

Familia homoparental y su derecho a la filiación: Caso estado de Morelos, México

Oscar Samario Hernández¹²

Resumen

Corresponde al Estado Mexicano garantizar la protección de los derechos humanos (DD HH) que la Constitución y los tratados internacionales reconocen. Dentro del catálogo de DD HH que no admiten discriminación se encuentran, entre otros: el género, las preferencias sexuales y el estado civil. Este último incluye al matrimonio entre personas del mismo sexo, en *contrario sensu* el no reconocerlo es atentar contra la dignidad humana, poniendo en el plano de desigualdad los derechos y libertades de las personas. El matrimonio entre personas del mismo sexo es ahora reconocido por el Estado Mexicano y permea hacia el ámbito local en el Estado de Morelos. Empero, existe un desfase entre la legislación federal y la legislación en los diferentes estados del país. En el caso de Morelos los cambios a la legislación han generado un debate público y ha habido una importante movilización y polarización social de grupos en defensa de la familia tradicional, por una parte, así como de grupos que exigen el cumplimiento de las reformas en la ley federal. ¿Qué pasa ante el hecho inusitado en el que se presenta ante la oficina del Registro Civil, el matrimonio homoparental solicitando el registro de su menor descendiente?

Ante la negativa de inscripción del hijo nacido en el seno de matrimonio homoparental, por parte del Registro Civil con sede en Cuernavaca, Morelos, el Juzgado Federal emitió la sentencia, que marca precedente jurídico y obliga a la autoridad a retomar conceptos de Derechos Humanos (DD HH). El Objetivo de este trabajo es analizar el alcance de esta sentencia y su correspondencia hacia el Derecho Internacional Privado, al igual que las tesis aisladas emitidas por la Primera Sala de la SCJN en México.

El estudio abarca el catálogo de DD HH que no admiten discriminación; el género, las preferencias sexuales y el estado civil. La familia homoparental es una realidad socio – jurídica, actualiza los conceptos jurídicos de filiación, familia, no discriminación, identidad, pero sobre todo hacia el Interés Superior del Niño. La filiación jurídica que surge de la familia homoparental, es la Comaternidad, como derecho a la procreación, crianza de hijos, en el matrimonio y hacia la familia.

Este capítulo revisará la legislación internacional, nacional y local en la materia y discutirá críticamente respecto al estudio de caso en aras de contribuir a la reflexión acerca de la desarmonización jurídica en el país y sus regiones, hecho que como veremos, vulnera jurídicamente a personas, familias y comunidades.

Palabra clave: Derecho a la Filiación; Infancias; Interés Superior del Niño; Derecho a la Identidad; Homoparentalidad

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

² Maestro en Derecho y Doctor en Derecho y Globalización, grados académicos en los programas CONACYT PNPC en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; Docente FDyCS UAEM; actualmente en Estancia Posdoctoral CRIM – UNAM; oscar.samario@crim.unam.mx o oscar.samario@uaem.mx

1.- Introducción

Las disposiciones en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en el Libro Segundo del Derecho de Familia refieren que las normas aplicables son de orden público y resultan ser de interés social, de lo cual se desprende que la familia morelense se fundamenta en la relación estable, que les permite tanto la filiación libre, la unión mediante el vínculo del matrimonio ante esto se les reconoce personalidad jurídica.³ Ahora bien para ejercer el Derecho de Filiación como lo estipula el Artículo 188 comprendido en el Capítulo III del Código en referencia, respecto de los hijos nacidos de matrimonio, la prueba de filiación es tanto la partida de nacimiento (Acta de Nacimiento) como el acta de matrimonio de los padres.

En cumplimiento de este precepto, el matrimonio homoparental acude a solicitar ante la Oficialía 01 con demarcación territorial en la Ciudad de Cuernavaca, Morelos para expresar el interés por la obtención del Acta de Nacimiento al que tiene derecho su hijo, según el principio que emana de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4to., párrafo octavo en el que toda persona debe ser registrada de manera inmediata a su nacimiento. En el décimo párrafo se obliga a los ascendientes, para preservar y exigir estos derechos bajo los principios reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, como se verá más adelante.

El presente estudio de caso es la primera respuesta a ese hecho, sobretodo porque la sentencia emitida por la autoridad jurisdiccional federal señalo las garantías constitucionales que la autoridad demandada pretendía con su negativa violentar. Así el pasado 19 de agosto el matrimonio homoparental recibió el Acta de Nacimiento de parte de la Oficialía 01 de la Ciudad de Cuernavaca, Morelos, lo que resulta ser una causa sin precedente en el ámbito jurídico en el Estado de Morelos. Los antecedentes del estudio planteado en el presente texto señalan que, en noviembre del 2019, la pareja solicito la debida inscripción de su menor hijo, a los actos registrales, sin embargo, la Oficialía negó efectuarlo bajo el argumento dispuesto en el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos en el Artículo 439 en relación a que las personas que tienen obligación de declarar ante el Oficial del Registro Civil son; el padre y la madre y el diverso Artículo 441, respecto del contenido del acta de nacimiento. Este artículo se cumplía en la primera parte ya que fue presentado por un matrimonio, pero no se cumplía en el requisito de la imposición del apellido, en primer apellido del padre y el primer apellido de la madre. Ante este hecho el matrimonio inicio el correspondiente juicio de garantías, obteniendo en Amparo y protección de la justicia mexicana, en la sentencia respectiva se señala a la parte demandada el otorgamiento del documento solicitado.

En respuesta, la pareja recurrió al amparo y con asesoría de la Dirección de Diversidad Sexual del Gobierno del Estado Libre y Soberano de Morelos, consiguieron ganar el juicio y

³ Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos. LIBRO SEGUNDO DEL DERECHO DE FAMILIA TÍTULO ÚNICO DISPOSICIONES PRELIMINARES CAPÍTULO I DE LA FAMILIA ARTÍCULO *20.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR. Las normas del derecho familiar son de orden público e interés social.

ARTÍCULO *22.- BASES DE LA FAMILIA MORELENSE. La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, estable entre dos personas y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica. Disponible en; <http://www.marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/codigos/pdf/CFAMILIAREM.pdf>

registrar a su bebé. Expediente Único Nacional 26169971 Amparo Indirecto 1739/2019 Negativa del Oficial del Registro Civil a registrar al menor hijo.⁴

1.1 Familia Homoparental

Este trabajo versa sobre las contradicciones a nivel micro y macro-regional, respecto a temas contemporáneos, sobre aquellas situaciones que competen al orden normativo en el Estado Mexicano y en particular al Estado de Morelos, a lo que Umberto Eco presenta como crítica contemporánea, en la universidad donde priva y se enaltecen los conceptos de ciencia, científicidad, investigación científica, valor científico de un trabajo.⁵

Toda sociedad contemporánea reconoce el marcado contexto sobre el constante cambio de las familias, que apunta a en el mejor de los casos estructuras plurales con menos apego a los cánones tradicionales, sin embargo, esta evolución no sigue el rumbo que la comunidad internacional ha impulsado a los Derechos Humanos, sobretodo en la garantía de igualdad; de todos integrantes de la sociedad en el libre ejercicio de sus Derechos. Estos DD HH se encuentran en el centro de amparo y protección de los cuerpos normativos que deben armonizarse en el ámbito local con el Orden Jurídico Internacional y nacional.

La sociedad es dinámica, dentro de esa dinámica imprime la exigencia de cambio y perfeccionamiento del derecho. Esto es un hecho que pone de manifiesto, en términos modernos, el carácter evolutivo de lo jurídico. El reforzamiento de los DD HH, no sólo en los ámbitos legislativos, sino también en su garantía y efectiva aplicabilidad por parte de los poderes judiciales, lo que representa una considerable muestra de que este impulso del Derecho por tratar, cada vez más, de responder a los nuevos retos de la sociedad y a su nivel de aplicación. Y en la misma línea se encuentra el compromiso de los juzgadores con el perfeccionamiento de la impartición de justicia.

El presente trabajo resalta dentro del catálogo de DD HH, el particular que les deviene a los hijos, la justificación sobre lo anterior es que merecen una particular atención.⁶ Es claro el contenido social reflejado en la riqueza invaluable del producto histórico evolutivo de las ciencias sociales, que provocan la especialización y el establecimiento de nuevas disciplinas, los casos controvertidos en tribunales jurídicos que se presentan en el contexto de la Globalización,⁷ en principio como novedosos por su aparición en cierta latitud, pero que si se analizan en el Derecho Comparado se pueden encontrar casos si no iguales, ni por simple analogía, tienen cierto grado de

⁴ <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/>

⁵ Eco, Umberto, *Cómo de hace una tesis*, Ed. Gedisa, Barcelona España, 8va., reimpr. 2006, pp. 32 – 48 y ss.

⁶ "No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana". Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁷ Marsiske, Renate, *La autonomía universitaria. Una visión histórica y latinoamericana* Perfiles Educativos, vol. XXXII, 2010, pp. 9-26 y ss. Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13229958003> Fecha de consulta; 27 agosto 2019.

afectación social con efectos en la regulación que permiten establecer una prospectiva jurídica en el plano social en el Estado Mexicano.

Es así que toda transformación descrita, analizada y establecida bajo las diversas circunstancias de orden social, las de mayor complejidad como en lo político, las aceptadas en lo ético, las directamente vinculadas al plano social y religioso; para arribar al orden normativo en lo jurídico, que afectan a los derechos de todo integrante de la célula básica – fundamental de la sociedad; la familia.⁸ La contribución académica que el presente estudio investiga, se refleja el grado de afectación, en principio, del Interés Superior del Niño,⁹ en el que una decisión de los integrantes del núcleo familiar hacia los menores, como resulta ser este particular caso en el que el matrimonio homoparental decide presentar a su hijo ante la Oficialía a del Registro Civil para obtener el acta de nacimiento del menor. No necesitando mayor justificación que la de ejercer sus derechos que provienen de su propio ámbito familiar y les competen directamente por ser una de ellas la madre biológica.

En los diversos ámbitos algunos localizados en los extremos como en el Derecho Natural; hijo, hija, o como en lo biológico; padre, madre; estos se unen en categorías jurídicas bajo el concepto de; filiación, por lo que existe coincidencia en la que se aplica la protección integral de a los hijos en un plano de igualdad. Lo que justifica las reformas jurídicas de carácter interno en respuesta a las diversidades de modelos familiares, desde el punto de vista de los derechos del descendiente. Aun cuando existiera una posible contradicción entre lo biológico y el compromiso paterno y/o materno, se requiere encontrar un equilibrio que permita la sana protección del menor bajo los intereses del matrimonio en esta unión homoparental. Es claro que el anhelo de contar con un descendiente llevo a este matrimonio en unidad desde el año de 2017, a contribuir con el auxilio del avance científico al uso de la Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) para justificar este deseo, que se ha constituido y fortalecido sobre los fundamentos de la libertad y los derechos individuales, en principio de quienes deseen ser madre desde el plano biológico y posterior a ello de la pareja a partir del matrimonio válido en el país, para las parejas homoparentales desde el año 2009¹⁰ y en el Estado de Morelos desde el 2017. Es por tanto que la

⁸ Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. PREÁMBULO, Convención de los Derechos del Niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁹ Ídem, Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¹⁰ En el caso de la Ciudad de México está permitida la “sociedad de convivencia” de las parejas del mismo sexo desde el año 2006 y el matrimonio desde 2009. A nivel Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: “La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[l] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”. La Suprema Corte señaló que pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial o con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso a dicha institución a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción fue considerada discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. La Suprema Corte estimó que dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión y “recordó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. CIDH., p. 82

propia Corte Interamericana de Derecho Humanos interactúa de manera subsidiaria con los sistemas de justicia Estatales.

La existencia en el mundo de diversos sistemas jurídicos, parte desde su creación en el particular ámbito de aplicación, es decir, sus orígenes, esto complica su homogenización y es un tema relevante para las Ciencias Regionales. Los tratados internacionales son familias jurídicas, contienen generalidades entre sus fuentes de generación de las leyes, la costumbre, la doctrina, los principios generales del Derecho entre otros, la firma del tratado representa el principio de Derecho Internacional, los pactos deben cumplirse con la solemnidad del acuerdo, asumir la amplia responsabilidad de resolver los posibles conflictos en un ambiente de solución pacífica, de cooperación jurídica, para de esta manera arribar a la aplicación del Derecho a casos particulares.

De lo anterior relativo a los constantes y los más diversos cambios, desde una perspectiva particular en la que se espera que sean estos los cimientos de la Ciencia del Derecho, cuya finalidad sea en el sentido de perfeccionar su adecuada aplicación; se tiene en consideración que estos ocurren de forma sistematizada con mayor frecuencia en la actualidad, en donde los fenómenos de la globalización y las diversas etapas de la modernidad, requieren de constantes actualizaciones, tanto de las normas, leyes, tratados, como de aquellas disposiciones de orden legal, ejemplos como los ya mencionados, deben de igual forma ser analizados de nueva cuenta, siempre que estos sean en función de establecer los beneficios sociales que reclaman las nuevas composiciones y sucesos sociales, en beneficio de las poblaciones y grupos más vulnerables como es el caso del interés superior del menor, de las diversas y variadas culturas que convivimos en el presente, resaltando de manera similar la presente Pandemia COVID – 19, que es motivo de preocupación de la comunidad internacional.

1.2 Derechos Humanos Fundamentales; Filiación

Alrededor del presente estudio, surgen dentro de los Derechos Fundamentales materia de discriminación, por quien de entrada hace referencia a su negativa de notación registral, todo lo relacionado al Derecho de gestación y el principio del interés superior del menor (baste señalar que a este principio lo apuntalan otros derechos nacionales e internacionales y ha sido un derrotero en las discusiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la hora de sentar precedentes en la materia), el derecho a la dignidad de la persona (de la madre, de quien es su pareja matrimonial, de la sociedad matrimonial y del infante), el derecho de toda persona a su integridad física y moral, el denominado *ius nubendi* (el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, que el Estado no puede limitar), el derecho a la vida privada y familiar, el deseo de concebir un hijo, es un derecho, es una libertad de decisión sobre tener descendientes para establecer una familia (este caso jamás vulnera derechos de terceras persona); y se resalta el derecho a la no discriminación por razón de género y orientación sexual.

Todos estos derechos están comprendidos dentro del catálogo que bajo principio reconoce y otorga para su protección la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y son materia de su correcto establecimiento en las Constituciones de los Estados como en el Estado de Morelos; son también establecidos por los tratados Internacionales, vinculados a la comunidad internacional como pactos de DD HH; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de

en versión Word https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm En el caso del Estado de Morelos, el matrimonio entre personas del mismo sexo, se reconoce legalmente a partir de Mayo de 2017.

diciembre de 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979; Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez de 2011; Convención de las Naciones Unidas, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989; entre otros en el que el Estado Mexicano se encuentra vinculado.

Al margen de lo señalado, el pretendido “derecho a la paternidad”, o “derecho a ser padres”, no sintoniza bien con la tesis moderna en relación con la familia, la cual, a diferencia de lo que acontece con la tesis clásica, no está ligada a la procreación, siendo su función, como anteriormente señalamos, potenciar la realización de los derechos fundamentales de los particulares.

Por lo anterior si se vulnera el *ius nubendi*, como resulta ser la negativa a registrar al menos por el matrimonio homoparental y con ello la filiación homoparental que se solicitaba, se parte de la discriminación que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación corrige; el reconocimiento de la filiación, a la mujer no sometida a la técnica de reproducción asistida (la pareja matrimonial homoparental) con respecto al hijo nacido de la mujer con la cual forma matrimonio; en principio del interés superior del menor, del principio de no discriminación por orientación sexual; derecho al respeto personal a su vida privada y familiar; el derecho del matrimonio a fundar su familia libre y responsable.

La negativa del registro de nacimiento de los descendientes nacidos en matrimonios homoparentales continúa siendo analizada por los integrantes del Poder Judicial de la Federación en México, otorgan el amparo y protección de la justicia mexicana, a las personas unidas en matrimonio, entendido como una familia al que el Estado Mexicano se obliga a proteger y garantizar su protección.

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

Por lo que negar esta filiación se vulnera el derecho a la identidad del descendiente (contar con nombre, nacionalidad y filiación) vulnera el derecho humano de protección a la familia, desfavorece al Estado pues deja de fortalecer su célula básica fundante, la familia y el nacimiento de su descendiente entendido como derecho a la reproducción, el derecho de beneficio científico, al de procreación, el derecho a fundar una familia, que establece un lazo de vida familiar. Al negar la inscripción restringe el Estado otros derechos derivados de la filiación; el derecho a la integridad, la seguridad social, educación, ambiente sano, alimentos y derechos sucesorios.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado inconstitucional que el fin del matrimonio sea la procreación, por lo que un adecuado reconocimiento obliga también a la protección de la familia, este matrimonio homoparental es reconocido por el Estado, el no hacerlo es discriminatorio.

La evolución normativa se actualiza a la realidad social se legitima por la correcta interpretación y **son validez** en cuanto adquieren aplicación que beneficie al ser humano en su conjunto.

1.3 México y El Derecho Internacional

Desde una perspectiva regional, resulta de especial consideración el impacto y la influencia del intercambio internacional hacia el derecho, de manera general a los sistemas jurídicos, en un sentido de lo más amplio a los sistemas de derecho civil, de derecho común o de *common law*, de derecho islámico, sistemas de derecho mixto, de derecho consuetudinario y a los sistemas jurídicos socialistas aún vigentes.¹¹

Las Normas Jurídicas Internacionales que constituyen el marco legal del Derecho Internacional Privado, así como los tratados internacionales con las principales formas de llevar a cabo el orden entre las naciones y más específicamente, entre situaciones jurídicas locales y concretas en las cuales se esté en la posibilidad de la aplicación de las normas jurídicas de un Estado u otro, atendiendo a la pluralidad de nacionalidades de los sujetos de la relación jurídica a dirimir. De lo anterior que el estudio del iusprivatismo o Derecho Internacional Privado sea una nueva materia que se encuentra en constante dinamismo a partir de las modificaciones de la realidad internacional contemporánea, así como las adaptaciones a la normatividad aplicable que, en todo caso, aún desde la perspectiva local, se debe ajustar a las condiciones actuales internacionales.

El Derecho Internacional en cuanto a la Internacionalización de los más de 1461 tratados internacionales¹² permea los acuerdos de carácter internacional bajo las normas específicas en una ley reglamentaria; Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dos de enero de mil novecientos noventa y dos.

Así es que el Derecho Interno ha tenido una serie de adecuaciones a fin de proporcionar a los conflictos de carácter internacional soluciones factibles en términos de homologación de criterios normativos acordes a las necesidades determinadas, lo cual es evidente particularmente en materia comercial y civil, en las cuáles mayormente se presentan conflictos de Leyes que requieren de la aplicación de normas jurídicas de carácter internacional. Conceptuar el Derecho Internacional Privado dependerá del contenido, naturaleza y objeto que se le asignen, de aquí que antes de poder establecer una postura definitoria de la materia, se necesario destacar el contenido y objeto de estudio de la misma.

El Derecho Internacional Privado, comprende al estudio de la nacionalidad, de la condición jurídica de los extranjeros, al conflicto de Leyes y al conflicto de jurisdicciones, es una rama del Derecho, establece lo que es su finalidad: ocuparse de las personas en sus relaciones internacionales. Correspondiendo con Carlos Arellano García: El Derecho internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tiene por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta.¹³

Arellano García distingue al Derecho Internacional Privado como conjunto de normas de Derecho Público y orienta su concepto al objeto de sus normas con lo cual termina con mucha claridad el concepto que propone.

¹¹ Hernández Campillo, José Alfredo, *Soberanía y Globalización. En enfoque sistémico*, Porrúa, México, 2008, pp. 65-97

¹² www.sre.gob.mx (810 Tratados Bilaterales y 651 Multilaterales) 26 agosto 2020.

¹³ Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Privado* 15ª. ed., Porrúa, México. 2003, pp. 15 a 31.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ha elevado el interés superior del infante al carácter de norma fundamental. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, ha expresado que el interés de las infancias, debe estar en el centro de cada decisión, incluso en situaciones extremas. Este interés superior del niño debe ser un “*mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria*”.¹⁴

El Interés Superior del Niño es imperativo, es decir no existe ningún supuesto que lo limite o lo condicione a otros ordenamientos, es decir debe en todo momento el de ser considerado como una constante y reiterada obligación de carácter imperativo hacia las autoridades a nivel nacional y local, que deben asumir en su totalidad, toda disposición en concordancia, en el texto íntegro, de la Convención sobre los Derechos del Niño. En cuanto a la protección del menor, inmerso en el seno familiar, los ordenamientos jurídicos de su protección se encuentran dentro del catálogo de los llamados Derechos Sociales, los que parten de los textos constitucionales y los convenios internacionales, de nueva cuenta en el siglo XX. En cuanto a las Declaraciones Internacionales *que impactan directamente en la legislación nacional y en el estudio de caso en el Estado de Morelos*:

Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁵

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de *raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento*, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;¹⁶

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. 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 matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

¹⁴ Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, <http://www.iin.oea.org> Fecha de consulta 24 de agosto 2020.

¹⁵ <http://www.westlaw.es.strauss.uc3m.es> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril 1977 - RCL\1977\893 y suscrita por **México 24 de marzo de 1981**.

¹⁶ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 27 de abril 1977 - RCL\1977\894 www.westlaw.es Fecha 24 agosto 2020.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

También se encuentra regulado a lo largo de cada principio de un total de 10, contemplado en La Declaración de los derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959. Aprobada por unanimidad.¹⁷

En lo que a la República Mexicana se refiere el eje rector, es el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al momento el precepto ha sido reformado en dieciséis ocasiones. La primera de ellas data en la publicación en el Diario Oficial del Federación (DOF) del 31 de diciembre de 1974 y las recientes de 8 de mayo 2020.¹⁸ Los principios contenidos en la redacción actual del artículo son: La igualdad de la mujer y el hombre; la protección de la familia; en cuanto a los descendientes la decisión sobre el número, de una manera responsable, por igual a su esparcimiento; los siguientes son derechos para toda persona: alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, con garantía del Estado mexicano; protección a la salud; medio ambiente adecuado; vivienda digna y decorosa; acceso a la cultura y deporte. Corresponde a la reforma de fecha *12 de octubre del 2011* con las modificaciones y adiciones al contenido de los párrafos sexto y séptimo para garantizar el interés superior de la niñez.

Es a partir de la reforma de constitucional del 7 de abril de 2002 que impone la obligación al Estado de satisfacer las necesidades mínimas de esta población para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Así de esta nueva redacción ***se establece la igualdad de derechos de la niñez para con los adultos*** relatando entre ellos el interés superior del niño. Las políticas públicas y las obligaciones de los que alrededor de los niños están vinculados tanto por razón familiar como por obligación jurídica permiten una adecuada supervisión de la protección de los derechos a su alimentación, salud educación y sano esparcimiento.

De enorme importancia y consideración se debe acudir al análisis de la sesión de 10 de octubre de 2011, en la que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el acuerdo 12/2011 en el que se determinan las bases de la décima Época del Semanario Judicial de la Federación. Dentro de las consideraciones de este acuerdo se consideran, por su importancia las reformas constitucionales de 6 de junio a los artículos 94, 103, 104 y 107, y aquella otra de 10 de junio en la que se modificó el Capítulo I, Título I de la CPEUM en materia de Derechos Humanos, y los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.¹⁹

La primera declaración que consagró los derechos de los infantes fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del infante.

¹⁷ <http://www.oas.org> Fecha de consulta 24 de agosto 2020.

¹⁸ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

¹⁹ <http://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx> Fecha de consulta 24 de agosto 2020

En 1959, ante la necesidad de una directa protección de los derechos de los infantes en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño.²⁰ Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan sólo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan sólo 9 meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990 momento en el que nuestro país quedo legalmente comprometido a observar sus fundamentos.

1.4 Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme a nivel macro-regional de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención.

Esta es la primera convención en defender los derechos de la infancia y establece las consideraciones pertinentes en relación con su familia como se analizará a continuación. No conforme con ser una convención pionera en su materia, nos ofrece la conceptualización del infante, esto con la finalidad de facilitar su identificación y así salvaguardar sus derechos y su interés superior. (Artículo 1º). El interés superior del menor, es una consideración primordial a la que deberá de atender toda autoridad y organismo del Estado. (Artículo 3). En dicha Convención nos indica mediante qué supuestos el menor podrá ser retirado de su familia de origen; el cual, solamente podrá ser decretado cuando sea contrario a su interés superior. Sin embargo, otorga la posibilidad que esté, el menor, pueda estar en contacto con su familia, claro siempre y cuando no afecte o sea contrario a su interés superior del infante. (Artículo 9º).

Los Estados, deberán adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas del menor. Esto con el objeto de reintegrarlo o evitar que ocurran estos hechos ilícitos, que afecten su desarrollo y su vida, así como el proteger al menor incluso de sus padres. (Artículo 11). La Autoridad competente no sólo velará por los derechos del menor, sino también velará porque el menor mismo pueda emitir su voluntad en las situaciones que le rodean. Dicha emisión de la voluntad deberá ser realizada ante la Autoridad competente, y está lo valorará dependiendo de la edad y grado de madurez del infante. (Artículo 12).

El Estado también velará porque la familia del menor, le otorgue un desarrollo óptimo, sin embargo, en los casos que esto no ocurra, el mismo Estado podrá privar al menor de esta familia, obedeciendo su interés superior. Y de ser necesario lo reintegrara, pero a una familia distinta por medio de la figura de la adopción o figuras afines. (Artículo 18 y 20). El Estado también velará porque la adopción y su reconocimiento en diverso Estado sean en cuanto al interés superior del menor, del cual observará que esté interés será la consideración primordial; así como la equivalencia de las salvaguardas del país receptor del menor. (Artículo 21) Estas salvaguardas

²⁰ http://www.un.org/depts/dhl/spanish/children_day/index.html Fecha de consulta: 24 agosto 2020. Este enlace es directamente a la página de la Organización de las Naciones Unidas en donde se pueden consultar los diversos ordenamientos aquí referidos.

tendrán la finalidad de proteger al menor en contra de cualquier abuso o explotación de cualquier tipo en su contra. (Artículo 34).

Esta protección también deberá alcanzar de manera multicultural la protección del menor, impidiendo el secuestro, venta o trata. (Artículo 35). De esta manera el Estado estará obligado a vigilar muy de cerca este tipo de conductas nocivas para el menor. Como medida adicional el Estado, en caso de no ser capaz de evitar dichas conductas, tendrá la obligación de proporcionar las herramientas necesarias para la recuperación del menor, y de esta manera alcanzar el mejor desarrollo y recuperación posible, en atención a su interés superior. (Artículo 39).

Por lo anterior es necesario considerar adecuado precisar que los menores son considerados dentro del grupo vulnerable de la sociedad que, por sus especiales circunstancias, están expuestos a la violación de sus derechos como seres humanos. A ellos y a su respeto están encaminados los esfuerzos de la comunidad internacional. Ella y los Estados en particular tienen una responsabilidad especial a este respecto, no sólo por lo que toca a su protección en general, sino porque deben tender a satisfacer sus necesidades elementales y a proporcionarles una calidad de vida que les permita sustraerlos de actividades peligrosas, así como los abusos, conscientes o inconscientes, a los que están expuestos.

El creciente número de adopciones y los hechos de toda naturaleza que se presentan desde los ámbitos delictivos, privación de la libertad por trabajos forzados, son solo algunos hechos y datos que preocupan a la comunidad internacional.²¹ Ante tal situación, la ONU se dio a la tarea de emitir un documento que se ocupara del problema, en el cual se consagran los derechos fundamentales de los menores de edad. El resultado de esa iniciativa fue la elaboración de la Carta de los Derechos del Niño²² que en México se promulgó el 25 de enero de 1991. A partir de esta fecha, se empezaron a estudiar proyectos de ley y de convenciones internacionales que fueron ampliando los supuestos y particularizando los principios generales de la Carta Inicial.

Muchos países, entre ellos México, se abocaron a modificar sus sistemas jurídicos con objeto de recoger los principios emanados de ese instrumento internacional y de revisar sus propios ordenamientos, para ofrecer sistemas más amplios y efectivos de protección de los menores, atendiendo siempre al principio general de dar prioridad, en todos los casos, al interés y beneficio del menor.

A nivel supra-regional, en el área latinoamericana este esfuerzo se canalizó a través de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho internacional Privado (CIDIPs), bajo el auspicio de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en las que participan, además de los Estados que son parte de las Conferencias, algunos otros que asisten en calidad de observadores o de invitados. En tales foros se muestra el interés no sólo por proteger al menor, sino también por determinar quiénes son menores; pero dar un concepto de menor es una tarea difícil, pues como veremos a continuación, los tratadistas en Derecho Internacional Privado tampoco se han puesto de acuerdo, y ni siquiera en las mismas convenciones internacionales sobre la materia se encuentra unificación de criterios al respecto. Es evidente esta falta de unidad, ya que la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores en su artículo 3 que se transcribe con fiel tenor, establece:

²¹ Triguero G., Laura. “*Algunos temas de Derecho Familiar*” en González Martín, Nuria y Andrés Benot. *Estudios sobre Adopción Internacional*. 1ª. ed., Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México. 2001 págs. 97-109.

²² Carta de los Derechos del Niño. www.unicef.org/ 28 de agosto 2020.

Artículo 3 La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado así como cuáles son los procedimientos y formalidad extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo”²³

En tal sentido, se comprende que la minoría de edad se tomará conforme la declara la ley de la residencia habitual del menor, siguiendo el precepto en derecho internacional, la ley rige al acto, esta ley que puede ser, conforme a la interpretación del artículo transcrito, la ley nacional del menor o la ley de su residencia habitual, la que podría ser la nacional o la de un Estado extranjero; en México ya hemos visto en el apartado anterior que la menor edad se tiene hasta antes de cumplir dieciocho años de edad, de conformidad también con la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.²⁴

La Convención sobre los Derechos del Niño,²⁵ en México la Convención, fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el 10 de agosto de 1990, cuya observancia es obligatoria por expresa disposición del artículo 133 de la Constitución General de la República, y de cuyos artículos 2, 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 se desprende que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido 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, así como la importancia fundamental que tiene el menor de crecer bajo el amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha Convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del menor resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación.

La Organización de Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales sobre el mismo tema, que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, pero, además, se hace hincapié en que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

Es de reconocimiento que en los últimos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado temas relacionados con los derechos de los menores, basa su actuar en la normativa que al respecto establece la Convención Americana de Derechos Humanos y bajo un enfoque integrador y sistemático, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y a otros instrumentos internacionales vinculados con los derechos del niño, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha contribuido de manera clara y oportuna señalando los criterios básicos en torno al contenido de un principio cardinal en materia de derechos del menor, nos referimos al principio del interés superior del menor.

²³ Organización De Los Estados Americanos. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. La Paz, Bolivia, 24 de mayo de 1984, D.O.F. 21 agosto de 1987 en Pereznieta Castro Leonel. Derecho Internacional Privado. Parte General. 7ª. ed., Editorial Oxford University Press, México. 1998, pp. 291-295.

²⁴ Véase texto completo de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>

²⁵ *Convención sobre los Derechos de los Niños*. <http://www.unicef.org/spanish/crc/>

1.5 Interés Superior del Menor

El principio del interés superior del menor considera como elementos claves la dignidad del ser humano y las características propias de los infantes o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el infante, tomando en cuenta la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este principio esencial en materia de derechos del niño, es el cimiento para la efectiva realización de todos sus derechos humanos.

En definitiva, el principio del interés superior del niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. En este orden de cosas, la función judicial – como parte de la estructura estatal – debe tomar en consideración estos criterios propuestos por la jurisprudencia de la Corte I.D.H. especialmente al resolver conflictos donde esté involucrado un niño, niña o adolescente.

Tal es el tema que propone el presente artículo en donde, además de exponer algunos antecedentes, se estudian y analizan las convenciones internacionales generadas en la Conferencia de la Haya Países Bajos sobre Derecho Internacional Privado, así como en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, como principales instrumentos jurídicos internacionales para solucionar adecuadamente la sustracción internacional de menores, y regular el subsecuente procedimiento para la restitución internacional de menores.

Para la generación de acuerdos internacionales como los anteriores, el interés superior del menor o de la infancia, ha permitido que los derechos fundamentales de menores como lo es la conservación, suspensión o pérdida de la patria potestad, alimentos, custodia, régimen de visitas, reconocimiento de paternidad, adopción, tutela, y demás instituciones jurídicas relacionadas, se analicen constantemente.

De esto último debe ser motivo suficiente, como lo es para quienes, interesados en la constante actualización y evolución del derecho como ciencia, cumplir con el objetivo para llegar al exacto conocimiento de lo que representa el interés superior del menor y cuál es su alcance jurídico en diferentes escalas regionales. Se ha hecho mención que la infancia debe desarrollarse dentro de un núcleo familiar y por ende se concibe a la familia como célula básica de la sociedad, para su desarrollo integral. En el presente trabajo la palabra menor es utilizada con y para los niños, las niñas y por ende para los adolescentes, de conformidad con los tratados internacionales como el grupo colectivo vulnerable.

La conceptualización del interés superior del menor y su defensa legal surge en la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Niños de 1989, la cual expone, que este interés será la consideración primordial. El interés superior del menor: es la atención que el Estado debe proporcionar a la infancia para efecto de garantizar su desarrollo integral, tanto físico como emocional, que les permita alcanzar la edad adulta y una vida sana.²⁶

²⁶ Pujol, Rebeca, *Seminario childwatch internacional-México*, http://www.uam.mx/cdi/childwatchnov/ponencias/01_4.pdf, p. 2.

Marina Vargas, nos ofrece el tercer concepto en el que nos dice que es: un concepto jurídico indeterminado y que como tal es precisamente la aplicación en concreto al caso lo que permite dilucidar su contenido, esta aplicación se la dará el juez que haga de la ley.²⁷

Durante el seminario-taller (teoría y práctica de la adopción internacional), impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se contemplaron los siguientes conceptos: 1) la integración familiar, 2) una familia funcional, 3) que el menor reciba un buen trato, 4) una educación, y 5) el no desarraigo del menor de su lugar de origen.²⁸

Otros criterios adicionales, que se deben tomar en cuenta, son: la edad del menor, las circunstancias económicas del adoptante (es), las circunstancias físicas, sociológicas, religiosas. Al interpretar el *interés del menor* hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica.²⁹ Para precisar doctrinalmente la noción interés del menor, su referencia se ha de proyectar a futuro. El menor es una “persona humana en devenir”³⁰ y por lo tanto, en atención a su interés se tendrá que adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad.³¹

1.5 Interés Superior del Menor en el Estado Mexicano

Los Artículos 4º y 133º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en los Artículos 390 del Código Civil para el Distrito Federal (Ciudad de México). Al igual que en la Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, en su Artículo 3 fracción I, señalan puntualmente el Principio del Interés Superior del Menor y su resguardo, comprendidas en el párrafo noveno:

Artículo 4o.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.³²

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un principio de igualdad y seguridad jurídica en torno a la familia al afirmar que: La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá el desarrollo y organización de la familia.

²⁷ Perezniето Castro, Leonel y Jorge Alberto, Silva Silva, “*Derecho Internacional Privado, parte especial*”. Primera Edición, Ed. Oxford, México, D. F., 2000, p. 151.

²⁸ González Martín, Nuria, “*Memorias seminario-taller: teoría y práctica de la adopción internacional*”, en *Revista de Derecho Privado, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva época*, Año I, núm. 3, septiembre-diciembre, México, D. F., 2002, p.34.

²⁹ Herranz Ballesteros, Mónica, “*El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado*”, Primera Edición, Ed. Lex Nova, España, 2004, pág. 53.

³⁰ Rivero Hernández, F., “*El derecho de visita*”, S.N.E., Ed. Bosph, Barcelona, 1996, pág. 156. Citado por Herranz Ballesteros, Mónica, en *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado*, Primera Edición, Ed. Lex Nova, España, 2004, p. 54.

³¹ Vargas Cabrera, B. “*La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*”, S.N.E., Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 4. Citado por Herranz Ballesteros, Mónica, en *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado*, Primera Edición, Ed. Lex Nova, España, 2004, p. 54.

³² Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011.

Analizado esto la garantía establecida en el artículo 4° constitucional implica tres elementos: el primero, que consagra la igualdad entre personas; el segundo, el derecho de los particulares a formar, organizar y desarrollar una familia; y el tercero, el deber del Estado de regular esta actividad de forma que se salvaguarden y se garanticen los derechos de todos los integrantes de la misma. Por otro lado, respecto a la ampliación de la familia y los derechos y obligaciones que de ello derivan, el mismo artículo, como ha sido transcrito las establece.

Con motivo de los compromisos del gobierno mexicano adquiridos a través de los programas nacionales y en particular con respecto a los derechos de la infancia, se han hecho adiciones al artículo 4° constitucional que fundamentalmente se refieren a la protección social que se les debe dar a éstos. Como se ha hecho notar en el comentario al párrafo anterior. Asimismo, se incluye una disposición, la cual se encuentra en el espacio del derecho de familia, en cuanto al ejercicio de la patria potestad y de los derechos y las obligaciones que de ella derivan. Dicha adición se refiere al deber de los padres tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo a un menor de edad en los términos de ley, de garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos sociales –arriba mencionados– a los menores de edad: Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.³³

En este sentido, los dos últimos párrafos de la disposición constitucional se refieren a las obligaciones que el Estado adquiere para adoptar medidas eficaces para proteger a este grupo vulnerable y para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo artículo:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.³⁴

Otro precepto constitucional fundamental es el artículo 1°, que establece de forma clara y precisa el reconocimiento al derecho a la igualdad para todas las personas dentro del territorio nacional, y que debe ser reconocido, respetado y protegido tanto por el Estado como por cada hombre y mujer en el mismo. Esto se plasma en el texto:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.³⁵

El artículo fue reformado y adicionado con un último párrafo en enero de 2001, la redacción que se ha transcrito es la reformada el 10 de junio de 2011 que junto con el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I Del Título Primero, por el *De los Derechos Humanos y sus Garantías*,³⁶ actualiza y da validez formal a los Derechos Humanos y coloca en segundo plano

³³ Párrafo adicionado DOF 07-04-2000. Reformado DOF 12-10-2011

³⁴ Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011

³⁵ Párrafo reformado DOF 10-06-2011

³⁶ <http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm> DOF: 10 de junio 2011. Fecha de consulta 15 de junio 2020.

al antiguo termino de *Garantías*, permaneciendo aquello de la prohibición a la discriminación, como un principio general de igualdad.

Con ello se procuró, igualmente, articular lo local con lo nacional y lo nacional con lo global, al establecer conceptos que guardaran una congruencia con los criterios expresados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, respecto al derecho a la igualdad y a la no discriminación establecidos en los primeros artículos de los mismos, ya que se trata de supuestos indispensables en un Estado de derecho moderno que se considere como democrático, así como de asumir y respetar las políticas internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, considerando que, en la actualidad, las relaciones entre los Estados que forman la comunidad internacional están supeditadas al reconocimiento, respeto y protección de los mismos.

Es así como al señalar que la firme tendencia legislativa en México, ante el reclamo social imperante en el país ha paulatinamente adicionado, modificado, derogado diversos preceptos legales, de conformidad al entorno mundial en el que formamos parte. En la actualidad los tratados internacionales, en donde de manera significativa las sentencias, opiniones, consultas entre otras, con las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, marca una directriz jurídica que deberá ser tomada con una alta consideración por naciones como México. A este último respecto me permito transcribir parte de la opinión consultiva OC – 17/02;³⁷

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

Resultado pues de lo anterior tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) como en la opinión consultiva deberá ser el Estado y la sociedad los encargados de cumplir y preservar los derechos de los niños.

Revisemos para el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³⁸ el cual establece en su artículo 23, que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹ refiere, en su artículo 17, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la misma y el Estado.

La Convención también señala en su capítulo II, de los Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 4°. Derecho a la vida...Artículo 5°. Derecho a la integridad personal...Artículo 7°. Derecho a la libertad personal...Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad...Artículo 19. Derechos del niño 1. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y el Estado. Artículo 24. Igualdad ante la ley 1. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.

³⁷<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

³⁸<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

³⁹<http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos2.htm>

La Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en Título Primero, Disposiciones Generales, establece: Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto; Fracción I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de los mismos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la CPEUM.

El matrimonio de personas del mismo sexo desde su perspectiva jurídica es norma vigente, es da conocer la siguiente consideración, el Estado no tiene justificación para transgredir ni aun invadir las consideraciones que versan en las decisiones personales, de tal consideración también emanan las funciones del Estado, garantizar el bienestar, preservar la vida y el libre ejercicio de sus libertades en un ambiente de paz social, no hay razón para que el Estado actúe pues de manera adversa a ese ordenamiento Constitucional.

Es claro que, al evolucionar la sociedad, evoluciona con ella el Orden Jurídico Internacional e Interno, el concepto de la dignidad humana alcanza en la actualidad el principio jurídico, de amplia visión cultural, resultado de un enfoque constitucional contemporáneo, en la que el Estado Mexicano le protege, le respeta en el ámbito de lo individual, en la conciencia y apego a sus decisiones, es decir no depende de la voluntad del gobernante ni mucho menos por el Estado.

Cualquier intromisión a la vida personal, puede resultar en una violación a sus derechos fundamentales, es por lo anterior que, al considerar las sentencias de la SCJN, respecto de los casos que se trataran en el siguiente apartado, las resoluciones judiciales, los antecedentes respecto del Caso Morelos, denominado en este trabajo, pero que continuaran en referencia a casos si no iguales quizá similares en esencia, pero en el que se ha presentado la discriminación hacia la dignidad de la persona humana en el territorio nacional que son muestra de la desarmonización jurídica en México y sus regiones.

El tema debe analizarse tanto con objetiva responsabilidad como con absoluta libertad, respetando las decisiones individuales y matrimoniales, es decir debe generar en la sociedad plural un ambiente de armonía e igualdad de la sociedad por el Interés Superior del Menor.

1.6 Ciudad de México, Aguascalientes y Morelos

Desde la definición clásica o tradicional del concepto familia hasta la aparición del concepto de familia homoparental, reconocido por el Estado Mexicano como figura jurídica de matrimonio, se considera parte de la sociedad, personas educadas en un mundo contemporáneo, capaces de ampliar el núcleo familiar con hijos bajo se cuidado, educación y responsabilidad social de los adultos hacia los descendientes.

La relación entre el matrimonio homoparental y el descendiente es además de las consideraciones afectivas el vínculo jurídico por hechos biológicos, y/ o de actos jurídico, como es la solicitud de registrar al menor ante el Estado, para obtener su identidad registral.

El Derecho a la identidad como los demás Derechos del menor, no están a consideración del estado civil de los solicitantes, es el Estado quien reconoce la igualdad y dignidad de las personas, en los hijos no se considera las condiciones de su nacimiento; esto en armonía frente al Derecho Internacional y la vinculación del Estado Mexicano.

Las relaciones del matrimonio homoparental y las que existen respecto de su hijo, se encuentran bajo deberes y derechos, la solicitud es para efectos jurídicos, la práctica cotidiana y la convivencia de familia ya está establecida, la filiación, otorga identidad al menor y señala responsabilidad para con él, por lo que, al presentarse socialmente, la familia lo hace en toda la extensión de la relación jurídica, madre, Comaternidad e hijo.

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

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

En la Tesis Aislada 20202481 se refiere a la inconstitucionalidad del artículo 384 un caso en el Estado de Aguascalientes y que agotó todas las instancias procesales, les llevo más de cinco años obtener esta favorable sentencia, en la que señala la SCJN en su Primera Sala, el artículo anterior responde solo a personas heterosexuales, excluye otra posibilidad que pueda presentarse sobre la filiación jurídica, sobre todo la que surja por la familia homoparental esto es la Comaternidad; rechaza una diferencia de genero por orientación sexual, es contraria a la igualdad e impone una desigualdad, vulnera todo derecho a la procreación, crianza de hijos y a establecer la filiación jurídica, comprendidos en y hacia la familia, por lo que el precepto es inconstitucional.

La Tesis Aislada 2020482 relaciona el artículo 384 del Código Civil del Estado de Aguascalientes y su exclusión hacia la Comaternidad, esto es una mujer no puede bajo este articulo reconocer voluntariamente en el acta de nacimiento o en acta especial al hijo de quien comparte el matrimonio homoparental, restringe la protección de los menores de edad, discrimina a la filiación, vulnera el derecho a la identidad, contraviene el artículo 4o. constitucional. La Primera Sala mantiene el criterio de mantener respecto de la filiación jurídica sobre la filiación biológica, la identidad de los se encuentra comprendida en múltiples factores. La Comaternidad, resulta lo más protector y benéfico para el menor; la filiación jurídica junto a las dos personas que asumen para con él los deberes parentales.

La Tesis 2020 483 se refiere a lo siguiente, de al menos dos posibilidades, la donación de gametos y la relación sexual, ambas producen la concepción, aquí se señala únicamente a la primera de ellas, por lo que respecta a la filiación, está en términos generales no se presenta en la legislación, es un contrato de donación por tanto solo surge la filiación del hijo respecto a su madre biológica, la Comaternidad, no desplaza la filiación jurídica paterna, si el hijo nace por medio de una TRHA, la filiación jurídica encuentra sustento en la voluntad procreacional, en el vínculo biológico de la **procreación**.

Conclusiones

El Caso Morelos es una oportunidad que se debe considerar, de cara a las dinámicas de cambio societal, así como por las disparidades en la legislación en el territorio nacional. La familia como institución base de la sociedad ha presentado diversos cambios, por lo que, en aras de favorecer el bienestar de sus integrantes, especialmente del menor, es importante acudir en su oportunidad a valorar tanto los tratados internacionales como las sentencias que los órganos jurisdiccionales emitan para preservar y garantizar el Orden Jurídico Interno y armonizarlo junto al Orden Jurídico Internacional y supra-regional (América Latina y el Caribe).

El Estado Mexicano ha dejado por mucho ser una entidad aislada de la Comunidad Internacional, las reformas que en materia de DD HH se han actualizado en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son reflejo de su garantía y protección hacia todos aquellos localizados en territorio nacional.

La familia homoparental es una realidad socio – jurídica, inmersa en el mundo normativo y contribuye a su actualización respecto de los conceptos jurídicos de filiación, familia, no discriminación, identidad, pero sobre todo hacia el Interés Superior del Menor.

En agosto del 2019 las tesis a las que se refiere este trabajo fueron publicadas en Semanario Judicial de la Federación. El Caso Morelos demandó la intervención de la justicia federal; en noviembre del 2019, y es hasta agosto de 2020 cuando se confirman y valoran todos los argumentos de la solicitud del matrimonio homoparental, para no ser discriminados por la autoridad del Registro Civil.

Ahora, este el caso de Morelos –como en su momento lo fue el de Aguascalientes- sientan importantes precedentes para armonizar la legislación en el territorio nacional en su conjunto en aras de construir una sociedad más justa y equitativa.

Bibliografía

- Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, (2003) México, Porrúa 15ª. ed.
- Eco, Umberto, (2006) *Cómo de hace una tesis*, Barcelona España, Ed. Gedisa, 8va., reimp.
- González Martín, Nuria, “Memorias seminario-taller: teoría y práctica de la adopción internacional”, en *Revista de Derecho Privado*, U.N.A.M., (2002) México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nueva época.
- Hernández Campillo, José Alfredo, (2008) *Soberanía y Globalización. En enfoque sistémico*, México, Porrúa.
- Herranz Ballesteros, Mónica, “El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado”, (2004) España, Primera Edición, Ed. Lex Nova.
- Pereznieto Castro Leonel. *Derecho Internacional Privado, Parte General*. (1998) México, 7ª. ed., Editorial Oxford University Press.
- Pereznieto Castro, Leonel y Jorge Alberto, Silva Silva, “Derecho Internacional Privado, parte especial”. (2001) México, Primera Edición, Ed. Oxford.
- Rivero Hernández, F., “El derecho de visita”, S.N.E., (1996) España, Ed. Bosh.

Triguero G., Laura. “Algunos temas de Derecho Familiar” en González Martín, Nuria y Andrés Benot. Estudios sobre Adopción Internacional. (2001) México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 1ª, ed.

Vargas Cabrera, B. “La protección de los menores en el ordenamiento jurídico”, (2004) España, Primera Edición.

Electrónica

Cillero Bruñol, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, <http://www.iin.oea.org>

Consejo de la Judicatura Federal <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/>

Convención de los Derechos del Niño. <https://www.un.org>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <https://www.corteidh.or.cr>

Gobierno del Estado de Morelos, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos. Disponible en; <http://www.marcojuridico.morelos.gob.mx>

<http://www.cidh.oas.org/>

<http://www.cinu.org.mx/>

<http://www.diputados.gob.mx>

<http://www.oas.org>

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://www.un.org/>

Marsiske, Renate, La autonomía universitaria. Una visión histórica y latinoamericana Perfiles Educativos, vol. XXXII, 2010. Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación Distrito Federal, México, Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13229958003>

Organización de Estados Americanos, <https://www.oas.org/>

Organización de Naciones Unidas, Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990. Disponible en: <https://www.un.org/>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <http://www.westlaw.es.strauss.uc3m.es>

Pujol, Rebeca, Seminario childwatch internacional-México, <http://www.uam.mx/>

Secretaría de Relaciones Exteriores, México www.sre.gob.mx

www.unicef.org/