derechos sexuales y reproductivos
	Grupos en situación de discriminación: Comunidad LGBTTTI Madres y padres solos Familias compuestas** Niños, niñas y adolescentes
	Bases prohibidas de discriminación: El género, la edad, las discapacidades, las condiciones de salud, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana
	Legislación a modificar (federal/local): Códigos civiles y/o códigos o leyes de familia Códigos de procedimientos civiles y de familia
	Responsables (comisiones legislativas): Derechos humanos Equidad o igualdad de género Desarrollo social Atención a grupos vulnerables Seguridad social Juventud y deporte
<p>* La Corte mexicana ha reconocido estos derechos en el amparo directo civil 6/2008, conocido como “amparo transexuales”, ver página 50 y ss. de la sentencia. Asimismo, ver el apartado “Derecho a la identidad” de este tomo.</p> <p>** Las familias compuestas se refieren a aquellas integradas por una pareja y sus hijas o hijos, procreados con una pareja distinta, por lo general, con anterioridad.</p>	

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 55.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 120.

Modelo normativo óptimo²¹

¿La familia o las familias?

El contenido mínimo amparado por el derecho a la protección de las familias es el de las relaciones de filiación y parentesco²² (ideas que utilizan tanto la SCJN, como el Comité de Derechos Humanos) o la vida familiar (concepto que emplea la Corte IDH), pues sólo ésta es una interpretación congruente con los derechos individuales reconocidos en nuestra Constitución y en la CADH, textualmente y por la vía interpretativa.

La SCJN, al discutir la reforma en el Distrito Federal para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en agosto de 2010, interpretó el artículo 4 en el sentido de que no protege un determinado modelo de familia, pues se trata de un concepto social y dinámico: “dentro de un Estado democrático de Derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente”.²³

²¹ Gran parte de este capítulo se basa en el comentario al artículo 4 constitucional de Geraldina González de la Vega, “Derecho. La protección a la organización y desarrollo de la familia”, en José Luis Caballero y Eduardo Ferrer MacGregor (eds.), *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Fundación Konrad Adenauer [en prensa].

²² La propia SCJN, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, encontró relevante que el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 338, disponga: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo primario de la familia”. Son estas relaciones, construidas en lo individual, las que el Estado debe proteger y no un concepto o modelo ideal. *Vid. Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo xxxiv, agosto de 2011, p. 881.

²³ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párrafos 235 y 311. Ver Tesis: P. XXI/2011 Aislada en materia constitucional: MATRIMONIO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO ALUDE A DICHA INSTITUCIÓN CIVIL NI REFIERE UN TIPO ESPECÍFICO DE FAMILIA, CON BASE EN EL CUAL PUEDA AFIRMARSE QUE ÉSTA SE CONSTITUYE EXCLUSIVAMENTE POR EL MATRIMONIO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER. Ver también la Tesis: P. XXIII/2011 Aislada en materia constitucional: FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS

La anterior interpretación ya se había realizado desde 2009, cuando la Primera Sala de la Corte explicó que el concepto de familia es dinámico y, por lo tanto, para proteger eficazmente los derechos de las personas, no puede entenderse como una institución estática:

La familia no puede ser una institución estática y perpetua, sino dinámica, lo cual implica, entre otras cosas, que aunque subsista una comunidad familiar de personas unidas por lazos de parentesco y lazos culturales, también se crean constantemente nuevas comunidades familiares dentro de la misma familia, que como instituciones de derecho civil consideradas en sí mismas, también merecen la misma protección establecida en el artículo 4 constitucional.

Lo anterior es así, toda vez que la protección constitucional de la familia tiene también una clara dimensión individual, derivada de la garantía constitucional de protección a la vida familiar, en términos de la cual, toda persona tiene el derecho de fundar una familia; de contraer matrimonio; de participar en condiciones de igualdad dentro del núcleo familiar; de proteger a su familia frente a actuaciones arbitrarias e injustificadas que la lesionen; y de permanecer en dicho núcleo social

DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES). En la sentencia de dicha acción de inconstitucionalidad, el considerando quinto se ocupa del análisis de la validez del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este considerando fue aprobado por mayoría de seis votos y no de nueve, como el segundo punto resolutivo [validez de la norma en lo general]. Es por ello que no se integra jurisprudencia y la tesis no tiene valor obligatorio en términos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los ministros que votaron en contra del considerando quinto, pero a favor de la validez del artículo, fueron Cossío, Luna y Gudiño. Ninguno emitió un voto particular. De las versiones estenográficas se desprende que el voto del ministro Cossío se debió a su entendimiento del artículo 4 como garantía institucional, mientras que los ministros Luna y Gudiño encontraron que el matrimonio es de libre configuración para el legislador.

perpetuando los vínculos afectivos, así como los derechos y responsabilidades en relación con los miembros que la componen.²⁴

En el mismo sentido, la Corte IDH declara que en la Convención Americana de Derechos Humanos “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.²⁵

Asimismo, se debe tomar en consideración que diversos órganos internacionales de derechos humanos han interpretado que no existe un modelo único de familia, ya que éste puede variar. Así, la Corte IDH, en su sentencia al caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, se refiere a las opiniones y observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al Comité de los Derechos del Niño y al Comité de Derechos Humanos. En todas ellas se coincide que la familia es un concepto que varía atendiendo al lugar y al tiempo.²⁶

²⁴ Amparo directo en revisión 1092/2009.

²⁵ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 142. La Corte cita su *Opinión Consultiva OC-17/02*, párrafos 69 y 70. La sentencia de la Corte IDH hace referencia a la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 de la Corte mexicana.

²⁶ Por su riqueza, se transcribe aquí íntegra la nota al pie número 192 de la sentencia de fondo del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, ya que menciona las principales opiniones de dichos comités en relación con el concepto de familia en el ámbito internacional. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 21* (13^{er} periodo de sesiones, 1994). *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, párrafo 13: “La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención”; Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 7. Realización*

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, ya en 1987, al resolver el caso *Wim Hendriks vs. Países Bajos*,²⁷ alegó que

importa subrayar que los párrafos 1 y 4 del artículo 23 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] enuncian tres reglas de igual importancia, a saber: que la familia debe ser protegida, que deben adoptarse medidas para garantizar la igualdad de derechos de los cónyuges a la disolución del matrimonio, y que deben tomarse disposiciones para asegurar a los hijos la protección necesaria. Las palabras “la familia”, que figuran en el párrafo 1 del artículo 23, no designan solamente el hogar familiar tal como existe mientras dura el matrimonio. La noción de familia engloba necesariamente las relaciones entre padres e hijos. Si es cierto que el divorcio pone legalmente término al matrimonio, no

de los derechos del niño en la primera infancia, párrafos 15 y 19: “El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”; Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19* [39º periodo de sesiones, 1990]. *La familia* [artículo 23], HRI/GEN/1/Rev. 9 [Vol. I], párrafo 2: “El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16* [32º periodo de sesiones, 1988]. *Derecho a la intimidad* [artículo 17], HRI/GEN/1/Rev. 9 [Vol. I], párrafo 5: “En cuanto al término ‘familia’, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”.

²⁷ *Comunicación No. 201/1985*: Netherlands. 12/08/88. CCPR/C/33/D/201/1985. [Jurisprudence]. Comité de Derechos Humanos. 33º periodo de sesiones. Traducción libre.

es menos cierto que no disuelve el vínculo que une al padre o a la madre con el hijo. Este vínculo no depende de que se mantenga el matrimonio de los padres.²⁸

En el caso *Balaguer vs. España*,²⁹ el Comité de Derechos Humanos aclaró que “es necesario que existan ciertos requisitos mínimos para la existencia de la familia, tales como la vida en común, lazos económicos, una relación regular e intensa, etc.”.³⁰

Vale la pena mencionar que el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, en inglés) obliga a los Estados a reconocer y respetar los derechos y deberes de la familia ampliada (aquella que incluye a abuelos, tíos, primos), lo que implica, pues, un reconocimiento de derechos en familias diversas.

Derecho a la identidad

En 2009, la SCJN falló en el Amparo Directo Civil 6/2008 (conocido como Transexuales) que la dignidad es el principio vértice de los demás derechos fundamentales. La Corte señaló que de la dignidad de la persona se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que desarrollen integralmente su personalidad. Pero quizá lo más relevante es que la Corte reconoce el derecho a la identidad personal como el que tiene toda persona a ser una misma, en la propia conciencia y en la opinión de las demás personas. Y por ello, explica la Corte, la dignidad se encuentra relacionada estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica el derecho a la identidad sexual.

Nuestro orden fundamental prohíbe cualquier tipo de discriminación, entre otras, por razón de sexo o cualquier

²⁸ *Ibid.*, párrafo 10.3.

²⁹ *Comunicación No. 417/1990: Spain. 29/07/94. CCPR/C/51/D/417/1990.* [Jurisprudencia]. Comité de Derechos Humanos. 51º periodo de sesiones.

³⁰ *Ibid.*, párrafo 10.2.

otra, que atente contra la dignidad humana [...] Así, se reconoce una superioridad de la dignidad humana, prohibiéndose cualquier conducta que la violente. [...] Es un derecho absolutamente fundamental para el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. Así, de la dignidad humana, se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad. El derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana. De esta manera, algunos autores señalan que, de la dignidad humana, se deriva la teoría de los derechos de la personalidad, que componen un sector, dentro del más amplio de los derechos humanos, en el cual se encuentran, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. El individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes.³¹

En su resolución, la SCJN reconoce los derechos siguientes: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de toda persona a la salud, los derechos a la intimidad y a la propia imagen, el derecho a la identidad personal, el derecho a la identidad sexual y la autodeterminación, es decir, el derecho de toda persona a la libre decisión sobre sí misma. Y concluye que

los derechos personalísimos se configuran como un derecho de defensa y garantía esencial para la condición humana [...] aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian, en forma expresa, en la Constitución

³¹ Ver Amparo Directo Civil 6/2008, página 50 y ss.

mexicana, sí están implícitos en las disposiciones de los tratados internacionales antes mencionados, suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, previsto en el primero de los preceptos de nuestra Constitución, pues, sólo a través de su pleno respeto, podría realmente hablarse de un ser humano en toda su dignidad.³²

El derecho a la autodeterminación y a la identidad cobra especial relevancia en materia familiar pues se trata de la posibilidad de que cada persona realice sus relaciones familiares de acuerdo con su proyecto de vida y su identidad. Esto es importante pues, como más adelante se verá, cada persona es libre de definir sus relaciones familiares (respetando siempre derechos de terceros, en especial de niños y niñas) sin que el Estado deba intervenir en ellas imponiendo valores o comportamientos vistos como los *correctos*.

El llamado “Derecho de Familia” se ha construido sobre la base del derecho romano y del derecho canónico, este último dedicado a proteger la moralidad y confinar la sexualidad a las relaciones matrimoniales con la única finalidad de procrear. De esta forma, la sexualidad fuera del matrimonio se convirtió en algo inmoral y sancionable, mientras que la sexualidad dentro del matrimonio ha sido vista como un tabú y, sobre todo, como algo privado. Se da por sentada la sexualidad en las relaciones de pareja dentro de una familia, sin embargo *no se habla de ella*. De manera que, a pesar de que tradicionalmente el concepto de familia ha escapado de la idea de sexualidad, la realidad es que las instituciones familiares están intrínsecamente ligadas a ésta. Gracias al discurso feminista y al debate desatado por la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, la libertad y la identidad sexual se han convertido en un componente fundamental cuando se habla de derecho *a* y *en* las familias.

³² *Idem*.

El Pleno de la Corte reconoció y creó por la vía jurisprudencial el derecho al libre desarrollo de la personalidad (tesis aislada LXVI/2009).³³ Así, acorde con 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. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. Asimismo, en la Tesis aislada LXIX/2009,³⁴ emitida por el Pleno de la Corte, reconoce que de la dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, surge el derecho a la identidad, dentro de la cual se comprende la identidad sexual a partir de la que el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad.

A pesar de que las tesis que anteceden son aisladas y fueron decididas en un amparo (para sentar jurisprudencia –y por tanto volverse obligatorias– se requieren cinco decisiones en el mismo sentido), la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 las retoma en su argumentación.³⁵ De tal forma que el Amparo 6/2008 (Transexuales), junto con la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 de matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal, son los pilares jurídicos para el tema de las familias diversas en nuestro país.

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ La Corte IDH se refiere a ella en su sentencia del caso *Karen Atala e hijas vs. Chile* de 2012.

Por otro lado, existen varias declaraciones y recomendaciones en el ámbito internacional que exhortan a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género:

Principios de Yogyakarta, firmados en 2007 en esta ciudad de Indonesia, sirven de pautas para la aplicación de las leyes internacionales de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, cuyo objetivo no es otro que evitar cualquier tipo de discriminación por estos motivos.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas. En todas ellas, la Asamblea condena la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) anunció el día 17 de mayo de 2012, la creación de una unidad para proteger los derechos de la comunidad LGBTTTI debido a la grave discriminación que sufre en todo el continente. Dicha unidad se dedicará al énfasis y seguimiento de los derechos del colectivo en los países de la OEA.

En el ámbito de las Naciones Unidas, 67 países presentaron una propuesta de declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género ante su Asamblea General. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos emitió en 2011 dos declaraciones manifestando su preocupación por actos de violencia y violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género.

La Alta Comisionada de los Derechos Humanos de la ONU, Navi Pillay, presentó el 7 de marzo de 2012 un informe sobre violencia y discriminación por orientación sexual. Asimismo, se anunció la página sobre el trabajo de la ONU en contra de la homofobia y la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Protección a las familias

Igualdad en la protección a las familias

El derecho de protección a las familias comprende dos dimensiones o funciones; por un lado, a) la prohibición de las injerencias arbitrarias en las familias, por otro, b) la obligación de proteger a las familias.

Los derechos tienen diversas funciones, tradicionalmente se reconocen tres estatus a partir de la relación del individuo con el Estado:³⁶ *status negativus*, es decir, como barreras contra las intromisiones del Estado; el *status positivus* o libertad no sin el Estado, y *status activus*, libertad en y para el Estado. Junto con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como DESC), se ha desarrollado la idea de que los derechos tienen también una función objetiva, es decir, que deben ser comprendidos como valores supremos y, por lo tanto, como límites al legislador o legisladora (también llamadas normas de competencia negativas). De ello se sigue que los derechos fundamentales son en general comprendidos como un orden de valores objetivo que irradia todo el sistema jurídico³⁷ y que el Estado debe tomar en cuenta en cada una de sus decisiones. Además, de acuerdo con el artículo 1 constitucional, el Estado está vinculado inmediatamente con todos los derechos y no hacen falta normas intermedias para implementarlos. Ahora bien, a partir de la función objetiva³⁸ de los derechos, surge la idea de los derechos como obligaciones de protección para

³⁶ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Friburgo, Mohr, 1892.

³⁷ Ver en este sentido la tesis 1a. CLI/2011, así como el Amparo en Revisión 2/2000 y el Amparo Directo en Revisión 1621/2010.

³⁸ Ver por ejemplo la sentencia del Amparo Directo en Revisión 1621/2010 de la Primera Sala de la SCJN “los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos [función subjetiva], por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares [función objetiva]”.

la autoridad³⁹ –ya no solamente como obligaciones de no hacer–, que implican un mandato a la autoridad para realizar lo mínimo indispensable para garantizar el disfrute del derecho, y es precisamente éste el sentido de la prohibición de la acción insuficiente (prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente), ello quiere decir que la autoridad debe garantizar un mínimo para no caer en una omisión, pues de otra manera estaría transgrediendo el derecho reconocido y garantizado. El Estado deberá hacer entonces todo lo fáctica y constitucionalmente posible (es decir, sin lastimar otros derechos y/o principios constitucionales) para proteger el derecho al desarrollo y la organización de las familias. Este aspecto refuerza la garantía de los derechos pues, en su mayoría, son las obligaciones de protección las que no pueden suspenderse en casos de emergencia (ver artículo 29 constitucional). Así, entonces, encontramos en distintos ordenamientos jurídicos la protección a las familias:

(i) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

- a) El artículo 16, al establecer que “nadie puede ser molestado en su [...] familia [...] sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”,⁴⁰ garantiza el derecho clásico (*status negativus*), entendido como limitante o barrera frente al Estado para prohibir cualquier injerencia arbitraria (no razonable) en las familias. Bajo esta dimensión, el Estado tendrá siempre que justificar, de acuerdo

³⁹ Ver Robert Alexy, “Sobre los derechos constitucionales a la protección”, en Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. <<http://bit.ly/JUa86c>>. [Consulta: 18 de junio, 2013.]

⁴⁰ Si bien esta norma protege a la familia de intromisiones a través de actos administrativos, la barrera debe también extenderse al legislador a la hora de justificar medidas que limiten derechos relacionados con la familia; las medidas necesariamente deberán pasar el escrutinio del principio de proporcionalidad.

- con las premisas del principio de proporcionalidad, una injerencia en las familias (prohibición de la arbitrariedad).
- b) El artículo 4 contiene una obligación de protección hacia el Estado, es decir, éste deberá realizar acciones positivas tendientes a la protección de un derecho. Pero de la redacción de la norma, la obligación recae especialmente en la autoridad legislativa al determinar que la ley “protegerá la organización y desarrollo de la familia”. Ello implica, pues, que se deberá partir de un contenido esencial mínimo que proteger (prohibición por omisión) y que servirá de base para analizar las injerencias de la autoridad en las familias, con motivo de una presunta violación al artículo.¹⁶

Estos artículos se relacionan de forma directa con el artículo 29, que establece que: “[en los] casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto [...] no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos [...] a la protección a la familia [...] ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Así, vemos que la interpretación sistemática de la Constitución nos da como resultado la obligación permanente del Estado de no intervenir de forma arbitraria en las familias, pero además tiene la obligación continua de protegerlas a través de acciones positivas.

El artículo 4 constitucional contiene diversas disposiciones relacionadas con la equidad de género y la igualdad dentro de la familia. Como se explicó, el primer y segundo párrafos fueron introducidos en 1974⁴¹ con el objetivo de incluir a la mujer a la

⁴¹ La exposición de motivos de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974, además, se refiere a las recomendaciones igualitarias que la ONU formuló en 1967 en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como en la proclamación de 1975 como el Año Internacional de la Mujer, oportunidad diseñada para intensificar la acción tendiente a promover la igualdad entre ésta y el varón, así como a lograr su plena integración en los esfuerzos conducentes al desarrollo.

actividad económica del país, asegurando su igualdad frente al hombre y en las relaciones familiares. Para ello se debía reconocer el derecho a decidir ser o no madre y a cuándo serlo y en consecuencia garantizar, desde el Estado, la información y los medios de planificación familiar. La reforma publicada el 31 de diciembre de 1974 incluyó además modificaciones a los artículos 5, 30 y 123, con lo que se aseguraba en el texto fundamental, por un lado, el derecho a la educación y al trabajo de las mujeres en circunstancias de igualdad y, por otro, la protección a la familia a través de garantías laborales del artículo 123, por medio de la naturalización como mexicano del hombre que contraiga matrimonio con mujer mexicana o vinculando a la legisladora o legislador ordinario a través del mandato de proteger a la familia en la ley.

En este orden de ideas, resulta mucho más comprehensiva la cara objetiva del derecho de protección a las familias, es decir, entendido éste como un valor supremo.⁴² Esto se entiende así, porque la formación de una familia no depende de la existencia de un derecho, es un hecho que sucede independientemente de lo que diga la norma;⁴³ en cambio, a lo que se tiene derecho es al reconocimiento de esas relaciones de parentesco y filiación –o vida familiar– y a que a través de este reconocimiento existan normas que protejan el desarrollo y la organización de la familia

⁴² La doctrina entiende que los derechos tienen dos caras: por un lado, como derechos subjetivos, es decir facultades que permiten a las personas encontrar valores y realizarlos y, por otro, como derechos objetivos, o sea, como valores supremos de una sociedad organizada bajo una Constitución democrática. En este sentido, todo el sistema jurídico debe ser congruente con ellos.

⁴³ Ésta es la discusión que subyace al reconocimiento de las familias diversas, a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y a la posibilidad de que personas con orientación sexual diversa adopten, en pareja o en lo individual. Las familias diversas y las parejas del mismo sexo ya existen, lo que no existe es el reconocimiento (la legitimación) por parte del Estado (hasta junio de 2013, sólo en el Distrito Federal con efectos en toda la república por la vía del artículo 121 constitucional), lo que tiene como consecuencia desventajas que contradicen frontalmente los artículos 1 y 4 constitucionales por ser un trato diferente arbitrario, es decir, un trato discriminatorio. Ver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

y que además garanticen la no intromisión arbitraria por parte del poder público.

En el Amparo Directo en Revisión 917/2009, la Primera Sala de la scjn interpreta el artículo 4 en el sentido de que “las leyes y reglamentos que se emitan [deben organizar, proteger y cuidar] a la familia como célula básica que es de la sociedad mexicana. [Implica que] tiene[n] a su cargo el deber de establecer las mejores condiciones para el pleno desarrollo de [los] miembros [de la familia], pues ésta es y debe seguir siendo el núcleo o mejor lugar para el crecimiento y formación de los individuos”.

La decisión de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 de matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal, una de las que más profundamente ha analizado este derecho a la protección de la familia, no lo dotó de contenido mínimo, por lo que se deja su definición abierta a sucesivas decisiones de la Corte (el Pleno de la Corte no está vinculado a sus decisiones)⁴⁴ y a legisladoras y legisladores locales en su libertad de configuración en materia civil⁴⁵ (*a maiori ad minus*). En el párrafo 235 de la sentencia se encuentra lo más cercano a una definición de contenido mínimo de este derecho:

[La] protección [a las familias] debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar. Al respecto, adquiere relevancia que el propio

⁴⁴ Nueva Ley de Amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, artículo 217.

⁴⁵ Libertad que debe enmarcarse dentro del ámbito de la Constitución. El artículo 1 establece la vinculación directa de todas las autoridades a los derechos humanos, no sólo los reconocidos textualmente en la Constitución, sino también a los reconocidos por la vía de los tratados internacionales. Así, en este caso, el legislativo local estará limitado para definir un concepto de familia, que en todo caso deberá atender a los artículos 4 y 16.

Código Civil, en su artículo 338, dispone que: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo primario de la familia”.

Se puede concluir, pues, que la Corte mexicana privilegia las relaciones o vida familiar por encima de los modelos y niega que el derecho garantizado por la Constitución se refiera exclusivamente a las familias basadas en el matrimonio:

Debe entenderse protegida constitucionalmente la familia como realidad social, a efecto de cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos; o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.⁴⁶

También ha señalado que:

La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, que en todo caso debe ser protegida en las diversas formas en que se integre, máxime

⁴⁶ Ver Registro No. 161267. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta. XXXIV, agosto de 2011. Página: 878. Tesis: P. XXI/2011 Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. MATRIMONIO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO ALUDE A DICHA INSTITUCIÓN CIVIL NI REFIERE UN TIPO ESPECÍFICO DE FAMILIA, CON BASE EN EL CUAL PUEDA AFIRMARSE QUE ÉSTA SE CONSTITUYE EXCLUSIVAMENTE POR EL MATRIMONIO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER.

que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.⁴⁷

(ii) En la Convención Americana sobre Derechos Humanos

- a) El artículo 11.2 dispone que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Estamos, pues, ante una garantía clásica de no intervención (*status negativus*). Este artículo protege a las familias de una intromisión arbitraria por parte de las autoridades.
- b) El artículo 17.1 establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. En este artículo se determina una obligación de protección. Es decir, el Estado –y la sociedad– están obligados a realizar tareas positivas tendientes a proteger a las familias.

En su *Opinión Consultiva No. 17*,⁴⁸ la Corte IDH señaló que “el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano” y se refiere a la interpretación de la Corte Europea sobre el concepto de vida familiar, mismo que “no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

⁴⁷ Tesis aislada: P. XXIII/2011. FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES).

⁴⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Serie A, núm. 17, párrafos 69 y 70.

Recientemente, la Corte IDH ha tenido ocasión para definir el alcance de ambos derechos en la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en donde habla de vida familiar⁴⁹ y resalta que:

a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.⁵⁰

Y más adelante,⁵¹ la Corte IDH dota de contenido esta idea de “vida familiar” al explicar que se constituye un núcleo familiar a través de la convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre los padres o las madres, su pareja y los hijos propios y los hijos comunes.

⁴⁹ La Corte IDH ha reconocido en diversas decisiones la importancia de proteger la “vida familiar”, interpretando los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana. Ver Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02*, *op. cit.*, párrafos 66, 71 y 72, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párrafo 157 y caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párrafos 169 y ss.

⁵⁰ Caso *Karen Atala Riffo e hijas*, *op. cit.*, párrafo 175. Esta interpretación diferenciada de la vida privada y del núcleo familiar es aplicable a la dogmática constitucional mexicana pues, como se explicó, nuestra Constitución también las distingue en los artículos 16 y 4, respectivamente.

⁵¹ Se interpreta del párrafo 177 que textualmente dice “que es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas”.

Gracias al diálogo existente entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo, se estima que las decisiones de éste pueden ser también tomadas en consideración para la interpretación del derecho a la protección de la familia. Si bien una decisión del Tribunal Europeo no es de ninguna manera vinculante para los jueces y los jueces mexicanos, puede tener un carácter orientador.⁵²

(iii) *Otros instrumentos*

- a) *El derecho como límite*: El artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.
- b) *El derecho como obligación de protección*: El artículo 23.1 del PIDCP establece 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 su parte, el artículo 10.1

⁵² La Corte IDH cita frecuentemente las decisiones de su homóloga europea, de manera que se puede hablar de una conformación de paradigmas universales a través del diálogo intercontinental sobre los derechos humanos. De igual forma, el diálogo entre cortes latinoamericanas y la Corte IDH construye un canon regional de los derechos humanos en el continente americano. Existe una gran cantidad de jurisprudencia sobre el tema de familia desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos, y debido precisamente a su experiencia se considera una referencia importante a pesar de que México no forme parte de la Convención Europea de Derechos Humanos. En este sentido, ver José Luis Caballero, “Prólogo”, en Juan Silva Meza y Sergio Valls Hernández, *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, Porrúa, 2011, pp. XII y ss. Para el autor las decisiones y estándares normativos internacionales nutren la dimensión de contenido de los derechos, es decir cumplen con una función de integración de su ámbito protegido. Ver casos: *Berrehab vs. the Netherlands*, sentencia de la Corte Europea del 21 de junio de 1988; *X, Y & Z vs. the United Kingdom*, sentencia de la Corte Europea del 22 de abril de 1997; *Schalk & Kopf vs. Austria*, sentencia de la Corte Europea del 24 de junio de 2010; *Schneider v. Germany*, sentencia de la Corte Europea del 15 de septiembre de 2011. El caso *Schalk & Kopf* es reiteradamente citado por la Corte IDH en el caso *Karen Atala Riffo* para la determinación del concepto de “vida familiar”.

del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispone que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1990 emitió la *Observación General No. 19* relativa a la protección de la familia,⁵³ en la que reconoce que existen diversos tipos de familia y que los Estados deben prestarles protección. De acuerdo con el Comité “el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”. Sin embargo, evita proporcionar una definición mínima de familia debido a que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”. En el párrafo 2, el Comité hace referencia a distintos tipos de familia: nuclear, extendida, monoparental y aquella compuesta por una pareja no casada y sus hijos. En esta línea, el Comité destaca que “cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23”. Dicha protección debe proporcionarse a través de la adopción de medidas de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo”. Asimismo, el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares contiene una definición:

A los efectos de la presente Convención, el término ‘familiares’ se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una

⁵³ ONU, *Observación General No. 19. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23. La familia*, 39º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

Por otro lado, la *Observación General No. 16* del mismo Comité sobre el artículo 17 del PIDCP⁵⁴ dispone que “el término ‘familia’ se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”.⁵⁵

Derecho a tener y constituir una familia

La decisión de establecer o no una familia es un derecho que tenemos todas las personas, sin distinción alguna. De éste se desprenden las obligaciones del Estado de disponer de los medios necesarios ya sea para formalizar una relación de pareja o bien para que a ésta le sean reconocidos ciertos derechos y obligaciones. También es responsabilidad del Estado reconocer derechos derivados de las relaciones familiares que incluyan a hermanas y hermanos, abuelas y abuelos, tías y tíos. Por otro lado, la familia también se forma a partir de la parentalidad,⁵⁶ es decir, a través de la procreación o existencia de hijas e hijos, ya sea por medios naturales, técnicas de reproducción asistida o adopción. El artículo 4 constitucional reconoce el derecho a “decidir de manera responsable el número y el espaciamiento de los hijos”, esta oración garantiza a hombres y mujeres el derecho de planeación de la familia; derechos que han sido reconocidos en distintas conferencias

⁵⁴ ONU, *Observación General No. 16. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, artículo 17. Derecho a la intimidad, 32o periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 [1988].

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 5.

⁵⁶ Término que abarca la maternidad y la paternidad; no se usa *paternidad* pues se busca destacar la igualdad de género en las obligaciones y responsabilidades que el ser madre o padre implican.

de la ONU como la de Teherán en 1968 sobre derechos humanos y la de El Cairo en 1994 sobre población y desarrollo. Esto implica tener el derecho al acceso a información para tener o no familia, a métodos anticonceptivos y profilácticos, a servicios de salud relacionados con la reproducción y la sexualidad, a la interrupción voluntaria del embarazo, a técnicas de reproducción asistida –como la inseminación artificial, la fertilización *in vitro*, la donación de gametos y la maternidad subrogada– y a la adopción.

Dentro de las obligaciones del Estado en este aspecto se encuentran: (i) permitir la constitución de una familia en un plano de igualdad; (ii) la protección contra matrimonios forzados, y (iii) el derecho de niñas y niños a vivir dentro de una familia.

El apartado (iii) no será analizado en este texto, ya que no se relaciona con el principio de igualdad y no discriminación. Sin embargo, es importante mencionar algunos puntos que podrían tener alguna relación con otras normas para evitar la discriminación de niños y niñas en el ejercicio de su derecho a vivir dentro de una familia y que el legislador o legisladora deberá tener en cuenta. La Convención sobre los Derechos del Niño destaca como uno de los derechos más relevantes para niñas y niños vivir en el seno de una familia, la de sus padres o adoptiva. Además, establece en su artículo 2 que niñas y niños deberán ser “protegidos contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. También se establecen las obligaciones del Estado para asegurar que niñas y niños no sean separados de sus padre y madre sin el proceso jurídico necesario, y para dar sostén a los padres y a la unidad familiar (ver artículos 5, 8, 9, 10, 20, 21, 22, fundamentalmente). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha destacado que el núcleo familiar es de suma importancia para el desarrollo y disfrute de niños y niñas.⁵⁷ Así, por ejemplo, en casos de separación

⁵⁷ ONU, *Observación General No. 17. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 24. Derechos del niño*, 35º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 [1989], párrafo 6.

de los padres recomienda que se adopten medidas, teniendo en cuenta el interés superior de niñas y niños, a fin de asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales tanto con el padre como con la madre. Asimismo, en caso de que las y los menores de edad no puedan vivir con su familia, los Estados partes deberán tomar medidas especiales de protección para niñas y niños abandonados o privados de su medio familiar, con el fin de permitir que se desarrollen en las condiciones que más se asemejen a las que caracterizan al medio familiar.

(i) La igualdad en el derecho a establecer una familia

La interpretación sistemática del artículo 4 constitucional –que establece el derecho a la protección de las familias– en conjunto con el artículo 1, revela que este derecho pertenece a todas las personas y que a nadie le podrá ser negado por ninguna razón (cláusula de no discriminación). De esta manera se concluye que cualquier persona tiene el derecho a establecer una familia y a que ésta sea objeto de protección por parte de las autoridades. El derecho a la protección de las familias, interpretado conjuntamente con el derecho a la autodeterminación y el derecho a decidir el número y espaciamiento de hijas e hijos, denota el derecho de cada persona a unirse en pareja con otra persona y a tener descendencia, es decir, a conformar una familia. Luego, si se tiene la libertad para determinar si se quiere o no tener proge- nie, cuánta y cuándo; si el Poder Revisor de la Constitución ha considerado la importancia de las familias como una institución social y ha determinado su protección como un derecho y como un valor superior, entonces, cualquier persona debe tener derecho a establecer su familia de la forma en que mejor considere (respetando siempre derechos de terceros) y a que ésta sea protegida por la ley y la autoridad.

Por otro lado, los artículos 121 y 124 constitucionales, interpretados de manera conjunta, reconocen el derecho que tienen

los estados de la república para regular las cuestiones sobre el estado civil de las personas, es decir, regular lo concerniente a la familia. La propia Corte mexicana ha destacado, en su sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 respecto al matrimonio de personas del mismo sexo en el Distrito Federal, que: “Conforme al sistema federal, las entidades federativas son libres y soberanas en todo lo concerniente a su régimen interior, aunque gozan de una independencia limitada en tanto deben respetar en todo momento el Pacto Federal”.⁵⁸

Sin embargo, en atención al artículo 133, interpretado en conjunto con el artículo 1, la Constitución y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos son fuentes de validez de todo el sistema jurídico. De esta forma, las normas que emitan las legislaturas locales en uso de sus facultades originarias, para ser válidas, deben ser congruentes con la Constitución general y con los derechos humanos. Es decir, esta libertad de configuración de los estados para regular lo referente a la familia no es absoluta, sino que se encuentra regulada por el marco constitucional.

La Corte ha interpretado en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 que el artículo 4 protege familias diversas, y no un modelo específico de familia. En el Amparo Directo Civil 6/2008, la Corte ha reconocido el derecho a la identidad –incluida la sexual– que parte de la dignidad y autonomía de la persona. En atención a esta interpretación, en conjunto con la cláusula de no discriminación, las legislaturas locales no pueden negar por ninguna razón a nadie el derecho a la protección de su familia, y mucho menos por alguna de las categorías a que se refiere la cláusula de no discriminación, pues en todo caso, el estado de la República que así lo hiciera tendrá la carga de la prueba para demostrar que la limitación es razonable.

⁵⁸ Tesis: P/J. 12/2011. Jurisprudencia. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL. TIENE VALIDEZ EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONFORME AL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009).

Las limitaciones razonables incluyen, por ejemplo, el establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio, teniendo como fin legítimo la protección de los derechos de los niños y las niñas, en especial de éstas.

El derecho a establecer una familia implica también la garantía de que se protegerá la vida familiar aun fuera del matrimonio. Así, existe tanto el derecho para contraer matrimonio como la libertad para decidir casarse o no, sin que la opción de no contraer matrimonio sea un obstáculo para la protección de la familia. Así, existe una obligación de legisladoras y legisladores de proteger por la vía legal las relaciones familiares, fuera y dentro del matrimonio.

La Corte mexicana, en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, ha dejado claro que, puesto que el matrimonio no es un concepto inmutable,

al no definir la institución civil del matrimonio y dejar dicha atribución al legislador ordinario, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite que su conceptualización tradicional pueda modificarse acorde con la realidad social. Así, aun cuando tradicionalmente el matrimonio hubiere sido considerado únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, que entre sus objetivos principales tenía el de la procreación, no se trata de un concepto inmodificable por el legislador, ya que la Constitución General de la República no lo dispone así; además de que la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha determinado que:

Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independiente-

mente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.⁵⁹

Además, la Corte Interamericana ha interpretado también que se deberá hacer uso de un análisis de escrutinio estricto⁶⁰ para examinar las presuntas violaciones al principio de igualdad y no discriminación relacionado con el derecho a la familia, y en la sentencia del caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile* ha reiterado que

⁵⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 100.

⁶⁰ Test de escrutinio estricto (párrafos 124-25, relacionados con los párrafos 83-85 y 94).

la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [...] la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana [...] Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.⁶¹

⁶¹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párrafos 91 al 93.

La Corte IDH se refiere en el caso *Atala* a la discriminación por orientación sexual, sin embargo, sus argumentos se hacen extensivos a cualquiera de las categorías contenidas en las cláusulas de no discriminación tanto de la Convención como con las de la Constitución mexicana. Así, ninguna persona puede ser limitada en sus derechos, bajo ninguna circunstancia con base en su género, discapacidades, nacionalidad, edad, estado de salud, estado civil, etc. De tal forma que la Corte IDH determina que,

si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.⁶²

En este sentido, y de acuerdo tanto con la interpretación que la Corte mexicana ha realizado del artículo 4 constitucional como con la interpretación realizada por la Corte IDH de los artículos 11 y 17 de la CADH, todos los tipos de familia están protegidos, así como cualquier tipo de conformación familiar o cualquier tipo de integración familiar. De manera que al analizar el contenido del derecho a constituir una familia, se debe tomar en consideración también la diversidad de formas existentes para establecerla y no solamente por la procreación natural de hijas e hijos dentro del matrimonio o lo que se conoce como “familia natural”.

⁶² *Ibid.*, párrafo 119.

El uso de técnicas de reproducción asistida (TRA) es una opción reciente para constituir una familia que tienen las parejas y personas infértiles o las parejas y personas homosexuales, por lo que para cumplir con la obligación de protección a la familia, quien legisla deberá reconocer este derecho y regularlo atendiendo a los principios que el artículo 1 constitucional establece.

Ahora bien, el derecho a establecer una familia implica también la posibilidad de adoptar a un niño o niña. En las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil se reconoce que no siempre niños y niñas pueden vivir con su familia biológica, por ello establece en el apartado 14 que:

Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia.

Así, la adopción se convierte en un derecho de niñas y niños para tener una familia. La Corte mexicana ha dicho⁶³ que los derechos de las niñas, niños y adolescentes sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, es decir, su interés superior determina si una adopción es idónea o no:

El Estado mexicano salvaguarda el interés superior del niño a través del establecimiento en ley de un sistema de adopción garante de que el adoptado se desarro-

⁶³ Tesis: P/J. 13/2011. Jurisprudencia. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

llará en un ambiente que represente su mejor opción de vida, ya que habrá certeza de que el juzgador que autorice en cada caso concreto la adopción valorará cuidadosamente la actualización de los supuestos normativos que condicionan aquélla, allegándose de todos los elementos necesarios para el debido respeto del principio del interés superior del niño.⁶⁴

La Corte mexicana ha reconocido también que existe derecho a solicitar una adopción, es decir, todas las personas, independientemente de su preferencia sexual o de su nacionalidad, condición social o religión, por mencionar tan sólo algunas categorías, tienen el derecho a presentar una solicitud para adoptar a un niño o niña y no pueden ser objeto de discriminación alguna antes de la evaluación de su idoneidad para adoptar, es decir, se prohíbe la discriminación *a priori*:

En el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pues sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, en razón del derecho a una familia, deben protegerse.⁶⁵

⁶⁴ Tesis: P/J. 14/2011. Jurisprudencia. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE QUE PUEDAN ADOPTAR NO DEBE CONSIDERARSE COMO UNA AUTORIZACIÓN AUTOMÁTICA E INDISCRIMINADA [ARTÍCULO 391 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL].

⁶⁵ Tesis: P/J. 13/2011. Jurisprudencia. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

¿Existe un derecho al matrimonio?

La Constitución mexicana no reconoce textualmente el derecho al matrimonio, sin embargo por la vía del artículo 1 es posible hablar en México de él ya que tanto la CADH como el PIDCP reconocen el derecho a contraer matrimonio, artículos 17.2 y 23.2, respectivamente.

Si se interpretan dichos artículos en conjunto con las cláusulas de no discriminación, el derecho a contraer matrimonio no puede ser restringido a ninguna persona por ninguna condición, a menos que la medida cumpla con los requisitos de razonabilidad (fin legítimo, necesidad, idoneidad y proporcionalidad). Ello implica que la autoridad no puede negar el matrimonio a ninguna persona por razones de salud, nacionalidad o preferencia sexual si no existe una justificación objetiva y razonable. Esto tiene repercusiones, por ejemplo, en la normativa sobre matrimonios de nacionales con extranjeros, impedimentos para contraer matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo o personas con identidad sexual diversa.

A pesar de que la redacción en ambos instrumentos establece el derecho del “hombre y la mujer”, y que hay quienes interpretan esto en el sentido de que la institución debe ser esencialmente heterosexual, la Corte Interamericana ha determinado que la CADH ha de ser interpretada atendiendo al principio de interpretación evolutiva, que entiende a ésta como un instrumento vivo⁶⁶ y, además, siempre debe atenderse a la cláusula de no discriminación.

Por su parte, la Corte mexicana ha dicho que el matrimonio no debe ser siempre heterosexual y que puede ser libremente configurado por el legislador ordinario dentro del marco constitucional (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010).

⁶⁶ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, op cit., párrafo 83, ver nota al pie 93.

(ii) Consentimiento y edad mínima para contraer matrimonio

Existen diversas previsiones en los instrumentos internacionales destinadas a proteger a las personas del matrimonio forzoso, señalando como obligatorio el libre consentimiento y determinando una edad mínima. Desde 1956, año en que se adoptó la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, se ha incluido el consentimiento de los contrayentes como requisito para el matrimonio, como lo establece su artículo 2.⁶⁷ Por su parte, tanto el PIDCP como la CADH, en sus artículos 23 y 17, respectivamente, determinan como requisito el consentimiento para contraer matrimonio. Asimismo, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) establece en su artículo 16(b) el derecho, en condiciones de igualdad, de elegir cónyuge libremente y de contraer matrimonio sólo por libre albedrío y pleno consentimiento de la mujer.

La *Recomendación General No. 21* del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa a la igualdad en el matrimonio para hombres y mujeres, recomienda que la edad sea de 18 años y, en su párrafo 36, determina que:

En la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, se instó a los Estados a que derogaran leyes y reglamentos en vigor y a que eliminaran las costumbres y prácticas que fueran discriminatorias y perjudiciales para las niñas. El párrafo 2 del artículo 16 y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño impiden que los Estados partes permitan o

⁶⁷ Convención suplementaria ratificada por México el 30 de junio de 1959. Disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D25.pdf>>. [Consulta: 12 de julio, 2013.]

reconozcan el matrimonio entre personas que no hayan alcanzado la mayoría de edad. En el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”. A pesar de esta definición y teniendo presentes las disposiciones de la Declaración de Viena, el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas. Según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado, se restringe su autonomía económica.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado

su preocupación por la aplicación del artículo 1 y otras disposiciones conexas de la Convención, en vista de las desigualdades en la legislación interna, en especial en relación con las edades mínimas legales para el acceso al trabajo y al matrimonio. Al Comité también le preocupa el empleo de criterios biológicos de pubertad para establecer diferentes edades de madurez para los niños y las niñas. Esta práctica es contraria a los principios y disposiciones de la Convención y constituye una forma de discriminación basada en el sexo que afecta el disfrute de todos los derechos.⁶⁸

⁶⁸ ONU, *Informe del Comité de los Derechos del Niño*. Asamblea General, Documentos Oficiales, 55º periodo de sesiones, Suplemento No. 41 [A/55/41]. Nueva

Igualdad *en* las familias

La familia es una institución que ha logrado escapar del escrutinio de los derechos humanos. Bajo la premisa de que se trata del ámbito privado de las personas, se ha condonado la violencia, el maltrato, la inequidad y la discriminación al interior de ésta. Gracias a los reclamos del feminismo –“lo privado es político”– y al advenimiento de instrumentos que protegen a la mujer y a niñas y niños, es que los Estados democráticos han hecho esfuerzos para acabar con este espacio de injusticia y han logrado modificar poco a poco, los vestigios de un Código Civil arcaico que concibe a la familia desde un punto de vista eminentemente patriarcal, en donde los hombres, las mujeres, hijas e hijos están sujetos a determinados roles. Todavía hoy, en el ámbito civil se concibe a la familia como una institución “natural”, estática, donde hay roles muy claros a desempeñar, y que no requiere ser vista desde el lente de los derechos humanos. Muestra de ello es la percepción de no pocos civilistas de que instituciones tales como el matrimonio, la patria potestad y la filiación son “intocables”.

En este apartado se detallan los derechos de los miembros de la familia dentro de ésta, así como los derechos de éstos en caso de disolución del vínculo familiar. Ello toma relevancia en la medida en que la protección de los derechos al interior de las familias ha sido un tema controversial por considerarse un ámbito privado.

Cabe aquí resaltar lo limitativo de las disposiciones internacionales sobre igualdad y no discriminación dentro de la familia, y en específico en las relaciones dentro de ella, pues se circunscriben a las relaciones de pareja y, más aún, de matrimonio, siendo que en otras disposiciones las mismas instancias han reconocido la diversidad de familias y la importancia del reconocimiento de la vida familiar, misma que no necesariamente está –o estuvo

York, 2000, párrafo 349 [capítulo de Bolivia]. Si bien se trata de una recomendación final a un país en particular, se considera que es un criterio aplicable a México que debe ser atendido. Ver también CRC/C/15/Add.1, párrafo 8.

en algún momento— constituida exclusivamente por la institución matrimonial. Se destaca esta cuestión, pues la Corte mexicana ha interpretado la protección del artículo 4 de manera amplia, reconociendo que existen familias diversas y que, para entrar en el ámbito de protección fundamental, no requieren estar basadas en el matrimonio. Así, se recomienda interpretar las disposiciones sobre igualdad y no discriminación dentro de la familia como relaciones no *de facto* de pareja, para incluir a las personas viviendo en concubinato, a las madres y padres solos, a las parejas del mismo sexo no casadas, e inclusive a las familias ampliadas o las que viven en sociedades de convivencia.

Aquí vale la pena retomar una breve explicación sobre estereotipos de género, que son precisamente los roles a través de los cuales se encasilla a hombres, mujeres, niñas, niños y personas adultas mayores.⁶⁹

Hay que recordar que los estereotipos prescriptivos pretenden obligar o refuerzan el desempeño de ciertos papeles dependiendo del sexo, género, edad y características, y son a través de éstos que se diseñan las normas que regulan la sexualidad y los derechos reproductivos, que son, precisamente, aquellas que regulan las prácticas familiares. Los estereotipos de género perviven dentro de la organización de la familia —sobre todo en la llamada familia tradicional— e influyen en la creación de normas y políticas relacionadas con ésta. Los roles asignan características y papeles a las personas atendiendo a su sexo y a las preconcepciones culturales sobre lo que cada sexo debe hacer o dejar de hacer. Estos roles lesionan la identidad individual e impactan en el comportamiento de las personas, en especial a las mujeres, quienes son encasilladas en el rol de “ama de casa” y madre, lo que transgrede su libertad y autodeterminación. Son, pues, los estereotipos presentes tanto en leyes como en políticas públicas, los que ayudan a perpetuar la discriminación de la mujer y de niños, niñas y adolescentes dentro de la familia.

⁶⁹ Para más detalles, ver “Estereotipos, prejuicios y estigmas”, en el apartado “Nociones básicas y recomendaciones”.

Derechos de la mujer

En 1947, durante la presidencia de Miguel Alemán Valdés, el Poder Revisor de la Constitución realizó un primer reconocimiento de derechos a las mujeres en México al reformar el artículo 115 constitucional,⁷⁰ con lo cual garantizó el derecho de las mujeres al voto en el ámbito municipal. Siguiendo con la línea del reconocimiento de los derechos de la mujer, en 1953, durante la presidencia de Adolfo Ruiz Cortines, se reformaron los artículos constitucionales 34 y, de nuevo, el 115, para así reconocer el voto de las mujeres en elecciones federales.⁷¹ No obstante, fue hasta 1974 que, durante el sexenio del presidente Luis Echeverría Álvarez, se reformaron varias disposiciones constitucionales (artículos 4 y 123, básicamente)⁷² para hacer posible una mayor inclusión de la mujer en la vida económicamente activa (fuera del hogar) y para que se le reconociera como igual frente al hombre.

En el ámbito internacional, México está vinculado desde 1981 a la CEDAW que, entre otras cuestiones, aborda la problemática de la discriminación en el ámbito familiar. Resalta en particular el artículo 16 de este instrumento que dispone: la igualdad dentro del matrimonio y la familia para hombres y mujeres; proscribire los matrimonios forzosos; garantiza los mismos derechos a los cónyuges para tomar decisiones sobre su familia y sus hijos, el

⁷⁰ *Diario Oficial de la Federación*. Decreto que adiciona el párrafo primero de la fracción primera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado el 12 de febrero de 1947. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_044_12feb47_ima.pdf>. [Consulta: 15 de julio, 2013.]

⁷¹ *Diario Oficial de la Federación*. Decreto que reforma los artículos 34 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado el 17 de octubre de 1953. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_053_17oct53_ima.pdf>. [Consulta: 15 de julio, 2013.]

⁷² *Diario Oficial de la Federación*. Decreto que adiciona los artículos 4, 5, 30 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con la igualdad jurídica de la mujer. Publicado el 31 de diciembre de 1974. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_079_31dic74_ima.pdf>. [Consulta: 15 de julio, 2013.]

derecho a decidir, el derecho a decidir sobre su nombre, el derecho a elegir profesión y ocupación, derechos sobre los bienes. Además, la Convención establece en el artículo 5 la obligación de desterrar estereotipos que discriminan a la mujer y la obligan a desempeñar ciertos roles. Así, los Estados están obligados a:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

La *Recomendación General No. 21* del CEDAW,⁷³ acerca de la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, reconoce la importancia de la labor doméstica y llama a su reconocimiento pues dichas actividades “tienen un valor inestimable para la supervivencia de la sociedad, no puede haber justificación para aplicarles leyes o costumbres diferentes y discriminatorias”.⁷⁴

Por otro lado, tanto la CADH como el PIDCP establecen en los artículos 17.4 y 23.4, respectivamente, que deberá existir igualdad de derechos y responsabilidades en la pareja.

Asimismo, en su *Observación General No. 19*, el Comité de Derechos Humanos ha mencionado que durante el matrimonio,

⁷³ CEDAW, *Recomendación General No. 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*. 13^{er} periodo de sesiones [04/02/1994].

⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 12.

los cónyuges deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia.⁷⁵

La *Observación General No. 28* del Comité de Derechos Humanos,⁷⁶ sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, declara que los Estados partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el PIDCP.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ma. Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*,⁷⁷ considera como violatorios de la Convención diversos artículos del Código Civil de Guatemala que colocan a la mujer casada en una posición de inferioridad con respecto a su marido y la obligan a desempeñar roles dentro de la familia y el hogar. Es decir, la Comisión Interamericana considera contrarios a la Convención los estereotipos de género prescritos desde la norma jurídica.

La Corte mexicana, por su parte, ha rechazado además la idea jerárquica entre esposo y esposa, entre hombre y mujer, y ha optado por relaciones familiares igualitarias:

⁷⁵ ONU, *Observación General No. 19. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*. Artículo 23. La familia. 39 periodo de sesiones, U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 171 [1990], párrafo 8.

⁷⁶ ONU, *Observación General No. 28. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*. Artículo 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres. 68 periodo de sesiones. U. N. HRI/GEN/1/Rev. 7 <t 207 [2000].

⁷⁷ Corte IDH, caso *María Eugenia Morales de la Sierra vs. Guatemala*. 1998, Informe No. 28/98. Caso 11.625.

El desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico ha alcanzado un punto en el que resultan del todo rechazables aquellas posiciones que colocan a la mujer en una posición de subordinación respecto al marido. Ni el “cuidado de la familia”, ni la supervisión “de la conducta moral” de uno de los cónyuges, habilita al otro para violentar sus derechos fundamentales. La decisión de dos individuos de unir su vida en matrimonio, no les implica renuncia alguna en sus derechos fundamentales ni en su dignidad.⁷⁸

Derechos de niños y niñas

México es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el 21 de septiembre de 1990, fecha en que ratificó este instrumento. Sin embargo, no fue sino hasta el 7 de abril de 2000 que por primera vez reconocería constitucionalmente a los niños y las niñas como sujetos de derecho. Esta reforma al artículo 4, que modificó una de 1980, significó un cambio de paradigma respecto a los derechos de los niños y las niñas, que anteriormente se consideraban sólo como las obligaciones de los padres hacia sus hijos, para finalmente reconocer a niños y niñas como titulares de derechos, y especificar la necesidad de satisfacer ciertos derechos (alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral). También, la reforma de 2000 introdujo al Estado como sujeto obligado, ya no de manera subsidiaria, sino directa, como garante del respeto de la dignidad de niños y niñas y del ejercicio pleno de sus derechos.

Respecto al primer punto, cabe mencionar que a casi 25 años de la existencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), todavía hay “quienes se inclinan a negar la necesidad de pensar en términos de derechos cuando se trata de los niños”.⁷⁹

⁷⁸ Ver Amparo Directo en Revisión 1621/2010.

⁷⁹ Michael D. A. Freeman, “Tomando más en serio los derechos de los niños”, en *Revista de Derechos del Niño*, Unicef / Universidad Diego Portales, 2006, núms. 3 y 4, p. 256.

Se habla de que niños, niñas y adolescentes requieren de valores —no derechos— en el seno de la familia, como el amor, la paciencia, el cariño y el cuidado, y que con ellos bastaría para su correcto desarrollo. La concepción de “la familia” como institución privada, ajena al escrutinio de lo público, sigue influyendo el análisis del estatus jurídico de niñas y niños, y esto puede lastimarles profundamente.

Por otro lado, no pocos juristas continúan defendiendo la doctrina de la situación irregular (aunque velada), es decir, consideran que solamente aquellas niñas y niños sin familia deben ser protegidos por la vía del reconocimiento de obligaciones por parte del Estado para con ellos. Se sostiene que lo que niñas y niños requieren son familias y padres y madres con derechos plenos, para que éstos puedan cuidarles. Esto niega el reconocimiento —ya constitucional— de las y los niños como sujetos de derecho, limita la autonomía progresiva de estas personas y condiciona el ejercicio de sus derechos a merced de otros (sus padres, tutores o el Estado) y, en consecuencia, se puede restringir, impedir o limitar el disfrute de sus derechos.

Aunado a esto, niñas y niños son titulares de todos los derechos humanos y sus normas generales de protección, que han sido reconocidas y protegidas tanto en la cláusula de no discriminación del artículo 1 de la Constitución, que dispone que nadie podrá ser discriminado por razón de edad, como por lo dispuesto en el primer párrafo del mismo artículo, junto con las disposiciones sobre derechos humanos en el ámbito internacional, es decir, todas las normas sobre derechos humanos les son directamente aplicables en su calidad de personas. El hecho de que exista una convención especial sobre los derechos de niñas y niños no implica que a estas personas no les sean aplicables las normas y estándares universales de protección de los derechos humanos; lo mismo puede decirse en el ámbito nacional.

La necesidad de normas específicas para regular los derechos de la niñez descansa en la discriminación que niños, niñas y adolescentes sufren debido a su edad. Tradicionalmente, el derecho privado los ha considerado como un grupo incapaz —y por ende sin derechos— que requiere de la protección y del cuidado de las

personas adultas, a través de instituciones como la patria potestad.⁸⁰ En el derecho mexicano, como en la gran mayoría de los sistemas jurídicos, niñas, niños y adolescentes, a pesar de tener personalidad jurídica, no gozan de capacidad⁸¹ para ejercer directamente sus derechos. La Convención de 1989 y el desarrollo que desde entonces ha existido con respecto a este grupo, es en este sentido novedosa ya que, por un lado, reconoce en el niño, la niña y adolescentes la calidad de sujeto activo y su progresiva madurez, por lo que garantiza el desarrollo de su autonomía, y, por otro, se trata de un instrumento vinculante, a diferencia de las declaraciones que no contienen normas justiciables. “Se pasa de la concepción del niño no-ciudadano-propietario a la afirmación del ciudadano en desarrollo”.⁸²

Para comprender los alcances de los derechos de niños, niñas y adolescentes resultan relevantes los principios interpretativos que se desprenden de la Convención y sobre los que éstos descansan (el interés superior de la niñez; el principio de autonomía

⁸⁰ Esperanza Ochaíta y Ma. Ángeles Espinosa recuerdan que tanto en el derecho romano como en el español, existió una distinción de las etapas de desarrollo de los menores de edad: infancia (de los cero a los siete años), *pueritia* (de los siete a los catorce) y adolescencia (de los catorce a los veintiuno), misma que desapareció gracias a la influencia de las ideas ilustradas y el liberalismo, que concibió al menor únicamente como objeto de protección. Según las autoras, estas etapas involucraban distintas consideraciones sobre las necesidades de los menores de edad y en consecuencia se les conferían distintas capacidades para poder actuar como sujetos de derechos. Ver Ochaíta y Espinosa, “Needs of children and adolescents as a basis for the justification of their rights”, en *The International Journal of Children’s Rights*. Países Bajos, Kluwer Law International, 2001, núm. 9, p. 324.

⁸¹ En la rama pública del Derecho es frecuente que niñas y niños se consideren sólo objetos y no sujetos de derecho, por privar la perspectiva de tutela, en el que al ser *menores de edad*, y dado que la ciudadanía se alcanza con la mayoría de edad, se les considera como objetos de protección en materias como la laboral o la educativa, pero nunca como sujetos de derechos. Esta concepción tutelar de los derechos de niñas y niños se reflejó tanto en la Declaración de los Derechos del Niño en Ginebra [1924], como en su expansión adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1959, pues ambas protegían a niñas y niños como grupo vulnerable que requería de los cuidados de personas adultas con una visión proteccionista, y más que reconocer derechos, instituye obligaciones para los padres y el Estado.

⁸² Esperanza Ochaíta y Ma. Ángeles Espinosa, *op. cit.*, p. 330.

progresiva; no discriminación; derecho a ser escuchado, el derecho a la vida y el desarrollo, y los principios de efectividad y pro persona), mismos que, en términos del artículo 1 constitucional, son directamente aplicables en el orden jurídico mexicano. Miguel Cillero⁸³ llama la atención sobre lo que ha denominado “el paso de las necesidades a los derechos”, es decir, que frente a las necesidades de niños, niñas y adolescentes existen dos posibilidades: transformarlas en derechos –como lo hace la Convención–, reconociéndoles que, al ser personas, son sujetos de derecho, o mantenerles en el ámbito de las políticas asistenciales o de beneficencia privada, es decir, entendiendo a este grupo como beneficiario u objeto de protección. Es evidente que debe preferirse el reconocimiento de la titularidad de derechos a la niñez y, en consecuencia, protegerla y garantizarle su ejercicio.

Igualdad de género y derechos de madres y padres

Aquí se pretende destacar la relación filial (madre/padre-hijas/hijos) en cuestiones relacionadas con los derechos laborales, la custodia, patria potestad y alimentos, fundamentalmente. La normativa nacional e internacional sobre la no discriminación a la mujer, como se mencionó en el apartado “Derechos de la mujer”, establece claramente la obligación de tomar medidas apropiadas para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres y desterrar la eliminación de estereotipos y roles que prejuzgan por género o sexo y encasillan a las personas en determinadas conductas.

Si la CEDAW determina como obligaciones del Estado las de modificar estereotipos y patrones socioculturales de conducta asignados a cada sexo a partir del género, y la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desa-

⁸³ Miguel Cillero, “Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios”, en *Derecho a tener derechos*, t. IV. Montevideo, Unicef-IIN, 1999.

rollo del niño”,⁸⁴ entonces el Estado está obligado a revisar su normativa de derechos laborales relacionados con el cuidado de hijas e hijos, con los estándares que prejuzgan la idoneidad de las mujeres para cuidar a las y los menores de siete años en caso de separación de los padres⁸⁵ –y otras normas relacionadas con la

⁸⁴ Ver el artículo 18.1 de la Convención, así como el artículo 19 de la *Observación General No. 7* del Comité de los Derechos del Niño: “La Convención hace hincapié en que ‘ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño’, reconociéndose a padres y madres como cuidadores en pie de igualdad” (art. 18.1). El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de niñas y niños. Estas tendencias son especialmente importantes para las y los niños pequeños, cuyo desarrollo físico, personal y psicológico está mejor atendido mediante un pequeño número de relaciones estables y afectuosas. En general, estas relaciones consisten en una combinación de madre, padre, hermanos, abuelos y otros miembros de la familia ampliada, junto con profesionales especializados en la atención y educación del niño o la niña. El Comité reconoce que cada una de estas relaciones puede hacer una aportación específica a la realización de los derechos de niñas y niños consagrados por la Convención y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar de esta población.

⁸⁵ Ver las tesis que se desprenden del Amparo Directo en Revisión 1573/2011, parte ya de la décima época: TESIS AISLADA XCV/2012 (10ª). PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN PREJUICIOS DE GÉNERO. TESIS AISLADA XCVI/2012 (10ª). GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL. TESIS AISLADA XCVII/2012 (10ª). GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO). TESIS AISLADA XCVIII/2012 (10ª). GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN. Ver también las tesis de la novena: [TA]; 9a. Época; T. C. C.; S. J. F. y su Gaceta; XXXIII, Abril de 2011; Pág. 1294; Registro: 162 393. Número de Tesis: XXVII.2o.2 C. CUSTODIA DEL MENOR. EL ARTÍCULO 997 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO, VIGENTE HASTA EL 10 DE DICIEMBRE DE 2010, QUE ESTABLECE UNA PRERROGATIVA A FAVOR DE LA MADRE RESPECTO DE ESE DERECHO, CON VENTAJA SOBRE EL PADRE, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD. [TA]; 9a. Época; T. C. C.; S. J. F. y su Gaceta; XXXIII, Marzo

custodia— y con las obligaciones de proporcionar alimentos a las y los hijos expresa y previamente no deseados fuera del matrimonio.⁸⁶

De conformidad con lo arriba explicado, el artículo 4 constitucional debe ser interpretado de manera sistemática puesto que, a pesar de que contiene diversas disposiciones constitucionales aisladas, todas son complementarias (principio de interpretación sistemática). Así, la igualdad del varón y la mujer ante la ley debe

de 2011; Pág. 2355; Registro: 162 582. Número de Tesis: I.14o.C.77 C. IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO. SON PRINCIPIOS QUE NO SE VIOLAN CUANDO SE INVOLUCRA EL DERECHO DE UN MENOR A RECIBIR ALIMENTOS DE AMBOS PROGENITORES.

⁸⁶ Reflexionar: ¿Sería deseable que el futuro padre que no desea tener una hija o hijo —pero que la pareja así lo quiere—, pueda desobligarse, antes del nacimiento de éste, del pago de manutención y alimentos si así lo manifiesta expresamente? En las relaciones no estables, fuera del matrimonio y únicamente con respecto a las obligaciones alimentarias del padre, sería deseable establecer un equilibrio entre el derecho de la mujer a decidir proseguir con el embarazo y el derecho del padre a querer ser o no padre, pues atinadamente la Corte mexicana ha declarado que “el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo [...] el argumento acerca del derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás [...] La decisión de la persona legisladora local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona (i.e. la persona del sexo masculino que estima haber tenido participación en la creación de ese embrión, o cualquier tercera persona). La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño o niña, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión. La afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque, como hemos señalado, hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta”. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, pp. 188 y 189.

ser premisa fundamental para la protección de la organización y desarrollo de la familia. Este principio de igualdad debe regir no sólo en las relaciones entre la pareja,⁸⁷ sino también entre las y los hijos,⁸⁸ fundamentalmente en la protección y satisfacción de sus derechos. Es importante destacar también que el derecho a decidir,⁸⁹ consagrado en el segundo párrafo, es parte primordial de la idea de familia, y debe ser entendido también a partir del principio de igualdad y no discriminación que rige las relaciones de

⁸⁷ Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es un tratado relevante cuando se trata de discriminación y trato desigual de la mujer *vis-à-vis* en su estatus familiar, e incluye normas sobre el matrimonio y la nacionalidad, igualdad y consentimiento, derechos y responsabilidades dentro del matrimonio, planeación familiar, custodia y adopción, derechos de las mujeres a elegir un nombre de familia, profesión y ocupación, propiedad, edad mínima para contraer matrimonio y sobre el registro obligatorio de los matrimonios. Ver la *Recomendación General No. 21* de la CEDAW. *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*. 13^{er} periodo de sesiones, 1994]. En el mismo sentido, ver el informe de la CIDH en el caso *Ma. Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, *op. cit.* También son aplicables los artículos 2 y 24 de los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género que establecen los derechos a la igualdad y no discriminación y a formar una familia, respectivamente.

⁸⁸ En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño y en especial el principio de igualdad y el principio del interés superior de la niñez. Sobre derechos familiares, resultan relevantes los artículos 9, 10, 20, 21, 22 de esta Convención. Ver además la Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Serie A, No. 17, que contiene un apartado específico sobre los derechos de las y los niños a la familia y en la familia. También la *Observación General No. 17, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 24. Derechos del niño, 35^o periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 [1989], así como la *Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 23. *La familia*, 39^o periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 [1990].

⁸⁹ Ver en este sentido la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, en especial las páginas 188 y 189 sobre la libertad sexual y reproductiva de la mujer y el ejercicio individual de la maternidad. Asimismo, la última semana de septiembre de 2011 el Pleno de la Corte discutió dos acciones de inconstitucionalidad [11/2009 y 62/2009] relacionadas con el derecho a decidir. Por no haber alcanzado la mayoría requerida de ocho votos, se desestimó la acción, sin embargo, el tema fue discutido tanto en el Pleno como lo será en los votos particulares que harán los ministros.

pareja como el matrimonio, el concubinato, la sociedad de convivencia (Distrito Federal) o el pacto civil de solidaridad (Coahuila), hasta junio de 2013.

Disolución familiar

En este apartado la disolución familiar se refiere en especial a la motivada por la separación o divorcio de los padres, pero se alerta que este concepto puede hacer referencia a familias desplazadas, refugiadas, en situación de calle, por la comisión de delitos, problemas de salud, entre otros motivos. En todos estos casos, priva el derecho a vivir en una familia y a conservar las relaciones familiares arriba explicadas, por lo que el Estado debe tomar las medidas necesarias para proteger el núcleo familiar y garantizar a las personas la vida familiar.

La Constitución mexicana no establece ninguna previsión respecto a la disolución familiar con respecto a la pareja, sin embargo, puede interpretarse de la normativa (artículo 4) en materia de las y los niños, que señala que para cualquier cuestión relacionada con la patria potestad, alimentos y custodia de hijas/hijos debe atenderse siempre a su interés superior.

Tanto la CADH (17.4) como el PIDCP (23.4) y la CEDAW (16.1.c) reconocen la igualdad de derechos de los cónyuges en casos de divorcio y separación. En estos casos cobran relevancia no sólo el derecho a la patria potestad, custodia y visitas de las y los hijos, sino también resultan de especial importancia las cuestiones relacionadas con los alimentos entre cónyuges o concubinos, en donde debe prevalecer la igualdad de género. Como se detallará más adelante, existen códigos que todavía distinguen entre hombres y mujeres para el régimen de alimentos entre la pareja, ya sea divorciada o que haya puesto fin al concubinato; esto resulta discriminatorio pues refuerza los roles de género dentro de la familia. Desde la norma se presume que es la mujer quien se dedica a las tareas del hogar y la progenie, mientras que no se considera que el hombre pueda ser quien realice estas tareas, y se presume que es el proveedor de la familia y que únicamente requiere ali-

mentos en casos excepcionales. Ello discrimina a los hombres y los coloca en una situación de desventaja.

De igual forma, muchas de las causales de divorcio refuerzan los roles familiares que contradicen el principio de igualdad y la normativa para evitar la discriminación. Dichas causales por lo general discriminan a las parejas del mismo sexo (discriminación por sexo), personas enfermas o con trastornos, adicciones o impotentes (discriminación por condición de salud).

Sobre el tema de custodia, la Corte mexicana en los últimos años ha ido configurando un entendimiento igualitario sobre ésta, basada en el interés superior de la niñez y no en roles o estereotipos de género; así, en el Amparo Directo en Revisión 1529/2003 se menciona que “no obstante la constitucionalidad de disposiciones legales que privilegian que los menores permanezcan con su madre mientras sean pequeños, el juzgador está en posibilidad de determinar que, en aras al interés superior del menor, éste quede bajo la guarda y custodia del padre”. Desde entonces, la Primera Sala de la Corte mexicana se ha alejado de la presunción de que la mujer goza de una especial aptitud para cuidar a las y los hijos. Así, recientemente ha emitido una serie de tesis que establecen que juzgadores y juzgadoras deberán atender caso por caso la realidad de niñas y niños involucrados y atender a su interés superior. A pesar de ser novedosas, dichas tesis no advierten la realidad de las familias homoparentales, pues siguen hablando de relaciones de pareja heterosexuales, es decir, de una madre y un padre, lo que abona al reforzamiento de roles de género.

En materia de disolución del vínculo matrimonial son relevantes los casos *Hendriks vs. Países Bajos*, *Fei vs. Colombia* y *Patara vs. República Checa*, todos ante el Comité de Derechos Humanos; en ellos se ha sostenido la relevancia del mantenimiento de las relaciones de personas y de contactos directos regulares del hijo o hija con ambos progenitores, salvo circunstancias excepcionales, y que la voluntad unilateral de un padre contra el otro no puede considerarse una circunstancia excepcional que deniegue este derecho.

¿Derecho al divorcio?

El matrimonio debe ser un acto voluntario. Diversos instrumentos buscan garantizar la libertad para contraer matrimonio destacando la relevancia del libre consentimiento y la edad mínima para constituirlo. Así, como acto de la voluntad que es, puede decirse que, si existe un derecho para contraer matrimonio, debe existir un derecho para disolverlo. Ningún instrumento habla directamente de un derecho al divorcio, pero sí refiere indirectamente a éste al reconocer derechos iguales a los cónyuges en la separación y, sobre todo, para la custodia y cuidado de las y los hijos. No obstante, el Comité de Derechos Humanos en el caso *Wim Hendriks vs. Países Bajos*,⁹⁰ razonó que el artículo 23 del PIDCP establece que deben adoptarse medidas para garantizar la igualdad de derechos de los cónyuges a la disolución del matrimonio,⁹¹ lo que podría interpretarse como un derecho a disolver el matrimonio que conlleva otras obligaciones y derechos, como la igualdad, los alimentos, la custodia o visita de hijas e hijos, etcétera.

La Corte mexicana en el Amparo Directo en Revisión 917/2009, en el que analiza la constitucionalidad del divorcio sin causales o divorcio exprés del Distrito Federal, ha destacado que:

El Estado a través de la figura del divorcio ha buscado solucionar las relaciones disfuncionales de maltrato o de violencia familiar que pudieran suscitarse con posterioridad a la unión matrimonial, cuando los cónyuges estimen ya no convivir; de ahí, que debe otorgar los medios necesarios para disolver esa unión y solucionar las desavenencias existentes, sin que sea su objetivo crear candados para mantener unidos a quienes han decidido por su propia voluntad no cohabitar ni cum-

⁹⁰ *Comunicación No. 201/1985*: Netherlands. 12/08/88. CCPR/C/33/D/201/1985.[Jurisprudence]. Comité de Derechos Humanos. 33^{er} periodo de sesiones. Traducción libre.

⁹¹ *Ibid.*, párrafo 10.3.

plir con los deberes del matrimonio sino que por el contrario uno de los objetivos que persigue al proteger a la familia es evitar la violencia, ya sea física o moral como consecuencia de la controversia suscitada con motivo de los divorcios necesarios.

Así, para la Primera Sala de la Corte el logro de la estabilidad matrimonial no implica que los consortes tengan que permanecer unidos aunque no sea posible su convivencia y concluye que “las reformas mencionadas [que desaparecen las causales de divorcio en el Código Civil del D. F.] observan el derecho consagrado en el artículo 4 de la Constitución, pues se respeta la libertad de los cónyuges al expresar su voluntad de no continuar casados lo que logra un ambiente adecuado para su bienestar emocional que trae como consecuencia, el que se mantenga la armonía entre los integrantes del núcleo familiar”.

El Distrito Federal es la única entidad que reconoce el divorcio sin causales. En las demás entidades sólo existen el divorcio voluntario y el necesario, este último regulado por una lista de causales y un procedimiento contencioso. El cónyuge culpable es por lo general sancionado con la pérdida de la custodia de la progeie y el pago de alimentos. Clasificar a los cónyuges en “culpable” e “inocente” implica tratos diferenciados que no deberían tener lugar en sociedades democráticas donde la autodeterminación es un derecho garantizado. De la misma forma en que las personas pueden de manera voluntaria contraer matrimonio, deberían, de manera voluntaria, terminar con dicha relación.

Cuadro 1. El modelo normativo óptimo

DERECHO	ELEMENTO
Familias diversas	Igualdad y no discriminación
	Derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad
Protección a las familias	No injerencia arbitraria
	Reconocimiento y protección de la vida familiar
	Protección a relaciones de parentesco y filiación
Derecho a tener y constituir una familia	Igualdad y no discriminación
	Derecho al matrimonio
	Edad mínima
	Libre consentimiento
	Custodia/ Patria potestad / Régimen de visitas (independientemente de si hubo o no matrimonio)
	Disolución libre, derecho al divorcio
	Solicitud de adopción / ser adoptado
Igualdad en las familias	Igualdad de género: derechos de las mujeres y derechos de los padres
	Derechos de niñas y niños

Modelo normativo vigente

Para este apartado se revisaron los 33 códigos civiles o familiares de las 31 entidades federativas, el Distrito Federal y el Código Civil Federal⁹² en los rubros de: matrimonio, divorcio, alimentos, parentesco y filiación y adopción. Se encontró que en lo general todos los códigos provienen de una misma fuente, que se deduce es el Código Civil Federal de 1928 y que por tanto el sistema familiar que subyace a las normas es idéntico. Sin embargo, muchos estados han optado por revisar sus códigos, reformándolos o expidiendo uno nuevo, como Código o Ley de Familia, en donde toda la materia se encuentra separada de los libros dedicados a los bienes y los contratos; así, por ejemplo, Hidalgo, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Sonora y Zacatecas.

Algunos códigos contienen normas novedosas en materia familiar, por ejemplo, Coahuila, que introduce las sociedades de convivencia; Jalisco, que incluye un apartado sobre derechos de la personalidad y de la información privada; San Luis Potosí, que contiene un apartado dedicado a la filiación resultante de técnicas de reproducción asistida (artículo 237, capítulo V), o Sonora, que considera distintos tipos de divorcio y separación de cuerpos.⁹³

Esta sección se compone de tres apartados. El primero, *Cláusulas y normas comunes*, recopila cláusulas que se encontraron en la mayoría de los códigos y que son contradictorias con los estándares de derechos humanos referidos en secciones anteriores. El criterio para identificar estas cláusulas fue su frecuencia: se incorporaron a este primer apartado las que se encontraron en más de tres códigos. En el segundo apartado, *Cláusulas y normas*

⁹² Se revisaron los códigos durante los meses de mayo y junio de 2013. *Nota aclaratoria:* Se analiza el Código Civil Federal pues, a pesar de que su aplicabilidad depende de requisitos que difícilmente pueden ocurrir en el ámbito familiar (ver artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), se considera que es un importante criterio para la definición de otras normas y políticas públicas.

⁹³ Se refiere a la posibilidad de que se decrete la separación de los cónyuges por un juez.

aisladas, se analizan las normas incompatibles con los derechos humanos que se encontraron en uno o dos códigos. La diferencia entre ambos apartados radica en que en el primero las cláusulas son la regla en materia civil, mientras que en el segundo son normas que se encontraron de manera excepcional en pocos códigos. Finalmente, el tercero, *Normas modelo*, presenta una recopilación de normas que a nuestro juicio resultan novedosas y que bien podrían servir como ejemplo para legisladoras y legisladores a la hora de revisar los códigos.

Cláusulas y normas comunes

Estas “cláusulas” son normas que se encuentran con redacción similar en los códigos relacionados en cada comentario. Cabe hacer la aclaración de que el texto no aparece de forma *idéntica* en los códigos que se mencionan, sin embargo, el contenido de la norma (la norma no es el texto, sino lo que se prescribe) es el mismo, de manera que se citan —a manera de ejemplo— las cláusulas encontradas con la finalidad de servir de guía para identificar en cada código las normas discriminatorias.

Cláusula de promoción del matrimonio

El Estado procurará, por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que vivan en concubinato contraigan matrimonio. Para la realización de este fin estatal, que es de orden público, se efectuarán campañas periódicas de convencimiento en las que colaborarán funcionarios y maestros del Estado.

Esta cláusula se encontró en los códigos de Oaxaca (art. 143), Tabasco (art. 153), Tlaxcala (art. 42) y Sonora (art. 13). Se considera una invasión al derecho a la autodeterminación, así como a la autonomía sexual y reproductiva, intentar convencer a las per-

sonas, por parte del Estado, de que el matrimonio es moralmente la mejor opción. El hecho de unirse con una pareja y formar –o no– con ella una familia forma parte de los derechos sexuales y reproductivos. Ello además discrimina a las familias no fundadas en el matrimonio, en especial aquellas que no han podido casarse por algún impedimento legal (parejas del mismo sexo, personas enfermas o con trastornos, adicciones, impotentes, entre otras). Ello es así, pues desde el Estado se estaría valorando positivamente a las familias fundadas en un matrimonio y a aquellas que no lo están, lo que implica jerarquización y un eventual trato discriminatorio.

Cláusulas de edad mínima para contraer matrimonio

Existen tres sistemas para determinar la edad mínima para casarse, cada uno se encuentra regulado en el capítulo respectivo sobre matrimonio:

- i. Los estados que permiten el matrimonio a menores con 16 años sin diferencia de sexo: Aguascalientes, Chiapas, Coahuila, Jalisco, Nuevo León, Tabasco y Puebla;
- ii. Los estados que disponen que la edad mínima para contraer matrimonio es de 18 años, estableciendo la posibilidad de permitir, si los padres o tutores –o en su defecto, un juez– así lo consienten, el matrimonio antes de cumplir la mayoría de edad: Campeche, Colima, Distrito Federal, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Michoacán, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala y Zacatecas, y
- iii. Los estados que diferencian por sexo (hombres 16 años, mujeres 14 años) y permiten el matrimonio –con consentimiento de los padres y/o dispensa del juez o de alguna otra autoridad– a menores

de 18 años: Baja California, Baja California Sur,⁹⁴ Chihuahua, Durango, Nayarit, Oaxaca, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y en el Código Federal.

Entonces, la gran mayoría de los códigos civiles de los estados de la república permite el matrimonio de menores con 16 años (18 códigos), inclusive con 14 años de edad, lo que significa que el ejercicio de la sexualidad adolescente es vista como “correcta”, siempre y cuando sea dentro de la institución matrimonial. De igual forma, se entiende el matrimonio como correctivo, ya sea cuando los menores de edad han tenido relaciones sexuales o cuando la mujer ha quedado embarazada, así el Código de Jalisco resulta el más explícito al respecto permitiendo el matrimonio de adolescentes de 14 años, sin requerir dispensa del Consejo de Familia, si están embarazadas.

Además de ser contrario a las normas internacionales sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues no toman en consideración los principios básicos de interpretación de sus derechos, los códigos que diferencian entre hombres y mujeres discriminan a éstas basados en roles que reprueban instrumentos como la CEDAW y las recomendaciones de su Comité.

Resalta que para que un menor de 18 años pueda contraer matrimonio, es necesario siempre el consentimiento de su padre y su madre, lo que se basa en un concepto de patria potestad contrario a sus derechos –los padres y madres deciden por ellos lo que mejor les conviene–, ello contraría el principio del interés superior del niño, así como su derecho a ser escuchado y tomado en cuenta y el principio de autonomía progresiva. Por otro lado, a pesar de que la voluntad de los consortes sea un requisito de validez para el contrato, no se especifica en ningún lado que la autoridad del Registro Civil deba cerciorarse de que las personas menores de edad están contrayendo matrimonio voluntariamen-

⁹⁴ En Baja California Sur las edades son distintas: el hombre debe tener 18 años y la mujer 16.

te, es decir, basta el solo consentimiento de sus padres, y que las personas menores de edad no manifiesten estar en contra, para que el acto sea válido. En este sentido, tenemos que dichas personas pueden ser casadas por sus padres, porque son éstos quienes toman la decisión; aunque el matrimonio es válido sólo si hay voluntad de los contrayentes, la realidad es que los roles de hijos muchas veces les obligan⁹⁵ a internalizar decisiones que posiblemente ellos mismos no tomarían por voluntad propia, sobre todo en los casos de embarazo adolescente.⁹⁶

Cláusula de emancipación

La norma que reconoce el derecho a las personas menores de edad a emanciparse de la patria potestad una vez que hayan contraído matrimonio, es igual en sustancia, mas no siempre en redacción, en los 33 códigos civiles y se encuentra en el capítulo sobre emancipación.

⁹⁵ En efecto, aunque las normas permiten la nulidad del matrimonio por miedo o fuerza graves, se considera que debería existir alguna protección extra por medio de la que se verifique, por parte de la autoridad civil, si el matrimonio atiende a su interés superior y si realmente es voluntad de el o la adolescente casarse (verificar si la decisión es autónoma –principio de autonomía progresiva– y qué es lo que realmente desea –derecho a ser escuchado y tomado en consideración–) y, en caso negativo, establecer una sanción para los padres o tutores que hayan dado su consentimiento. Para las personas menores de edad las normas sociales o las prácticas culturales a veces les obligan a realizar actos por disposición de los padres o de la sociedad, lo que anula la voluntad del o la adolescente. Y aunque posteriormente puedan anular su matrimonio, sería difícil que ejercieran este derecho, ya que por su edad, y aunque quedaran emancipados, se verían obligados a volver a la casa de sus padres. Sobre todo, es un problema que enfrentan las adolescentes. Una previsión de este tipo protegería principalmente a las mujeres embarazadas que son obligadas a contraer matrimonio para recuperar su honor o el de su familia, así como a las mujeres, sobre todo de comunidades indígenas, que son obligadas a contraer matrimonio.

⁹⁶ Estos tres principios funcionan como un paraguas para el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, de manera que habría que considerarlos en la normativa relacionada con el matrimonio antes de la mayoría de edad.

Resulta sorprendente que los hijos y las hijas puedan emanciparse de la patria potestad de sus padres antes de cumplir los 18 años si contraen matrimonio, pero que no exista este derecho para la adolescente que da a luz a un hijo o hija antes de los 18, sin estar casada. Ello resulta un evidente prejuicio en contra de la autonomía de la mujer, a quien se la considera incapaz de tomar decisiones con respecto a ella misma y a su prole. Sería deseable que se permitiera la emancipación, considerando el grado de madurez de la adolescente o, al menos, que existiera alguna previsión al respecto en atención a los principios del interés superior y de autonomía progresiva.⁹⁷

Cláusula de repronormatividad

- › Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta; [o]
- › Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

Se entiende por repronormatividad⁹⁸ la imposición de la parentalidad desde los ámbitos jurídico, social, económico y religioso, lastimando los derechos sexuales y reproductivos de las personas. El deseo de contraer matrimonio no necesariamente debe estar ligado con el deseo o posibilidad de reproducirse. La

⁹⁷ Se entiende que el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene dicho principio: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

⁹⁸ Ver Katherine M. Franke, “Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire”, en *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257714>. [Consulta: 18 de julio, 2013.]

scjn así lo ha resuelto en la tesis P. XXII/2011,⁹⁹ en donde ha determinado que “la ‘potencialidad’ de la reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio tratándose de las parejas heterosexuales que, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener progenie o no, incluso por otros medios de reproducción asistida o mediante adopción, lo que no les impide contraer matrimonio, ni podría considerarse como una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva”.

Estas cláusulas están presentes de una u otra forma en el capítulo sobre matrimonio en la mayoría de códigos, a excepción de Baja California Sur, Distrito Federal, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Querétaro, Quintana Roo, Sonora y Tabasco. Algunos de éstos mencionan la perpetuación de la especie como un fin “eventual” pero no esencial.

Impedimentos para contraer matrimonio

- ✦ Padecer esterilidad incurable, impotencia crónica para la cópula, alguna enfermedad de transmisión sexual; [o]
- ✦ Padecer [sic] Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (sida); [o]
- ✦ Alguna enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, así como padecer alguna otra en-

⁹⁹ Tesis: P. XXII/2011. Aislada. MATRIMONIO. LA “POTENCIALIDAD” DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN. “El hecho de que las parejas homosexuales tengan la imposibilidad de procrear hijos biológicamente comunes no se traduce en razón suficiente que deba incidir en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, máxime que derivado de la dinámica social, la ‘potencialidad’ de la reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio tratándose de las parejas heterosexuales que, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, incluso por otros medios de reproducción asistida o mediante adopción, lo que no les impide contraer matrimonio, ni podría considerarse como una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva”.

fermedad que haga prever algún perjuicio grave o degenerativo para los descendientes del matrimonio; [o]

- › Padecer enajenación mental, idiotismo, imbecilidad [sic].

Los impedimentos para contraer matrimonio a personas que padecen alguna enfermedad implican un trato diferente, arbitrario o injustificado, por razones de salud. La Corte mexicana ya ha dicho¹⁰⁰ que la procreación no es un fin del matrimonio, por lo que no es legítimo entender ésta como el fin que justifica la medida. Se considera que la mayoría de los impedimentos para contraer matrimonio están relacionados con lo que se considera o consideró el fin del matrimonio: la procreación. Los impedimentos a que se refieren la generalidad de las normas civiles, tienen como propósito proteger ese fin. Es decir, subyace a la norma que las enfermedades y las discapacidades “impiden la procreación” y, por ende, no debe permitirse que se casen las personas que las presentan, puesto que no podrán cumplir con el fin esencial del matrimonio.

Estos impedimentos son discriminatorios pues vetan a las personas con alguna enfermedad o alguna discapacidad a unirse en matrimonio. Debe distinguirse, por un lado, entre las personas que padecen trastorno o enfermedad mental y pueden expresar su voluntad y las que no pueden hacerlo. El matrimonio, al ser un contrato, está basado en el acuerdo de voluntades, de manera que este requisito es indispensable. Sin embargo, es discriminatorio que en algunos estados no se especifique la necesaria ausencia de voluntad y simplemente se niegue este derecho a personas que padecen algún trastorno, enfermedad o inteligencia disminuida,¹⁰¹ pero que perfectamente pueden expresar libremente su deseo de contraer matrimonio. Por otro lado, impedir el matrimonio a las personas con alguna enfermedad de transmisión sexual, hereditaria o contagiosa, así como aquellas que por

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ En Tamaulipas se habla de discapacidad intelectual con un rango por debajo del 70 del IQ (artículo 138, fracción X, del Código Civil, reformada en 2012).

impotencia o alguna otra condición no puedan tener relaciones sexuales, implica una intromisión, inaceptable y arbitraria, por parte del Estado en la vida privada, pues decide en nombre de los contrayentes. Algunos estados previenen que este impedimento es excusable si los contrayentes lo conocen y están de acuerdo, pero entonces resulta innecesario establecerlo en la norma, ya que son también causales de divorcio y su sola presencia obliga a la autoridad a verificarlo; ello, de suyo, es una intromisión inaceptable en la intimidad y derechos de la personalidad de los y las contrayentes. Además, algunos estados emplean conceptos en desuso y peyorativos como son idiotismo, imbecilidad, locura.

Todos los estados, el Distrito Federal y la Federación disponen este tipo de impedimentos. La única distinción importante es que en algunas entidades la discapacidad mental o intelectual debe ser decretada por juez o afectar la voluntad, lo que, como se ha explicado, es consistente; así, por ejemplo, Chiapas (art. 153), Querétaro (art. 148), San Luis Potosí (art. 22) y Sonora (art. 22).

Se entiende también que esta discapacidad deberá ser decretada por un juez o jueza, cuando la norma no refiere su intervención pero dice “incapacidad”. Ello es así pues, a través de una interpretación sistemática del Código, el término “incapacidad” se refiere al estado de interdicción de una persona adulta incapaz para expresar su voluntad. Es decir, el punto es no permitir el matrimonio a quien, por padecer algún trastorno o enfermedad mental, no puede expresar su voluntad.¹⁰² Así lo disponen los estados de Aguascalientes (art. 153), Coahuila (art. 262), Guerrero (art. 417), Hidalgo (art. 19), Michoacán (art. 141), Morelos (art. 76),¹⁰³ Nayarit (art. 152), Nuevo León (art. 156), Oaxaca (art. 156), Sinaloa (art. 156) y el Código Federal (art. 156).

¹⁰² Cabe aclarar que el estado de interdicción debe ser declarado por un juez o una jueza, sin embargo, existen personas que no pueden expresar su voluntad y que no han sido declaradas en estado de interdicción.

¹⁰³ Distingue entre impedimentos dispensables y no dispensables.

No son impedimento ni la impotencia ni las enfermedades en Chihuahua (art. 144), Michoacán (art. 141) y Veracruz (art. 92). En Guerrero la impotencia no es un impedimento (art. 417). En Zacatecas (art. 114) es posible desestimar los impedimentos y contraer matrimonio.

En el Estado de México, además, la bisexualidad es un impedimento (art. 4.7); ello implica discriminación por preferencia sexual, puesto que no hay un fin legítimo en ese impedimento y el Estado se sustituye en la voluntad de las personas contrayentes.

Cláusulas de roles en el matrimonio

- › Las labores domésticas realizadas por la cónyuge o concubina que se encuentre al cuidado de los hijos, formarán parte de la contribución económica del hogar, valorándose en la misma proporción de la del cónyuge o concubino que aporte el sustento de éste en dinero o en especie; [o]
- › La mujer tendrá a su favor la presunción de la necesidad de alimentos; [o]
- › El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tiene bienes propios, desempeña algún trabajo o ejerce alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, en proporción a sus ingresos, sin exceder del cincuenta por ciento de dichos gastos a no ser que el marido estuviese imposibilitado para trabajar y careciese de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella; [o]
- › En el divorcio voluntario, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o entre en una relación concubina; [o]

- › El mismo derecho señalado en el párrafo anterior tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o entre en una relación concubিনaria; [o]
- › El hombre tendrá obligación de proporcionar alimentos a la mujer con quien ha vivido como si fuera su esposa durante los últimos cinco años, o bien, con la que tenga hijos, siempre que ella permanezca libre de matrimonio y carezca de bienes propios para proveer a su subsistencia; [o]
- › Cuando el marido no estuviere presente o estándolo rehusare entregar a la mujer lo necesario para los alimentos de ella y de los hijos, será responsable de las deudas que la esposa contraiga para cubrir esa exigencia; pero sólo en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto, y siempre que no se trate de gastos de lujo.

Estas cláusulas se encontraron en los capítulos sobre derechos y obligaciones en el matrimonio, así como en el capítulo sobre alimentos de los códigos de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Chihuahua, Guanajuato, Nuevo León, Oaxaca y Yucatán. Y son contrarias a las disposiciones acerca de la igualdad en las familias (ver el apartado “Igualdad *en* las familias” de este tomo).

Cláusula de restricción laboral

- › Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar correspondiente, resolverá sobre la oposición; [o]
- › Los cónyuges podrán desempeñar libremente cualquier actividad lícita. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe un trabajo infamante o contra la moral, planteando el conflicto al Juez competente del domicilio conyugal.

Estas disposiciones otorgan una amplia discrecionalidad en los cónyuges o en el juez para prohibir al otro desempeñar algún oficio o profesión. Al no quedar claro cuál es un actividad que dañe la moral o la estructura de la familia,¹⁰⁴ es posible limitar el derecho, primordialmente, de las esposas a dedicarse a un oficio o profesión lícitos y dignos pero que, a juicio del marido o del juez, daña la estructura de la familia, porque, por ejemplo, “la mujer descuida sus roles como esposa y madre”. ¿Cuál es la estructura de la familia que se debe preservar? ¿La de la mujer que se queda en el hogar y el hombre que provee? ¿Qué actividades dañan la moral de la familia? ¿Sería inmoral que ambos trabajaran? Este tipo de reglas contradicen las disposiciones sobre la no discriminación e igualdad de género que se han explicado anteriormente. Se considera que sería más adecuado hablar sobre daño a los derechos e intereses de las y los hijos, en especial de los menores de edad, y sería compatible con el artículo 4 constitucional, así como con la Convención sobre los Derechos del Niño; también debería ser compatible con la normativa de igualdad de género.

Las cláusulas enlistadas se encontraron en los códigos de Baja California (art. 166), Campeche (art. 180), Chiapas (art. 166), Durango (art. 164), Guanajuato (art. 168), Hidalgo (art. 48), Nayarit (art. 165), Nuevo León (art. 168), Puebla (art. 327), Sinaloa

¹⁰⁴ La Corte no se ha pronunciado directamente sobre este asunto, aunque existen algunas tesis que interpretan que el hecho de que los padres comprometan la “moralidad” de los hijos no es congruente con lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución y no puede ser un fundamento para remover la patria potestad, pues la obligación de las madres y los padres es el cumplimiento de los deberes de alimentación, vestido, hogar, educación, salud y recreación. Ver, por ejemplo, la tesis aislada 1a. CXVIII/2012 [10a.] Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Segundo Circuito, en la tesis aislada II.1o.C.191 C, ha interpretado que “el abandono de los deberes no patrimoniales que puede poner en peligro la moralidad comprende aquella conducta del padre que: a) Sea contraria a las buenas costumbres imperantes en la sociedad y en la época en que se suscita su análisis; b) Evidencie un mal ejemplo en el menor; c) Pueda generar en éste un daño psicológico o trauma que repercuta en su sano desarrollo mental e intelectual; y d) Haga necesario evitar la interrelación y convivencia del menor con el causante de esa conducta.” Aquí no se plantean cuestiones disyuntivas, el ataque a la moralidad debe cumplir con los cuatro requisitos.

(art. 169), Tabasco (art. 170), Veracruz (art. 103) y el Código Federal (art. 169).

La disposición en Quintana Roo (art. 708 bis) es más clara pues se refiere a “actividades que representen un daño manifiesto y claro a la familia o la ponga en peligro o riesgo inminente”; al especificar que el daño debe ser claro y manifiesto, se obliga a una justificación más robusta. Aun así, habría que prescindir de las cláusulas o, al menos, definir qué se entiende por daño moral o daño a la estructura familiar.

Causales de divorcio

- › Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria; [o]
- › La impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; [o]
- › Incapacidad para cumplir fines del matrimonio; [o]
- › Padecer trastorno mental permanente, declarado judicialmente; [o]
- › Padecer enajenación mental.

Estas causales implican un trato diferente no en sí mismas, sino en lo que se refiere a las consecuencias que acarrea el divorcio para el cónyuge culpable. Es evidente que cualquiera de los cónyuges tiene derecho a terminar el matrimonio por éstas (y otras) razones, sin embargo, el problema encontrado aquí es que la persona enferma, impotente o incapaz es calificada por la Ley como culpable y es, por regla general, la parte demandada, condenada al pago de alimentos, a la pérdida de la patria potestad, al pago de daños y perjuicios, gastos y costas del juicio.¹⁰⁵ Estas sanciones

¹⁰⁵ Por ejemplo: “Cuando se trate de enfermedades transmisibles, drogadicción o alcoholismo, ambos cónyuges conservarán la patria potestad sobre sus hijos, pero la custodia se otorgará obligatoriamente al cónyuge sano, sin perjuicio de que el Juez determine el régimen de comunicación de los hijos con el padre enfermo”. Ver por ejemplo el Código Civil de Baja California, artículo 315: “En los casos de divorcio,

son muchas veces, y especialmente en estos casos, exceptuadas por el juzgador, debido, precisamente, a la situación de salud del cónyuge. Sin embargo, es discriminatorio por razones de salud el hecho de que la norma dé un trato de culpabilidad a una persona por haber adquirido alguna enfermedad o trastorno físico o mental. El discurso que subyace al cónyuge culpable en el divorcio afecta los derechos de la personalidad y, en su caso, a la intimidad.

Si se aplica un *test* de escrutinio estricto a las medidas impuestas como consecuencia de la culpabilidad, el fin –garantizar la procreación dentro del matrimonio– no es compatible con un Estado democrático y contradice la interpretación mencionada de la Corte mexicana sobre los fines del matrimonio.

El sistema planteado por el Código de Familia de Sonora¹⁰⁶ es el que parece más adecuado pues distingue entre divorcio necesario por enfermedad, divorcio necesario por culpa,¹⁰⁷ divorcio por causales objetivas (separación del hogar o ausencia), en los cuales los efectos en materia de alimentos, patria potestad y custodia son diversos, evitando precisamente hablar de cónyuge culpable y cónyuge inocente.

el cónyuge inocente tendrá derecho a recibir alimentos del cónyuge culpable, estos alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe de darlos y a la necesidad del que debe de recibirlos, durante el mismo tiempo que duró el matrimonio o mientras no contraiga nuevas nupcias o viva en concubinato. Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este Artículo”. En la generalidad de los códigos, capítulo de Divorcio, “El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse sino después de un año, a contar desde que se decretó el divorcio”.

¹⁰⁶ Fue expedido en 2007. Ver la exposición de motivos, en donde se explican estas razones para distinguir entre distintos tipos de divorcio a fin de evitar la condena de uno de los cónyuges por haber adquirido una enfermedad.

¹⁰⁷ Entendida como la imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta.

*Cláusulas que limitan los derechos de las niñas y las jóvenes*¹⁰⁸

- › Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas aunque sean mayores de edad hasta que contraigan matrimonio siempre que vivan honestamente; [o]
- › Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia médica. Respecto de los menores de edad los alimentos comprenden, además de los gastos necesarios para su sano esparcimiento, la educación escolar del alimentario, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Estas cláusulas son violatorias del último párrafo del artículo 1 de la Constitución pues imponen ciertos roles a las hijas, prescribiendo por un lado que se casen, como un destino irrenunciable y manifiesto por su sexo, y, por otro, que se dediquen a oficios o profesiones *adecuados* para ellas. Este tipo de disposición refuerza estereotipos de género y prescribe, desde la norma, oficios y profesiones *adecuados* a cada sexo. Ello resulta contrario a la normativa nacional e internacional sobre no discriminación e igualdad de género. Es difícil pensar qué oficio sería inadecuado para una mujer, pero sí es discriminatorio limitar el derecho a elegir oficio o profesión, y a su ejercicio, a las personas con moti-

¹⁰⁸ Se hace referencia a “las jóvenes” debido a que el derecho a recibir alimentos no concluye con la mayoría de edad (18 años cumplidos) sino que se extiende hasta que los hijos y las hijas tengan modo de mantenerse a sí mismos. De tal forma se ha optado por un concepto que abarque a las mujeres también mayores de edad. Según la ONU, la juventud varía según el grupo social y la ubica entre los 15 y los 24 años de edad. Por su parte, la Ley del Instituto Mexicano de la Juventud ubica a los jóvenes entre los 12 y los 29 años de edad.

vo de su sexo. Lo mismo sucede con los hijos, la conformidad de un oficio o profesión con el sexo discrimina también al joven que desea dedicarse a alguno que tradicionalmente sea considerado femenino. En ambos casos, el deudor alimentario podría suspender este derecho porque el hijo o la hija estudia o se prepara para trabajar en algo que éste considera no adecuado a su sexo. El Estado no puede prevenir que madres, padres, tutoras o tutores identifiquen ciertos oficios o profesiones como adecuados o no al sexo de las personas, pero ciertamente no debe permitir, mucho menos a través de la ley, que se limite a las personas por este motivo.

La cláusula de alimentos para proporcionar oficio, arte o profesión adecuados a su sexo, se encontró en: Aguascalientes (art. 330), Baja California (art. 305), Baja California Sur (art. 451), Campeche (art. 324), Chihuahua (art. 285), Durango (art. 303), Guanajuato (art. 362), Nayarit (art. 301), Oaxaca (art. 320), Quintana Roo (art. 845) y el Código Federal (art. 308).

Cláusulas patriarcales

- › El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa; [o]
- › No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio; [o]
- › El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo; [o]
- › Está permitido al hijo nacido fuera del matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede

probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada; [o]

- › La mujer casada podrá reconocer, sin el consentimiento del marido, a su hijo habido antes de su matrimonio; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso del esposo; [o]
- › El marido podrá reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho de llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la esposa.

El sistema para determinar la filiación y el reconocimiento de las y los hijos está basado en la familia patriarcal, en donde el marido, el *pater familias*, tiene la única y última palabra.¹⁰⁹ Dichas

¹⁰⁹ Ver al respecto José Ramón Cossío, “Matrimonio, filiación y género. Un pronunciamiento ambiguo”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, enero-diciembre, 2010, núms. 15-16, páginas 69 y ss. “Es el marido, entonces, el único que tiene un derecho derivado del matrimonio a poner o no poner en duda la fidelidad de la mujer, el que puede determinar si ciertas conductas íntimas tendrán o no consecuencias jurídicas. El Estado le delega la decisión a él, soberano de un ámbito ‘privado’ en el que ciertos sucesos que involucran la vida y los intereses de otras personas sólo llegarán a tener existencia y relevancia jurídica si él lo desea; y los papeles no pueden invertirse porque siguen un guión que habla de la dominación de unas personas sobre otras (de un sexo sobre otro) que es estrictamente unidireccional en sus profundas raíces históricas y religiosas. El punto se remacha con una afirmación categórica: ‘es el propio marido que puede ser juez de su propia paternidad’. Como cuestión de hecho, la afirmación es desconcertante [en tanto todo apunta a que lo más común es lo contrario]. Como cuestión normativa y desgraciadamente nos regresa de nuevo al paradigma del dominio masculino en la esfera familiar, a un modelo normativo en cuyo contexto la mujer casada no sólo carece de medios para defender adecuadamente sus intereses frente a los de su marido, sino que ni siquiera es titular de intereses independientes a los de su marido [...]. Al dejar, *iuris et de iure*, fuera de todo posible cuestionamiento la paternidad declarada por la persona casada, no consigue equilibrar adecuadamente los derechos de los adultos involucrados y puede llegar a comprometer importantes derechos de los niños. Más que la estabilidad de la familia, el artículo blindo las pretensiones de uno de los cónyuges por encima de cualquier otra consideración, e imposibilita entrar siquiera al examen judicial de los reclamos de quienes albergan pretensiones relacionadas con su condición de padres”.

normas se encuentran lejos de cumplir con los estándares universales de igualdad de género, derecho a la identidad de niñas y niños y adecuación a las técnicas de reproducción asistida. El sistema discrimina a mujeres, niñas y niños pues les proporciona un trato diferente arbitrario cuyo fin no es legítimo en una sociedad democrática: la protección de *La Familia*, es decir, la familia tradicional. En las sociedades democráticas que han asumido la obligación de garantizar la diversidad, no se puede sostener que la protección de la familia tradicional es un fin legítimo para limitar el derecho a la igualdad de género, a la igualdad dentro de la familia, a formar una familia, a la vida familiar, a la identidad, entre otros.

Al impedirse el reconocimiento de la filiación entre un padre y su hijo o hija nacido dentro de un matrimonio, este tipo de cláusulas son violatorias del derecho del padre y del hijo o hija a establecer y disfrutar de una vida familiar, pues de acuerdo con este sistema, el hijo o hija nacido dentro del matrimonio será siempre hijo de los cónyuges a menos que el marido lo desconozca, es decir, sólo el marido puede decidir si el hijo o hija nacido de su esposa es suyo. Esta presunción, al anular el posible reconocimiento del padre biológico del hijo o hija que ha nacido dentro del matrimonio con otro hombre de la madre, lastima los derechos tanto del padre biológico como del hijo o hija, pues les deja sin posibilidad de realizar una vida familiar común,¹¹⁰ porque la decisión recae absolutamente en el marido de la madre.

Se establecen una serie de presunciones que hoy resultan obsoletas o que representan un trato discriminatorio. El sistema está basado en la presunción de que la mujer no sabe de quién

¹¹⁰ Revisar el caso *Schneider vs. Germany* (no. 17080/07) del 15 de septiembre de 2011, ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). En este caso un hombre reclama la negativa de los tribunales alemanes para tener contacto con un niño, quien es su hijo biológico. El padre legítimo del niño está casado con la madre de éste. La Corte determinó que se violó el derecho a la vida familiar, pues no podía atribuirse la inexistencia de vida familiar al aplicante, ya que no habían podido establecerla pues le fue negada. La Corte concluyó que el acceso a información y a la vida familiar con el niño, su hijo, constituyen parte de la identidad y de la vida privada del aplicante.

es el hijo o hija –o no dice la verdad– y por ello, para proteger a *La Familia*, sólo el marido –o sus herederos o herederas, en casos excepcionales– puede reconocer o desconocer. Si se está dispuesto a aceptar que existe *La Familia* como una entidad independiente –es decir, diferente de las personas que la componen–, entonces se debe estar dispuesto a ponderar los derechos de esa entidad frente a los de las personas que componen la familia y, en este sentido, a aceptar que existen casos en que éstos prevalecen por encima de los derechos individuales.

No se encuentra ni doctrinariamente ni judicialmente un caso en que pueda otorgarse prevalencia a *La Familia* por encima de los derechos individuales. Y esto es así porque *La Familia*, como institución molde a la que deben de adecuarse las personas, no puede existir en un Estado constitucional donde los derechos penden de la dignidad de las personas, de su derecho a la autodeterminación y su libre desarrollo de la identidad.

Aceptar que puede haber casos en que *La Familia*, como garantía institucional con un contenido mínimo, puede oponerse a los derechos individuales, implica aceptar que existen razones para limitar derechos a las personas en aras de proteger a un ente independiente: *La Familia*. Es el argumento que se utilizó durante muchos años para permitir los abusos a los derechos de las mujeres y de las niñas y los niños, para prohibir el divorcio y para, desde el Estado, determinar qué relaciones familiares eran las correctas o aceptadas socialmente.

La oración primera del artículo 4 constitucional debe ser interpretada de manera que aquello que se protege son las relaciones de parentesco; sólo ésta es una interpretación congruente con los derechos individuales reconocidos en nuestra Constitución, textualmente y por la vía interpretativa.

El sistema de filiación es idéntico en todos los códigos y se regula en el capítulo denominado “De la paternidad y filiación”, habiendo diferencias mínimas como la determinación de la filiación con respecto de la madre, que en la mayoría de los códigos se determina únicamente por el nacimiento, mientras que también se permite hacerlo por reconocimiento voluntario o senten-

cia judicial en Campeche, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guerrero, Jalisco, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sonora, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

En Coahuila (art. 490) se establece que no habrá filiación entre el hijo o hija y la persona donante de gametos y se prohíbe expresamente la maternidad subrogada.

El capítulo de filiación del Distrito Federal resulta obsoleto,¹¹¹ dado que existen ya matrimonios entre personas del mismo sexo con hijas o hijos (propios o adoptivos), mientras que éste sigue prescribiendo reglas para la determinación de la relación de “un padre y una madre” con un hijo o hija, lo que implica inseguridad con respecto a los derechos de los hijos de dos padres o dos madres homosexuales.

San Luis Potosí (arts. 236 y siguientes) incluye un apartado especial para la filiación resultante de las técnicas de reproducción asistida.

En Sonora (art. 259) se permite la investigación de la pater/maternidad independientemente del estado civil de la persona demandada, sin embargo, no es compatible con la norma que prohíbe el reconocimiento de las o los hijos de una mujer casada. También en este código se introduce el parentesco voluntario (arts. 203 y 206) para referirse a los hijos e hijas concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida con donación de gametos, y distingue el parentesco consanguíneo que existe entre los hijos e hijas procreados por dichos métodos, pero con gametos de los cónyuges o concubinos.

El Código de Tabasco (art. 324) también regula lo referente a los hijos concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida.

El Código de Zacatecas (art. 246) declara que no hay diferencia entre hijas e hijos concebidos naturalmente y concebidos

¹¹¹ Es pertinente comentar que, en septiembre de 2012, el gobierno de Francia anunció que presentará una iniciativa para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo; en congruencia con ello, el Ministerio de Justicia francés propondrá la eliminación de las palabras “madre” y “padre” del Código Civil para referirse a “los padres” (*les parents*).

mediante técnicas de reproducción asistida, lo cual es innecesario si se trata de gametos de los padres.

Cláusulas incompatibles con derechos de niños y niñas

- › La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las leyes aplicables; [o]
- › La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad; pero puede privársele de ella, en caso de que así convenga a la persona o intereses del menor; [o]
- › La mujer casada/el hombre casado podrá reconocer sin el consentimiento del marido al hijo habido antes de su matrimonio, y tendrá derecho a llevarlo a vivir al domicilio conyugal, a menos que el marido/la esposa se oponga expresamente.

Estas cláusulas se oponen frontalmente a los derechos de los niños y las niñas reconocidos no sólo en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino en la propia Constitución y en las leyes sobre niños y niñas que existen a nivel general y en varios estados de la república. En el primer caso, preocupa que se siga hablando sobre una potestad de los padres sobre la persona de los hijos e hijas sin relacionarlo con los derechos de éstos, en especial de su interés superior, el principio de autonomía progresiva y el derecho a ser escuchados y sus opiniones tomadas en consideración. Algunos códigos previenen que la patria potestad se refiera al conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce y confiere a los padres o abuelos sobre los hijos o nietos. Sin embargo, existen aún muchos estados que no han adecuado sus códigos al concepto de derechos de las niñas y los niños y esto contradice los estándares universales.

En el capítulo de “Patria Potestad” de los códigos de Baja California Sur, Coahuila, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí y Sonora se encuentra una definición de patria potestad referida a derechos y obligaciones de los padres con respecto de los hijos.

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone como un derecho primordial el de vivir con la familia. Las cláusulas aquí analizadas niegan este derecho a las niñas y los niños por “conveniencia a sus intereses” o porque el marido de su madre así lo decide. En el primer supuesto no queda claro que se refiera al interés superior del niño, sino a “intereses” que pueden ser definidos por terceras personas, por lo que sería conveniente referirlo precisamente a los derechos del niño o niña. En el segundo se violenta frontalmente el derecho del hijo o hija a convivir con su madre tan sólo porque el marido de ésta no lo quiere. Esta norma es abiertamente inconstitucional y discriminatoria.

Comentario sobre parentalidad y sexualidad en los códigos civiles

Se ha encontrado que toda la normatividad para regular a las y los hijos nacidos fuera del matrimonio es “reparadora de un daño”, como si el ejercicio de la sexualidad fuera del matrimonio fuese una falla en el sistema e hijas o hijos nacidos fuera de éste fueran errores que corregir por la vía del reconocimiento o del matrimonio. Lo anterior se observa en las presunciones y reglas civiles de reconocimiento de la progenie dentro y fuera del matrimonio. Hoy en día existe aún la diferencia entre hijas e hijos legítimos e ilegítimos, aunque no se definan así, debido a que hay distintos derechos y obligaciones para las y los hijos nacidos fuera y dentro de matrimonio. No obstante, el Código Civil de Guanajuato, por ejemplo, habla del “hijo incestuoso”, y el Código Civil Federal también hace esta distinción: hijo natural, incestuoso y adulterino.

El sistema está dirigido a proteger el honor de las adolescentes pues busca reparar daños causados por relaciones sexuales adelantadas, pero lo hace con un sentido patriarcal, pues subyace a todo el sistema que el ofendido es de alguna manera el hombre o el padre; esto se encuentra por ejemplo en las causales de divorcio o los impedimentos para contraer matrimonio y en las reglas de filiación.

*Cláusula de amplia discrecionalidad
en materia de adopción*

Los códigos revisados establecen como requisito para adoptar que el adoptante sea: o una persona de buenas costumbres o que tenga idoneidad moral o que tenga una conducta aceptable.

Establecer como requisito para adoptar un concepto tan abierto como los que se presentan en estas cláusulas da lugar a una discrecionalidad no deseable y que puede producir tratos arbitrarios en las autoridades involucradas con los procesos de adopción. ¿Qué es tener buenas costumbres? ¿Quién y cómo determina qué es idoneidad moral? ¿Cuándo una conducta es aceptable? Este tipo de cláusulas son precisamente las que sirven de sustento a una respuesta negativa a adoptar¹¹² por parte de autoridades a personas o parejas del mismo sexo o inclusive a personas que practican una religión minoritaria o que no practican religión alguna, reforzando la discriminación por orientación sexual, identidad de género o religión, por mencionar unas cuantas.

Esta cláusula se encontró en el capítulo sobre “Adopción” en los códigos de Baja California (art. 387), Guanajuato (art. 451), Guerrero (art. 555), Hidalgo (art. 208), Morelos (art. 361), Nuevo León (art. 390), Oaxaca (art. 411 bis), Querétaro (art. 406), Veracruz (art. 329) y Yucatán (art. 316A).

¹¹² Ver los argumentos del Procurador General de la República en su demanda de Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 contra la reforma al Código Civil del D. F. que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo con todos sus efectos.

Cláusulas y normas aisladas

En este apartado se analizan las normas incompatibles con los derechos humanos que se encontraron tan sólo en uno o dos códigos. Esto es, a diferencia del apartado anterior, aquí se trata de normas que se hallan de manera excepcional, ya sea como vestigios del sistema que ha ido cambiando o como “ocurrencias” legislativas.

- › Algunos códigos definen la familia en su normativa. La mayoría incluye en ésta a los matrimonios, los concubinatos y las relaciones de parentesco. Esta definición resulta relevante para efectos del patrimonio de familia que es regulado en varios códigos, así como en la Constitución misma. Por ello resulta importante que no se deje fuera a las familias diversas al definir el concepto y limitar la familia al matrimonio. El Código de Morelos (art. 22) va más allá y reconoce personalidad jurídica a la familia.
- › Baja California (arts. 143 y siguientes) contiene una serie de normas referidas a la familia y al matrimonio que establecen estándares morales sobre el papel de la familia y sus miembros; ello violenta los derechos de autodeterminación y autonomía de las personas.
- › Campeche (art. 300): el juez tiene un amplio ámbito de discrecionalidad para decidir sobre la custodia de las niñas y los niños, pues él decide qué conviene a éstos sin considerar ni la opinión ni el interés superior del niño.
- › Chiapas (art. 298): es inequitativa la norma que establece que sólo la mujer que haya vivido con un hombre como si fuese su marido tiene derecho a recibir alimentos; los hombres deberían tener este derecho por igual.
- › Coahuila (arts. 385-1 a 385-7, 491): se da un trato diferente a las parejas que viven en sociedades de convivencia al no reconocerles parentesco por afinidad, ni permitirles adoptar o compartir la patria potestad o custodia del hijo del compañero(a). Tampoco les permite la realización de

procedimientos de reproducción asistida. Prohíbe la maternidad subrogada.

- › Colima (art. 391-A): las personas solteras solamente pueden adoptar a niñas y niños mayores de un año de edad.
- › Distrito Federal: es necesario adecuar el Código a la existencia de matrimonios homosexuales; en específico las actas del Registro Civil y los apartados de filiación, en donde se continúa hablando de parejas heterosexuales (“padre y madre”).
- › Hidalgo (art. 41): la norma que dice “el matrimonio supone [...] la relación sexual a menos que exista causa justificada que impida su realización” es violatoria de la libertad sexual de los cónyuges y contradice frontalmente la jurisprudencia¹¹³ de la Corte mexicana.
- › Jalisco (arts. 258 y siguientes): contiene una serie de normas referidas a la familia y al matrimonio que establecen estándares morales sobre el papel de la familia y sus integrantes; ello violenta los derechos de autodeterminación y autonomía de las personas.
- › Morelos (art. 222): norma que establece que las personas menores de siete años deberán permanecer bajo el cuidado de la madre, salvo peligro grave para su normal desarrollo; contradice lo resuelto por la Primera Sala de la Corte mexicana al respecto.¹¹⁴
- › Nuevo León (art. 267, fr. XVIII): en el capítulo sobre divorcio se establece que para que la violencia familiar opere como causal para el divorcio necesario, se deberán “narrar los hechos, la afectación causada y el nexo causal entre uno y otro”; existe una decisión de la Corte¹¹⁵ que precisamente revoca este tipo de requisitos pues considera que exigencias como éstas hacen imposible la acreditación de la violencia, dejando en estado de indefensión a la o las víctimas.

¹¹³ Solicitud de Modificación de Tesis 9/2005.

¹¹⁴ Ver las tesis que se desprenden del Amparo Directo en Revisión 1573/2011.

¹¹⁵ Amparo Directo 30/2008.

- › San Luis Potosí (arts. 236 y siguientes): en el apartado sobre técnicas de reproducción asistida se limita su uso a matrimonios y concubinatos, dejando fuera del ejercicio del derecho a formar una familia a las personas solteras y las parejas del mismo sexo. Además, se establece una previsión incompatible con los protocolos para la fertilización *in vitro*, pues determina que en caso de muerte del marido, para atribuirle la paternidad, los embriones formados deberán ser transferidos 14 días después de su muerte. La transferencia de embriones no responde a caprichos, sino a procesos biológicos y estimulación hormonal.
- › Sonora (art. 183): norma que establece que los menores de siete años deberán permanecer bajo el cuidado de la madre, salvo peligro grave para su normal desarrollo; contradice lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte al respecto.¹¹⁶ Establece, por un lado, el parentesco voluntario para la adopción y las hijas e hijos procreados con gametos donados, sin embargo, por otro lado, en el capítulo de Adopción se sigue hablando de parentesco civil.¹¹⁷
- › Tabasco (art. 324): establece que las hijas e hijos concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida serán hijas e hijos de los cónyuges. Resulta discriminatoria la distinción de éstos con respecto de las hijas e hijos concebidos de forma natural, pues no hace falta distinguir *cómo* fueron concebidos. Los problemas de parentesco y filiación en el uso de técnicas de reproducción asistida aparecen solamente cuando hay donación de gametos; si ambos son de la pareja, no hay razón alguna para distinguir.

¹¹⁶ Ver las tesis que se desprenden del Amparo Directo en Revisión 1573/2011.

¹¹⁷ En la doctrina, el parentesco civil es el que existe entre la persona adoptante y la adoptada pues se crea a través de una institución civil, y dependiendo del tipo de adopción (ya sea plena o simple) se ampliará éste con respecto a las y los parientes de la persona adoptante. Al crear el código un parentesco voluntario, no queda claro si se refiere al parentesco civil o a un cuarto tipo de parentesco. Es relevante corregir este error. Existen tres tipos de parentesco: por consanguinidad, cuando las personas descienden de la misma; por afinidad, el que se crea a través del matrimonio, y el civil.

- › Tamaulipas (art. 359 bis): se solicita prueba de VIH para poder adoptar a una persona menor; esto viola la cláusula de no discriminación por razones de salud.
- › Yucatán (art. 86): se establece que la responsabilidad sobre el hogar es común a los cónyuges “salvo que uno de los consortes sea de notoria mala conducta”.
- › Zacatecas (art. 246): establece que las hijas e hijos concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida (sin donación de gametos) tendrán respecto de su padre y madre parentesco por consanguinidad. La distinción de éstos con respecto de las hijas e hijos concebidos de forma natural resulta discriminatoria, equivalente a la diferencia que existió sobre hijas e hijos legítimos e ilegítimos.

Normas modelo

Las siguientes normas, al ser vigentes en varios de los códigos civiles o familiares de la república, se presentan en este capítulo de modelo normativo vigente, aunque ello no es óbice de que *sean entendidas también como propuestas o normas modelo para legisladoras y legisladores en la revisión de los códigos civiles o familiares.*

Derechos de la personalidad

El Código de Coahuila contiene un apartado (capítulo VIII), bastante amplio y garantista, sobre los derechos de la personalidad y las comunicaciones privadas.

Equidad dentro de las familias

El Código de Quintana Roo establece que el trabajo y sostenimiento del hogar debe estar libre de patrones de género estereotipados (art. 708). El Código de Sonora dispone que las labores del hogar deberán ser compartidas, si ambos cónyuges trabajan (art. 28). El Código de Zacatecas previene la existencia de cursos

de orientación prematrimonial con perspectiva de género para las personas contrayentes (art. 106).

Derechos de niñas y niños

Algunos códigos han incorporado ya sea apartados específicos sobre derechos de las niñas y niños, como Jalisco y Quintana Roo, o normas especiales sobre patria potestad y custodia. Aguascalientes contiene normas que prohíben la “alienación parental”¹¹⁸ o la práctica de poner a las y los hijos en contra del padre o madre (art. 439); Baja California Sur reconoce el derecho a escuchar a las niñas y a los niños para la determinación de la custodia y establece un sistema de asignación de las y los hijos y derechos del padre o madre que no tiene la custodia (art. 324); en Chiapas se dispone que la mujer embarazada podrá exigir alimentos al presunto padre (art. 384); en el Distrito Federal se define el interés superior del niño y las obligaciones de crianza (art. 416); en Michoacán existen apartados sobre la restitución de menores y la convivencia con parientes (arts. 435 y ss.), y en Quintana Roo se especifican las obligaciones de crianza (arts. 994 bis y ss).

Reconocimiento de familias diversas

El Código de Coahuila contiene un apartado (arts. 385-1 y ss.) que regula los pactos civiles de solidaridad, mediante los cuales las parejas del mismo sexo logran el reconocimiento jurídico de sus uniones. No obstante, se siguen limitando arbitrariamente algunos de sus derechos (ver crítica en el apartado “Cláusulas y normas aisladas”).

¹¹⁸ El Código Civil de Aguascalientes toma en consideración (arts. 439 y ss.) la práctica de alienación parental para proteger la sana convivencia entre hijas e hijos y padres y madres. La alienación se refiere a la práctica de poner a las y los hijos en contra del excónyuge o la excónyuge, o la expareja, ya sea de palabra, lastimando la convivencia, o de hecho, limitando o evitando la convivencia. Para evitarlo, podrá intervenir un juez.

El Código del Distrito Federal reconoce el matrimonio igualitario, es decir, permite el matrimonio tanto heterosexual como homosexual, con todos sus efectos (art. 146).

Divorcio

Los códigos del Distrito Federal (arts. 266 y ss.), Estado de México (arts. 4.91 y ss.) e Hidalgo (arts. 102 y ss.) reconocen el divorcio unilateral o sin causales, donde basta con la manifestación de uno de los cónyuges de no querer continuar en el matrimonio para que se proceda a su disolución.

Por su parte, el Código de Sonora (art. 135 en adelante) dispone un sistema en el que se diferencia el divorcio por causales objetivas, divorcio necesario por culpa y divorcio necesario por enfermedad, además de regular la separación de cuerpos mencionada anteriormente.

Regulación sobre técnicas de reproducción asistida

El Código del Distrito Federal, así como el de Michoacán, reconocen como parte del derecho a decidir el número y espaciamiento de las y los hijos, hacer uso de técnicas de reproducción asistida (art. 162). En el Distrito Federal además se establece que los hijos nacidos gracias al uso de técnicas de reproducción asistida con donación de gametos, tendrán, respecto de los padres y las madres, parentesco por consanguinidad (art. 293). El Código de Querétaro contiene un apartado especial para regular la adopción de embriones (arts. 399 y ss.). El Código de San Luis Potosí contiene un capítulo dedicado específicamente a la filiación resultante del uso de técnicas de reproducción asistida (arts. 236 y 240 y ss.) –ver, no obstante, las críticas a éste código que se encuentran en el apartado “Cláusulas y normas aisladas”–. El Código de Sonora regula el parentesco voluntario que es el que existe entre los padres y madres y las hijas e hijos concebidos por medio de técnicas de reproducción asistida con donación de gametos (art. 203).

Diagnóstico y comparación del modelo normativo vigente con el modelo normativo óptimo

DERECHO	ELEMENTO	MODELO NORMATIVO VIGENTE
Familia	Libre e igual	<p>La mayoría de los códigos entiende a la familia como una institución fundada en el matrimonio, y excepcionalmente por la convivencia. Se jerarquiza con respecto al matrimonio. El concubinato en algunos estados es visto como “inferior”.</p> <p>No hay igualdad en la constitución de la familia, es decir, en el reconocimiento de familias diversas (miembros).</p> <p>Las reglas para visitas y relación de hijas/hijos con los padres y madres están supeditadas a que éstos hayan estado unidos en matrimonio y, en algunos casos en concubinato, más no son claros los derechos de visita y relación cuando el padre y la madre nunca estuvieron casados.</p> <p>Diversidad para la constitución: reglas de filiación privilegian el matrimonio y las presunciones patriarcales; no se reconoce en todos los códigos como derecho el uso de técnicas de reproducción asistida, ni se consideran para las reglas de filiación y parentesco; los requisitos para la adopción son discriminatorios.</p>

Matrimonio	Igualitario	<p>Discriminación a personas por su salud, discapacidad o por su preferencia sexual.</p> <p>La normativa refuerza roles de género dentro del matrimonio, en especial en lo referente a derechos y obligaciones, alimentos, filiación y custodia.</p>
	Libre (libertad para contraerlo y libertad para definirlo)	<p>Se permite el matrimonio antes de la mayoría de edad fuera de las recomendaciones internacionales y se diferencia entre hombres y mujeres. Es discriminatorio y contrario al interés superior de la niñez.</p> <p>Fines del matrimonio: se sigue estableciendo desde la Ley cómo deben ser los matrimonios. Prescripciones morales que invaden autonomía de las personas.</p>
	Disolución	<p>Algunas causales de divorcio son discriminatorias.</p> <p>No es posible disolver el matrimonio de forma unilateral sin necesidad de señalar como culpable a la o el cónyuge y entablar un pleito judicial.</p> <p>Tan sólo tres entidades reconocen el derecho unilateral a terminar con el matrimonio.</p>
Filiación y parentesco	Igualdad	El sistema es inequitativo y carga todos los derechos y presunciones a favor del marido.
	Incluyente	No se toman en consideración todas las constelaciones familiares, ni se incluye siempre las resultantes del uso de técnicas de reproducción asistida.

Patria potestad	Como deberes y obligaciones de los padres y madres	<p>Se entiende la patria potestad como derechos de los padres y madres sobre la persona de las y los hijos.</p> <p>La institución no es compatible con el régimen de derechos de los niños y las niñas.</p>
Igualdad en las familias	Derechos de las y los hijos	<p>No son adecuados a los estándares internacionales sobre derechos de la niñez, reglas sobre patria potestad, custodia, alimentos, régimen de visitas, relaciones con la familia ampliada, filiación y parentesco.</p> <p>Las reglas sobre derechos y obligaciones para hombres y mujeres son desiguales, discriminan y refuerzan estereotipos de género.</p> <p>Transgreden estándares internacionales y nacionales sobre igualdad de género.</p>

Propuesta legislativa

El modelo normativo vigente no es compatible con el modelo óptimo. Existe discriminación en materia familiar, en especial en los rubros analizados en la tabla precedente, por ello se requiere una revisión exhaustiva de la normativa civil para proscribirla.

A pesar de que el matrimonio ya no es indisoluble,¹¹⁹ ni existe el débito carnal,¹²⁰ ni tampoco un derecho colectivo de ser pa-

¹¹⁹ El divorcio ha existido en México desde el siglo XIX. Ver los amparos recientes que la Primera Sala de la SCJN ha resuelto con respecto al llamado “divorcio expreso” o divorcio sin causales en el Distrito Federal. Amparo Directo en Revisión 917/2009; Amparo Directo en Revisión 1013/2010; Contradicción de Tesis 21/2006-PL; Amparo Directo en Revisión 2446/2009.

¹²⁰ Ver la Solicitud de Modificación de Tesis 9/2005-PS.

dre/madre,¹²¹ ni tiene como finalidad la procreación,¹²² ni es sólo entre un hombre y una mujer,¹²³ ni existen diferencias o roles de género entre los cónyuges,¹²⁴ “el matrimonio formal, legal, heterosexual continúa dominando la imaginación cuando lo con-

¹²¹ Ver la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

¹²² Ver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Tesis: P. XXII/2011 Aislada en materia constitucional. MATRIMONIO. LA “POTENCIALIDAD” DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN.

¹²³ Ver Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Tesis: P. XXVII/2011 Aislada en materia constitucional. MATRIMONIO. LA EXISTENCIA DE DIVERSAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, NO IMPIDE LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE AQUÉL PARA COMPRENDER DICHAS UNIONES. Tesis: P. XXV/2011 Aislada en materia civil. MATRIMONIO. EL TÉRMINO “CÓNYUGE” COMPRENDE A LOS INTEGRANTES DE MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y A LOS DEL MISMO SEXO (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009). Tesis: P. XXVIII/2011 Aislada en materia constitucional. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: “la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida, que incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo, por lo que tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre con las heterosexuales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no”.

¹²⁴ Ver Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Tesis: P. XXV/2011 Aislada en materia civil. MATRIMONIO. EL TÉRMINO “CÓNYUGE” COMPRENDE A LOS INTEGRANTES DE MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y A LOS DEL MISMO SEXO (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009). Y sobre roles y estereotipos de género: ver el informe de la Corte IDH en el caso *Ma. Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala* [2001], así como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 5 (citado arriba). Asimismo, ver la *Recomendación General No. 21* del CEDAW, *Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 13^{er} periodo de sesiones, 1994 (referida arriba). Y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), artículo 6: “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

frontamos con las posibilidades de intimidad y familia”.¹²⁵ Todas estas llamadas cualidades esenciales¹²⁶ del matrimonio colocaban —y en muchos casos siguen colocando— a la mujer y a hijas e hijos subordinados al marido¹²⁷ y continúan siendo el fundamento de la normativa familiar en nuestro país.

Por ello se sugiere revisar los códigos en su totalidad y evitar reformar artículo por artículo. El problema de la discriminación en el ámbito familiar va más allá de las normas aisladas, se trata del sistema que subyace a los códigos que continúan basados en la idea de la familia tradicional: heterosexuada, patriarcal y nuclear,¹²⁸ la que limita derechos, discrimina e impone roles y una moralidad particular que en una sociedad democrática no tiene cabida.

Desafortunadamente, los estados que separaron el ámbito familiar del contractual y de obligaciones de sus códigos, no aprovecharon del todo la oportunidad y transfirieron textualmente gran parte de los capítulos, tales como matrimonio y divorcio, filiación, patria potestad. Así, existen códigos muy recientes, con normas que todavía se basan en concepciones napoleónicas.¹²⁹

¹²⁵ Cf. Martha Albertson Fineman, “Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire”, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁶ Ver ejemplos de algunas en Jorge Adame Goddard, “Maternidad sí, aborto no”. <<http://bit.ly/s4c6ZA>>. [Consulta: 2 de noviembre, 2011], o, de este mismo autor, “La reforma del código penal del Distrito Federal que autoriza el aborto del menor de doce semanas”, en *Boletín Mexicano*, México, UNAM-III, septiembre-diciembre, 2007, núm. 120. También de Adame Goddard, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*. México, UNAM, 2004.

¹²⁷ Ver voto particular del Ministro José Ramón Cossío al Amparo Directo en Revisión 1903/2008.

¹²⁸ Es decir, compuesta por el matrimonio de una mujer y un hombre, en donde él es el proveedor y ella la encargada de las tareas del hogar y de las y los hijos.

¹²⁹ En su origen, el concepto de familia, como la gran mayoría de las instituciones del derecho civil, proviene de la tradición del código napoleónico que hinca sus raíces en la tradición aristotélico-tomista, misma que influye en la conformación del derecho canónico que, gracias a la Reforma, escapa hacia el derecho civil. Ello arrastra categorías discriminatorias entre las mujeres y los hombres, entre los padres y los hijos, y entre los hijos, así como entre las personas por su identidad de género o su orientación sexual, mismas que han sido difíciles de erradicar y que hoy aún perviven en las sociedades democráticas. Así, la familia ha estado organizada alrededor de una afiliación sexual entre hombre y mujer, y con ello en la división de roles considerados naturales.

Con el objetivo de hacer tangible el derecho a la igualdad y no discriminación, se debe desterrar, del ámbito del derecho de protección a y en las familias, la idea de que el matrimonio tradicional y patriarcal es su única fuente “natural y legítima”.

Los códigos civiles de las entidades de la república son muy diversos y algunos contienen normas compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos. Sin embargo, en lo general, la materia familiar se encuentra todavía alejada de éstos y prescribe reglas totalmente contrarias a los derechos, a la igualdad y no discriminación, a los avances tecnológicos y a la realidad social.

De tal forma que la recomendación a cada Congreso local es la revisión exhaustiva y profunda de los códigos civiles o familiares, atendiendo al contenido esencial del derecho aquí planteado y tomando en consideración los parámetros siguientes:

- › *Cláusula de no discriminación (artículo 1 constitucional), el principio de igualdad y categorías sospechosas*; cualquier medida tendiente a limitar el disfrute de derechos deberá ser razonable y objetiva, es decir, cumplir con un fin legítimo dentro de un Estado democrático, ser necesaria y adecuada al fin y ser proporcional al bien o valor limitado; este *test* de proporcionalidad debe realizarse en especial cuando la medida limita el derecho en razón de alguna de las categorías que la cláusula de no discriminación del último párrafo del artículo 1 constitucional relaciona de manera ejemplar, más no exhaustiva.
- › *La pluralidad de prácticas familiares y la importancia de proteger la vida familiar*; en vías de evitar la discriminación a las familias y en las familias y dar cumplimiento a la cláusula de no discriminación del artículo 1 constitucional, así como a la normativa internacional, el legislador o legisladora deberá evitar la prescripción de formas o modelos de familia, normas que representan una moralidad particular, asimismo deberá evitar la inclusión de normas que refuercen roles de género dentro de las familias o que prescriban conductas y las sancionen como “buenas”.

El legislador o legisladora deberá atender a la diversidad tanto en la constitución de las familias, como en su organización y conformación. En especial habrá de considerarse la CEDAW y la Convención sobre los Derechos del Niño como pautas para el reconocimiento de la igualdad dentro de las familias. Asimismo, habrán de tomarse en cuenta las declaraciones y recomendaciones para la protección de las personas LGBTTTI y sus familias conforme al modelo normativo óptimo.¹³⁰

- ▶ *El derecho a la libre autodeterminación y a la identidad;* a este respecto, el legislador o legisladora deberá evitar los roles de género dentro de las familias y evitar prescribirlos en la normativa civil. Se deberá privilegiar la autodeterminación, el derecho a la identidad, incluidos los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Para ello deberán tomarse en consideración los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como los de las personas adultas mayores y personas con discapacidad que requieran el apoyo de sus familias.
- ▶ *Perspectiva de género con respecto a los derechos de las mujeres;* es indispensable hacer compatible la normativa en materia familiar con las obligaciones constitucionales e internacionales en materia de género. Deben evitarse los estereotipos prescriptivos y hostiles, revisar la legislación en general para evitar las discrepancias. El sistema hoy, a pesar de ya haber sufrido cambios, continúa representando un modelo en el que la mujer es ama de casa y el marido proveedor. Debe revisarse la normativa civil y hacerla compatible con las normas de igualdad de género, en especial con la CEDAW, pero también tomar en cuenta la interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como de la CIDH y la Corte IDH.
- ▶ *Perspectiva de género con respecto a los derechos de los padres;* si los Estados están obligados a garantizar que la edu-

¹³⁰ Ver el apartado "Derecho a la identidad".

cación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijas e hijos, entonces, deberá adecuarse el sistema normativo para permitir que los padres tengan acceso a las y los hijos, sobre todo los habidos fuera del matrimonio, y legislar en materia laboral para permitir que los padres tengan derechos para cuidar a su progenie, ayudar en las tareas del hogar o encargarse de asuntos familiares cuando sea necesario, así como acceso a guarderías y otras prestaciones laborales relacionadas con el cuidado de la familia, de hijas e hijos, de las personas adultas mayores o familiares enfermos, tareas que tradicionalmente se encomiendan a las mujeres, por ser mujeres. Actualmente, la Ley Federal del Trabajo ya considera una licencia por paternidad (de cinco días laborales), aunque no en igualdad de circunstancias con la de la mujer (como lo dispone para las mujeres el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución), que es de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo.¹³¹ Se entiende que éste es un derecho tanto de las mujeres como de los hombres en tanto ejercicio de su parentali-

¹³¹ Ver también al respecto los artículos 132, fracción XXVII bis, y el 170 de la Ley Federal del Trabajo (ley reformada y publicada el 30 de noviembre de 2012 en la cual se incluye la licencia de paternidad por cinco días con goce de sueldo por el nacimiento de sus hijos y, de igual manera, en el caso de la adopción de un infante; artículo 94 de la Ley del Seguro Social y el 61 del Reglamento de Prestaciones Médicas. Las mujeres tienen derecho a seis semanas antes del parto y seis semanas después, con goce de sueldo. Pudiendo alargarse hasta 60 días más con goce del cincuenta por ciento de su salario. En el ámbito federal, algunas dependencias (Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional de las Mujeres) e institutos fueron precursores en permitir la licencia por paternidad con goce de sueldo a sus trabajadores, así como el Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal o, recientemente, la SCJN. De igual forma, el Distrito Federal (Ley de Igualdad Sustantiva entre Hombres y Mujeres) y Oaxaca (Ley de Paternidad Responsable) lo han permitido. En Estados Unidos se permiten 12 meses de licencia. En Europa la licencia por lo general es compartida con la madre y llega hasta los tres años.

dad que se desprende directamente de diversas normas del artículo 4 constitucional: la igualdad entre hombre y mujer, el derecho a la protección de la familia, el derecho a decidir y los derechos de niñas y niños. Así como también se desprenden de las normas internacionales que garantizan la protección a la familia, la igualdad entre hombre y mujer y la no discriminación por género, junto con la Convención sobre los Derechos del Niño que se ha mencionado exhaustivamente en este texto.

- ▶ *Los estándares universales sobre derechos de niñas y niños*; es indispensable hacer compatible la normativa en materia familiar con las obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes. Revisar y hacer compatibles las instituciones civiles con los derechos de esta población y los principios que permiten su garantía, evitar el paradigma de la situación irregular o asistencialista que pervive en las normas civiles y comprender a niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos. En especial deberá hacerse compatible la legislación civil con la Convención sobre los Derechos del Niño, pero también considerar la interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como de la CIDH y la Corte IDH. Se recomienda que se incluya un apartado sobre la patria potestad y la persona del hijo/hija, de la misma forma que existe un capítulo que regula la patria potestad y los bienes del hijo/hija.
- ▶ *Los estándares universales sobre derechos humanos*; en general tomar en consideración la normativa constitucional e internacional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación en materia familiar, atendiendo a los principios de autodeterminación, derecho a la identidad, diversidad e igualdad y tomando en cuenta la interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como de la CIDH y la Corte IDH

Sugerencias puntuales

- › Se sugiere eliminar o reformular, de manera compatible con el principio de igualdad, las “cláusulas y normas comunes”, así como las “cláusulas y normas aisladas”, relacionadas en el capítulo sobre el modelo normativo vigente, pues implican tratos discriminatorios en contra de las mujeres, las personas con discapacidad o enfermas, los niños y niñas, los y las adolescentes, las personas adultas mayores y el colectivo LGTBTTTI. En ellas se refuerzan y reiteran estereotipos hostiles y prescriptivos que discriminan y representan un trato diferente y arbitrario.
- › Se sugiere utilizar como estándar las “normas modelo” del capítulo sobre el modelo normativo vigente.
- › Se sugiere revisar y evaluar todo el sistema normativo familiar de su entidad y rediseñarlo atendiendo a las recomendaciones de este texto y a los parámetros antes mencionados.
- › Es importante indicar que la revisión a la materia familiar debe ajustarse *siempre* al estricto respeto del derecho a la no discriminación, en especial al artículo 1 de la Constitución mexicana, y a la normativa internacional sobre derechos humanos.

A large, light gray, stylized letter 'F' graphic that serves as a background for the text. It has a thick vertical stem and a horizontal top bar, with a smaller horizontal bar extending from the stem towards the right.

**FUENTES NORMATIVAS
INTERNACIONALES
Y NACIONALES**

Instrumentos internacionales

Organización de las Naciones Unidas (ONU)

- Convención de La Haya sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1996)
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) (artículos 4, 44, 45, 50)
- Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962)
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) (artículo 12)
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) (artículos 9, 16)
- Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero (1966)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (artículos 9, 10, 20, 21, 22)
- Declaración sobre los principios legales y sociales relacionados con la protección y el bienestar de los niños, con especial referencia a sitios de acogida y adopción nacionales e internacionales (1986)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (artículo 16)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966) (artículo 23)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966) (artículo 10)
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo) (2001)

Organización de los Estados Americanos (OEA)

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (1969)
(artículo 17)

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) (1994)
(artículo 6)

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1984)

Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989)

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989)

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994)

Otros instrumentos internacionales

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980)

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2006), artículos 2 y 24.

Jurisprudencia y decisiones relevantes nacionales

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (matrimonio entre personas del mismo sexo y adopción)

Acción de Inconstitucionalidad 11/2009 (reforma constitucional del estado de Baja California que protege la vida desde la concepción)

- Acción de Inconstitucionalidad 62/2009 (reforma constitucional del estado de San Luis Potosí que protege la vida desde la concepción)
- Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (interrupción legal del embarazo)
- Amparo Directo 30/2008 (cambio de criterio respecto de relación de hechos en violencia intrafamiliar)
- Amparo Directo 309/2010 (derechos de los niños. Familias diversas)
- Amparo Directo Civil 6/2008 (transexuales. Autonomía, libre desarrollo de la personalidad e identidad)
- Amparo Directo en Revisión 61/2005 (menores incapacitados. Interés superior del niño)
- Amparo Directo en Revisión 69/2012 (patria potestad)
- Amparo Directo en Revisión 745/2009 (ambos padres responsables del interés superior de los hijos)
- Amparo Directo en Revisión 917/2009 (divorcio exprés)
- Amparo Directo en Revisión 949/2006 (alcances derecho a la igualdad entre hombre y mujer)
- Amparo Directo en Revisión 1013/2010 (divorcio)
- Amparo Directo en Revisión 1092/2009 (protección a la familia)
- Amparo Directo en Revisión 1092/2009 (sucesorio. Carácter patrimonial de las relaciones familiares)
- Amparo Directo en Revisión 1093/2008 (reconocimiento paternidad biológica)
- Amparo Directo en Revisión 1573/2011 (Custodia en igualdad); ver Amparo Directo en Revisión 1529/2003
- Amparo Directo en Revisión 2446/2009 (matrimonio fundado en la voluntad. Divorcio)
- Amparo en Revisión 2/2000 y Amparo Directo en Revisión 1621/2010 (efectos entre terceros de los derechos fundamentales. Comunicaciones privadas)
- Amparo en Revisión 992/2005 (IMSS. Pensión viudez para nietos. Alcance concepto de familia)
- Amparo en Revisión 1147/2008 (pensión viudez para viudo)
- Amparo en Revisión 1780/2006 y Amparo en Revisión 811/2008 (derecho al mínimo vital)

- Contradicción de Tesis 9/2008-PS (alimentos por educación no se extinguen por mayoría de edad)
- Contradicción de Tesis 19/2008-PS (adultos mayores)
- Contradicción de Tesis 21/2006-PL (divorcio)
- Contradicción de Tesis 66/2006-PS (violencia intrafamiliar)
- Contradicción de Tesis 95/96 (parentesco hijos nacidos fuera del matrimonio)
- Contradicción de Tesis 98/2009 (suplencia de la queja en caso de divorcio. Protección a la familia)
- Contradicción de Tesis 132/2008-PS (indemnización por dedicarse al hogar)
- Contradicción de Tesis 152/2011 (paternidad distinta al marido)
- Contradicción de Tesis 154/2005-PS (prueba paternidad)
- Contradicción de Tesis 163/2007 (alimentos. Concubinato)
- Contradicción de Tesis 169/2006-PS (alimentos por educación no se extinguen por mayoría de edad)
- Contradicción de Tesis 225/ 2010 (alimentos nasciturus)
- Contradicción de Tesis 407/2009 (abandono de familia)
- Contradicción de Tesis 490/2011 (compensación en divorcio)
- Solicitud de Modificación de Tesis 9/2005 (violación conyugal)
- Tesis Jurisprudencial No. 130/2007. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo xxvi, diciembre 2007, p. 8, reg. 170, 740. Disponible en <<http://www.scjn.gob.mx/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos1/TesisJurisprudencialesdelPleno/2007/124TJ130-2007.pdf>>. [Consulta: 17 de julio, 2013.]

Tribunales Colegiados de Circuito

- Amparo Directo 224/98 (no es causal de divorcio la incapacidad de la mujer para procrear)
- Amparo Directo 260/2010 (presunción de alimentos a la concubina)
- Amparo Directo 309/2010 (concepto derecho familia. Jurisprudencia por reiteración)

Amparo Directo 442/2006 (alimentos a menores con discapacidad)
 Amparo Directo 536/91 (esposa debe probar la necesidad de alimentos)

Amparo Directo 3536/88 (obligación de la mujer a dar alimentos)
 Amparo Directo 6815/98 (presunción de necesitar alimentos no es exclusiva del cónyuge mujer)

Juzgados de Distrito

Amparo 590/2011-III Juzgado Cuarto de Distrito en Materia del Trabajo en el Distrito Federal contra el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado para la inscripción de cónyuges del mismo sexo del(la) trabajador(a).

Amparo 2256/2010-VI Juzgado Cuarto de Distrito en Materia del Trabajo en el Distrito Federal contra el Instituto Mexicano del Seguro Social para la inscripción de cónyuges del mismo sexo del(la) trabajador(a).

Amparo Indirecto 374/2011-I Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil y del Trabajo en el Estado de Nuevo León contra el Instituto Mexicano del Seguro Social para la inscripción de cónyuges del mismo sexo del(la) trabajador(a).

Jurisprudencia y decisiones relevantes internacionales

Recomendaciones y observaciones generales de los comités de las Naciones Unidas

Observación General No. 16. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. Artículo 17. Derecho a la intimidad. 32º periodo de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988).

Observación General No. 17. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. Artículo 24. Derechos del niño. 35º periodo de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989).

Observación General No. 19. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. Artículo 23. La familia. 39º periodo de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).

Observación General No. 28. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. Artículo 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres. 68º periodo de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).

Recomendación General del CEDAW No. 17 (10º periodo de sesiones, 1991). Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto.

Recomendación General del CEDAW No. 19 (11º periodo de sesiones, 1992). La violencia contra la mujer.

Recomendación General del CEDAW No. 21 (13º periodo de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares.

Dictámenes aprobados por el Comité de Derechos Humanos (ONU)

Balaguer Santacana vs. Spain. Comunicación No. 417/1990. 27 de julio de 1994. CCPR/C/51/D/417/1990.

Hopu & Bessert vs. France. Comunicación No. 549/1993. 30 de octubre de 1995. CCPR/C/55/D/549/1993.

Sandra Fei vs. Colombia. Comunicación No. 514/1992. 26 de abril de 1995. CCPR/C/53/D/514/1992.

CIDH y Corte IDH

- Caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*. Sentencia de la Corte Interamericana del 24 de febrero de 2012.
- Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Sentencia de la Corte Interamericana del 25 de mayo de 2010.
- Caso *Escher y otros vs. Brasil*. Sentencia de la Corte Interamericana del 6 de julio de 2009.
- Caso *Forneron e hija vs. Argentina*. Sentencia de la Corte Interamericana del 27 de abril de 2012.
- Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de la Corte Interamericana del 24 de febrero de 2011.
- Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentencia de la Corte Interamericana del 23 de noviembre de 2004.
- Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de la Corte Interamericana del 27 de enero de 2009.
- Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de la Corte Interamericana del 20 de noviembre de 2009.
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Atala Riffo e hijas vs. Chile* informe 139/09.
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Ma. Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala* (2001). Informe No. 4/01. Caso 11.625.
- Opinión Consultiva OC-17/2002* de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño.
- Opinión Consultiva OC-4/84* del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.
- Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de julio de 2011, medidas provisionales respecto de Paraguay en el asunto L.M.

Corte Europea de Derechos Humanos¹³²

Ahmut vs. the Netherlands. Sentencia de la Corte Europea del 28 de noviembre de 1996.

Anayo vs. Germany. Sentencia de la Corte Europea del 21 de diciembre de 2010.

Berrehab vs. the Netherlands. Sentencia de la Corte Europea del 21 de junio de 1988.

Boughanemi vs. France. Sentencia de la Corte Europea del 24 de abril de 1996.

C. vs. Belgium. Sentencia de la Corte Europea del 7 de agosto de 1996

E. B. vs. France. Sentencia de la Corte Europea del 22 de enero de 2008.

Frette vs. France. Sentencia de la Corte Europea del 26 de febrero de 2002.

Johnston vs. Ireland. Sentencia de la Corte Europea del 18 de diciembre de 1986.

Keegan vs. Ireland. Sentencia de la Corte Europea del 26 de mayo de 1994.

Kerkhoven, Hinke & Hinke vs. the Netherlands. Sentencia de la Corte Europea del 19 de mayo de 1992.

Kroon and others vs. the Netherlands. Sentencia de la Corte Europea del 27 de octubre de 1994.

Marckx vs. Belgium. Sentencia de la Corte Europea del 13 de junio de 1979.

Schalk & Kopf vs. Austria. Sentencia de la Corte Europea del 24 de junio de 2010.

Schneider vs. Germany. Sentencia de la Corte Europea del 15 de septiembre de 2011.

¹³² Existe una gran cantidad de jurisprudencia sobre el tema de la familia desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). Se considera una referencia importante a pesar de que México no forme parte de la Convención Europea de Derechos Humanos. En este sentido, ver José Luis Caballero, "Prólogo", en Juan Silva Meza y Sergio Valls Hernández, *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo*, *op. cit.*, ver nota núm. 55 del capítulo III.

Söderbäck vs. Sweden. Sentencia de la Corte Europea del 28 de octubre de 1998.

Thlimmenos vs. Greece. Sentencia de la Corte Europea del 6 de abril de 2000.

X, Y & Z vs. the United Kingdom. Sentencia de la Corte Europea del 22 de abril de 1997.

B

BIBLIOGRAFÍA

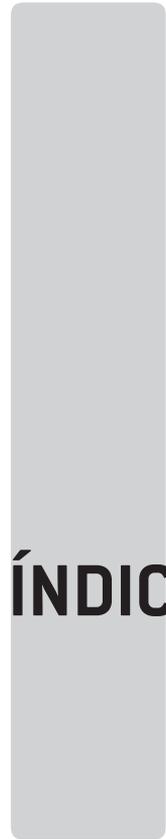
- ALBERTSON FINEMAN, Martha *et al.*, “The Sexual Family”, en M. A. Fineman, J. E. Jackson y A. P. Romero, *Feminist and Queer Legal Theory*. Reino Unido, Ashgate, 2009.
- ALEXY, Robert, “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en *Isonomía*, México, 1994, núm. 1.
- ALSTON, Philip, *The Best Interests of the Child. Reconciling Culture and Human Rights*. Oxford, Clarendon Press Paperbacks, 1994.
- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*. Reino Unido, Polity Press, 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BRENA, Ingrid, *Enciclopedia jurídica mexicana. XII. Personas y familia*. México, UNAM-IIIJ, 2004.
- CABALLERO, José Luis, “Prólogo”, en Juan N. Silva Meza y Sergio Valls Hernández, *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, Porrúa, 2011.
- CABALLERO, José Luis (coord.) y Geraldina González de la Vega (ed.), *Amicus Curiae* dirigida a la SCJN para apoyar las reformas al Código Civil del D. F. sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y adopción de niñas y niños por familias homoparentales. México, Ombudsgay, 28 de junio de 2010.
- CARBONELL, Miguel, *Familia, constitución y derechos fundamentales. Panorama internacional de derecho de familia. culturas y sistemas jurídicos comparados*. Rosa María Álvarez de Lara, coord., México, UNAM-IIIJ, 2006.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “Derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1983, núm. 15, sección de previa.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “Derechos familiares fundamentales. Comparación de los convenios internacionales, americanos y europeos”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de*

- Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2002, núm. 32, sección de previa.
- CHOUHRY, Shazia y Jonathan Herring. *European Human Rights and Family Law*. Oxford, Hart Publishing, 2010.
- COOK, Rebecca J. y Simone Cusack. *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- COSÍO, José Ramón, “Matrimonio, filiación y género, Un pronunciamiento ambigüo”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, enero-diciembre, 2010, núm. 15-16.
- DIDUCK, Alison y Felicity Kaganas, *Family Law, Gender, and the State. Text, Cases, and Materials*. Oxford, Hart Publishing, 2012.
- DIDUCK, Alison y Katherine O’Donovan, *Feminist Perspectives on Family Law*. Nueva York, Glasshouse Book, 2006.
- DOUCET, Andrea, *Do Men Mother? Fathering, Care, and Domestic Responsibility. Fatherhood, Care, and Domestic Responsibility*. Toronto, University of Toronto Press, 2006.
- DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, “Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- ESTLUND, David M. y Martha Nussbaum, (ed.), *Sex, Preference and the Family. Essays on Law and Nature*. Reino Unido, Oxford University Press, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Trotta, 2006.
- FISHKIN, James S. *Justice, Equal Opportunity and The Family*. New Haven, Yale University Press, 1993.
- FRANKE, Katherine, “Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire”, en *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257714>. [Consulta: 18 de junio, 2013.]
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia”, en Rosa Ma. Álvarez de

- Lara, coord., *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados* [en línea]. México, UNAM-IIJ, 2006. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2287/6.pdf>>. [Consulta: 18 de julio, 2013.]
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, “Comentario al artículo 4º. Derecho. La protección a la organización y desarrollo de la familia”, en José Luis Caballero y Eduardo Ferrer MacGregor, (eds.), *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. México, IIJ-UNAM/Fundación Konrad Adenauer (en prensa).
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, “El impacto de Karen Atala y Niñas vs. Chile en el ordenamiento jurídico mexicano” [en línea], en *Métodhos*, revista electrónica de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012, núm 2. <<http://revistametodhos.cdhdh.org.mx/index.php/publicaciones/numero2>>. [Consulta: 18 de junio, 2013.]
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, “El interés superior del niño y la orientación sexual. Dos casos y una propuesta”, en *Derecho en Libertad*, revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, enero-junio, 2011, núm. 6.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina y Alejandro Juárez (coord. y ed.), *Informe Amicus Curiae a favor del caso Karen Atala e hijas vs. Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, Ombudsgay, 17 de mayo de 2011.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Granada, Comares, 2003.
- HUNTER, Rosemary, Clare McGlynn y Erika Rackley (eds.), *Feminist Judgments. From Theory to Practice*. Oxford, Hart Publishing, 2010.
- JACKSON, Emily, *Regulating Reproduction. Law, Technology and Autonomy*. Oxford, Hart Publishing, 2001.
- JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, Vania Karina, “La crisis de la percepción de la familia. Un enfoque de género”, en Jorge Carpizo y Carol B. Arriaga, coords. *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*. México, UNAM-IIJ, 2010.

- KILKELLY, Ursula, *The Right to Respect for Private and Family Life. A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo, Consejo Europeo de Derechos Humanos, 2003. (No. 1).
- MADRAZO, Alejandro, "From Revelation to Creation. The Origins of Text and Doctrine in the Civil Law Tradition", en *Mexican Law Review*, julio-diciembre, 2008, vol. I, núm. 1.
- MINOW, Martha, "All in the Family and In All Families. Membership, Loving, and Owing", en David M. Estlund y Martha C. Nussbaum (eds.), *Sex, Preference and the Family. Essays on Law and Nature*. Reino Unido, Oxford University Press, 1997.
- MOLLER OKIN, Susan, *Justice, Gender, and The Family*. Estados Unidos, Basic Books, 1991.
- MOTTA, Cristina y Macarena Sáez (ed.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008. 2 tt.
- O'REILLY, Andrea, *Twenty-first-Century Motherhood. Experience, Identity, Policy, Agency*. Nueva York, Columbia University Press, 2010.
- PASPALANOVA, Mila (coord.), *¿Cómo medir la violencia contra las mujeres? Indicadores estructurales*. Vol. I. México, OACNUDH y Conavim, 2011.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- ROUDINESCO, Elisabeth, *La familia en desorden*. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, "Persona, derecho y familia. Fundamentos del derecho de la familia". Participación de la ministra en el Congreso Internacional La familia hoy. Derechos y deberes, Ciudad de México, 6 de noviembre de 2003.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007. Disponible en línea: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/2.pdf>>. [Consulta: 17 de julio, 2013.]

- SCLATER, Schelley Day, Fatemeh Ebtehaj y Emily Jackson (eds.), *Regulating Autonomy. Sex, Reproduction and the Family*. Oxford, Hart Publishing, 2009.
- SILVA, Elizabeth y Carol Smart, *The New Family?* Londres, Sage Publications, 1999.
- SILVA MEZA, Juan N. y Sergio Valls Hernández, *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, Porrúa, 2011.
- TAKÁCS, Judit y Roman Kuhar, eds., *Doing Families. Gay and Lesbian Family Practices*. Ljubljana, The Peace Institute, 2011. (Politike Symposion).
- TODD, Emmanuel, *La troisième planète. Structures familiales et systèmes idéologiques*. París, Seuil, 1983.
- VELA, Estefanía, *La Suprema Corte y el matrimonio. Una relación de amor*. México, 2011. Tesis, Instituto Tecnológico Autónomo de México.



ÍNDICE

Índice

Agradecimientos	5
Presentación	7
Introducción general	11
1. Nociones básicas y recomendaciones	15
Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación	17
Naturaleza de la igualdad y no discriminación	17
Definición de discriminación y motivos prohibidos	20
Tipos de discriminación	21
Estereotipos, prejuicios y estigmas	22
Obligaciones del Estado en relación con la igualdad y no discriminación	24
Igualdad de trato e igualdad de oportunidades	25
Medidas positivas o especiales	26
Recomendaciones para legislar con perspectiva de no discriminación y derechos humanos	28
<i>Recomendación 1. Legislar para transversalizar la perspectiva de no discriminación y de derechos humanos</i>	29
<i>Recomendación 2. Conocer y contextualizar las obligaciones señaladas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos</i>	31
<i>Recomendación 3. Utilizar datos confiables y actuales sobre el tema para guiar la actuación legislativa en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos</i>	33
<i>Recomendación 4. Consultar a los principales actores involucrados para guiar la actuación legislativa en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos</i>	33
<i>Recomendación 5. Las iniciativas, dictámenes y minutas deben elaborarse con un lenguaje incluyente, es decir, no sexista y no discriminatorio</i>	34
<i>Recomendación 6: La armonización del derecho interno con los tratados internacionales no sólo se logra a</i>	

través de la repetición de términos o cambios de mera forma en el lenguaje	35
<i>Recomendación 7:</i> Legislar con una perspectiva de género	35
<i>Recomendación 8:</i> Examen tripartito como guía para las legislaturas: legalidad de la medida, fin legítimo de la medida y proporcionalidad en sentido amplio de la medida (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)	37
<i>Recomendación 9:</i> Presupuesto. Asignar y aprobar presupuestos específicos para situaciones particulares de desigualdad	38
<i>Recomendación 10:</i> Supervisar el cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos	39
<i>Recomendación 11:</i> Considerar la incorporación de medidas especiales para atajar las desigualdades como una herramienta para legislar	40
<i>Recomendación 12:</i> Identificar aquello que no puede considerarse como una medida especial	41
<i>Recomendación 13:</i> Utilizar un método de análisis para la armonización legislativa	42
II. Matrimonio y familias	47
Introducción temática	49
Régimen jurídico de la familia en México	50
Condición de aplicabilidad del derecho a la no discriminación	52
Modelo normativo óptimo	59
¿La familia o las familias?	59
Derecho a la identidad	63
Protección a las familias	68
<i>Igualdad en la protección a las familias</i>	68
<i>Derecho a tener y constituir una familia</i>	78
<i>¿Existe un derecho al matrimonio?</i>	88
Igualdad en las familias	91
<i>Derechos de la mujer</i>	93
<i>Derechos de niños y niñas</i>	96

<i>Igualdad de género y derechos de madres y padres</i>	99
<i>Disolución familiar</i>	103
<i>¿Derecho al divorcio?</i>	105
Modelo normativo vigente	108
Cláusulas y normas comunes	109
<i>Cláusula de promoción del matrimonio</i>	109
<i>Cláusulas de edad mínima para contraer matrimonio</i>	110
<i>Cláusula de emancipación</i>	112
<i>Cláusula de repronormatividad</i>	113
<i>Impedimentos para contraer matrimonio</i>	114
<i>Cláusulas de roles en el matrimonio</i>	117
<i>Cláusula de restricción laboral</i>	118
<i>Causales de divorcio</i>	120
<i>Cláusulas que limitan los derechos de las niñas</i> <i>y las jóvenes</i>	122
<i>Cláusulas patriarcales</i>	123
<i>Cláusulas incompatibles con derechos de niños y niñas</i>	128
<i>Comentarios sobre parentalidad y sexualidad en</i> <i>los códigos civiles</i>	129
<i>Cláusula de amplia discrecionalidad en materia</i> <i>de adopción</i>	130
Cláusulas y normas aisladas	131
Normas modelo	134
<i>Derechos de la personalidad</i>	134
<i>Equidad dentro de las familias</i>	134
<i>Derechos de niñas y niños</i>	135
<i>Reconocimiento de familias diversas</i>	135
<i>Divorcio</i>	136
<i>Regulación sobre técnicas de reproducción asistida</i>	136
Diagnóstico y comparación del modelo normativo vigente con el modelo normativo óptimo	137
Propuesta legislativa	139
Sugerencias puntuales	146
Fuentes normativas internacionales y nacionales	147
Bibliografía	159

Matrimonio y familias, tomo II de la colección
Legislar sin Discriminación, se terminó de imprimir
en octubre de 2013 en los talleres gráficos de Impresora y
Encuadernadora Progreso (IEPSA), S. A. de C. V., San Lorenzo 244,
col. Paraje San Juan, del. Iztapalapa, 09830, México, D. F.

Se tiraron 2000 ejemplares.