

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VVAA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
06100 Ciudad de México
Telf.: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1169-974-7
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.

En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 9

Constitución y familia en México: nuevas coordenadas

Ana María Ibarra Olguín*

Sofía del Carmen Treviño Fernández**

* Magistrada del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (Ciudad de México), profesora de Derecho en el Instituto Tecnológico Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y maestra y doctora en Derecho por la Universidad de Virginia. Fue directora general del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN y secretaria de Estudio y Cuenta especializada en derechos humanos en la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar.

** Secretaria de Estudio y Cuenta en la Ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y candidata a doctora (J.S.D.) y maestra en Derecho (L.L.M.) por la Universidad de Yale. Ha sido profesora de derecho constitucional y derecho familiar en el ITAM, IBERO y CIDE e investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

Se ha hablado ya desde hace varios años sobre la constitucionalización del derecho de familia como parte de un fenómeno generalizado de constitucionalización del derecho¹ y del derecho privado.² De manera más reciente, algunos autores han destacado, especialmente en Latinoamérica, un proceso de transformación del derecho de familia a partir de la

¹ En las discusiones sobre neoconstitucionalismo, Riccardo Guastini ha desarrollado la idea de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, para lo cual identifica ciertas características, entre ellas, contar con una Constitución vinculante y rígida que se "sobreinterpreta" y se aplica directamente, garantizada por un control judicial fuerte. *Cfr.* GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009; GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento: concepto y condiciones", *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 153-166. Sobre la constitucionalización del derecho privado ver CALDERÓN VILLEGAS, J.J., *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Bogotá, Temis, 2010; KEMELMAJER de Carlucci, A., "Codificación y constitucionalización del Derecho Civil", en MARTINIC Galetovic, M. D.; RIOS Labbé, S. y TAPIA, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 1193-1213.

² Isabel C. Jaramillo ha identificado debates sobre la constitucionalización del derecho privado que inician desde la década de los años treinta del siglo pasado en relación con la inclusión de derechos sociales en las constituciones. *Cfr.* JARAMILLO, I. C., "The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Canonical Family Law Treatises of Latin America", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, No. 4, 2010, pp. 843-872.

incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y de un desarrollo jurisprudencial que "impregna" el derecho que regula las relaciones familiares.³ Esta transformación implicaría cuestionar las bases de la dogmática del derecho de familia ancladas en una concepción orgánica e ideal y en una distribución desigual de beneficios o derechos en el seno familiar. Este capítulo está inmerso en este debate de las últimas décadas en relación con el derecho de familia en México.

Nos gustaría distinguir entre dos fenómenos diferentes de "constitucionalización". Por un lado, la constitucionalización del derecho de familia puede referirse a la introducción al texto constitucional de temas que impactan el derecho familiar, es decir, la incorporación de cláusulas constitucionales que se refieran a la familia. Por otro lado, también podríamos hablar de la constitucionalización del derecho de familia mediante actividad judicial, esto es, la definición de ciertos conflictos y relaciones familiares en términos de derechos constitucionales a través de decisiones judiciales, principalmente en sede constitucional.

En nuestra opinión, el derecho de familia en México se encuentra en este proceso de cambio desde hace un par de décadas, pero de manera más pronunciada en los últimos diez años. Por esta razón, en estas páginas daremos cuenta de estas transformaciones que no han sido analíticamente sistematizadas en México y que apuntan hacia la constitucionalización. Consideramos que las dos facetas descritas anteriormente nos permiten hablar sobre una nueva relación entre el derecho constitucional y el derecho de familia en México. Por un lado, modificaciones al texto constitucional, incluyendo la incorporación de tratados de derechos humanos, como la Convención de los Derechos del Niño (CDN) o la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación

³ ESPEJO N. y LATHROP F., "Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America", *The Cambridge Companion to Comparative Family Law*, 2019, pp. 128-157. LATHROP F., "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno", *Estudios constitucionales*, Vol. 15, No. 1, 2017; MEYER, D. D., "The Constitutionalization of Family Law", *Family Law Quarterly*, Vol. 42, No. 3, 2008, pp. 529-572.

contra la Mujer (CEDAW), han ensanchado el derecho constitucional que afecta las relaciones familiares. Por el otro, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha tocado todos los temas básicos del derecho de familia y expandido sus fronteras, tanto con la aplicación directa como con el desarrollo de derechos constitucionales (ya sean de fuente nacional o internacional).

Los cambios que describiremos en este capítulo permiten concluir que el derecho de familia no puede entenderse sin tomar en cuenta su nueva relación con el derecho constitucional: los problemas de derecho de familia se han traducido en conflictos entre derechos que tocan las fibras más delicadas de los principios constitucionales: autonomía, libertad e igualdad. Además, conflictos encapsulados en el derecho de familia han contribuido también al desarrollo de la doctrina constitucional de la Suprema Corte.

Ahora bien, consideramos necesario partir de una definición tentativa del derecho de familia para el desarrollo del presente trabajo. Cuando hablamos del derecho de familia nos referimos a la rama del derecho que regula la creación y disolución de las relaciones jurídicas familiares y que determina los derechos y responsabilidades legales derivadas de la situación familiar. Esto significa que el derecho de familia decide quién cuenta como miembro legal de la familia y quién no, cómo se inician y terminan las relaciones jurídicas familiares, y qué significa (legalmente) ser un miembro de la familia.⁴

Bajo esta perspectiva, analizamos la experiencia mexicana de evolución del derecho de familia, pues consideramos que en los últimos diez años ninguna "institución" se ha visto intacta. Para concluir lo anterior, consideramos que existen nuevas respuestas a las preguntas básicas que el derecho familiar ha buscado contestar, a saber, ¿cómo y quiénes integran una

⁴ Aquí retomamos la propuesta de definición de Jill Hasday que desarrolla en HASDAY J. E., *Family Law Reimagined*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

familia? ¿qué derechos y responsabilidades derivan de la relación familiar? Con base en la definición propuesta, el tema central del derecho familiar consiste en dar respuesta a estas preguntas.

Por otra parte, en tanto las normas (en sentido amplio) emitidas por las autoridades —el Estado— son las que determinan la existencia de estos deberes y beneficios legales, nos interesa saber cómo y de qué maneras el derecho estructura la vida familiar y bajo qué tipo de justificación o justificaciones lo hace, esto es, cómo el Estado "interviene"⁵ o determina a la familia. Además, en tanto no solo es el derecho familiar el que influye en este tipo de relaciones, necesitamos saber cómo otros ámbitos del derecho se refieren a la familia y se cruzan con el derecho familiar. Fundamentalmente, queremos saber ¿cómo y para qué interviene el derecho en las familias?

A partir del hallazgo de nuevas respuestas es que podemos hablar de una transformación del derecho de familia. En tanto las respuestas se han dado en clave de derechos constitucionales, podemos hablar de la constitucionalización del derecho de familia, es decir de la influencia de la doctrina constitucional en la regulación de las relaciones familiares.

Pero indagar sobre lo nuevo, necesariamente, nos hace preguntarnos bajo qué paradigma respondía el derecho a estas cuestiones. La literatura especializada en familia ha abordado ya este tema desde diversas perspectivas. Por ejemplo, la literatura crítica habla sobre el "excepcionalismo" del derecho de familia y, principalmente, cuestiona la idea tradicional de la familia como un orden natural o social dado que se refiere a un ámbito privado fuera de las relaciones económicas del mercado.⁶

⁵ Para Francis E. Olsen, "(e)l Estado define a la familia y determina los roles dentro de la familia; no tiene sentido hablar de intervención o no intervención, porque el Estado constantemente define y redefine la familia y ajusta y reajusta los roles familiares." (Traducción propia de OLSEN F. E., "The Myth of State Intervention in the Family", *Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 18, No. 835, 1985, p. 842).

⁶ Alma Beltrán y Puga retoma esta corriente crítica del derecho de familia para hablar sobre México a partir de la literatura estadounidense y del trabajo de Isabel Jaramillo en Colombia. *Cfr.* BELTRÁN y

Para esta visión, el derecho de familia considera como "miembros" solo a aquellos que integran esa familia "ideal" derivada de un orden natural o social, generalmente integrada por un matrimonio entre personas de diferente sexo con hijos. La distribución de los derechos y obligaciones, bajo esta perspectiva, se rige por relaciones de poder jerárquico patriarcal en las que el Estado no debe intervenir por tratarse de relaciones privadas de afecto y solidaridad. Esta es la forma de familia a la que el derecho está dirigida, y por lo tanto, la forma de familia que el derecho constituye.

Otra manera de acercarse al problema es desde lo que Jill Hasday ha llamado los cánones del derecho de familia, en su estudio sobre el tema en Estados Unidos. Por *canon* se refiere a las narrativas mediante las cuales operadores, abogados, jueces y profesores se acercan a la materia y definen cuáles son los textos fundacionales (leyes y sentencias) que guían y dan sentido a su actuación. Si bien esta autora estudia el contexto norteamericano, podríamos trasladar su análisis a nuestra experiencia, en cuanto que también parecen describir nuestro entendimiento del derecho relacionado con la familia.

En su crítica, Hasday se refiere a cinco características que también parecen dar luz a las preguntas iniciales. En primer lugar, el canon del derecho de familia lo describe como un derecho local y estable, que está fuera de la federalización/centralización del derecho. En segundo lugar, el derecho de familia se concibe a sí mismo ajeno a la economía del mercado en tanto prohíbe intercambios económicos en el seno familiar que sí se dan en otros ámbitos. Además, el derecho de familia —dirá el canon tradicional— se distingue del derecho a la seguridad social o del derecho de asistencia social en tanto se refiere exclusivamente a relaciones privadas.

PUGA, A., "La laicidad y el excepcionalismo del derecho de familia en México: Un apunte histórico", *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*. MEDINA, M. J. y CAPDEVIELLE, P. (COORDS.), *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013; HALLEY, J. y RITTICH, K., "Critical Directions in Comparative Family Law, Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism", *American journal of comparative law*, No. 4, 2010, pp. 753-775; HALLEY, J., "What is Family Law? A Genealogy Part I", *Yale Journal of the Law and the Humanities*, Connecticut, Vol. 23, No. 1, 2011.

Finalmente, para Hasday, se pretende sostener que el derecho de familia (ahora ya) prioriza la igualdad de género y el mejor interés de los niños mientras antes no lo hacía, al mismo tiempo que se centra en el matrimonio y la paternidad, dejando de lado otros nexos familiares, como podrían ser hermanos, abuelos, etcétera.⁷

Estos trabajos y otros⁸ insisten en recalcar (y cuestionar) la centralidad del matrimonio para toda la producción normativa en materia de familia, necesaria para sostener la concepción orgánica e ideal en la cual los padres tienen poder completo sobre sus hijos, fuera de la intervención estatal; y en la que es desigual la distribución de las cargas y los beneficios derivados de la relaciones de familia (ya sea, entre hombres y mujeres, entre padres e hijos o entre personas con discapacidad y tutores). Además, esta visión también resalta lo "natural" de la familia, esto es, la centralidad de la procreación, el determinismo de las relaciones biológicas y de los roles de género en la crianza y en el cuidado.

Esta concepción o paradigma —herencia del colonialismo y la codificación—⁹ se reflejó en las "instituciones del derecho de familia", en los códigos y leyes familiares que existen en cada entidad de nuestro país, en los libros de derecho familiar, así como en las mentes de los mexicanos (abogados y no abogados).¹⁰ Esto es, se convirtieron en formas profundamente arraigadas y generalizadas de pensar sobre el derecho de familia y sus principios rectores, que se fortalecieron durante décadas con su repetida invocación. Nuestra postura es que la revisión del derecho familiar, derivada de la incidencia del derecho de los derechos humanos tanto en la creación de leyes como en el desarrollo jurisprudencial, apunta

⁷ Cfr. HASDAY, J. E., *op. cit.*, *supra* nota 4; HASDAY, J. E., "The Canon of Family Law", *Stanford Law Review*, Vol. 57, No. 3, 2004, pp. 825-900.

⁸ SAEZ, M., "Transforming Family Law Through Same-Sex Marriage: Lessons from (and to) the Western World", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 25, pp. 125-196.

⁹ BELTRÁN y PUGA, A., *op. cit.*, *supra* nota 6.

¹⁰ Cfr. WELTI, C., ¡Qué familia! *La familia en México en el siglo XXI*, Encuesta Nacional de Familia, México, UNAM-IJ, 2015.

hacia nuevas respuestas sobre derecho y familia y, posiblemente, hacia un nuevo paradigma de esa relación.

Nos gustaría destacar que este es un primer estudio introductorio para poner en discusión el proceso de cambio del derecho de familia en la Constitución y jurisprudencia mexicanas que describiremos. Esperamos que la reconstrucción que realizamos dé pie a los muchos debates que aquí solo mencionamos brevemente. Así, reconocemos que no puede entenderse la constitucionalización del derecho de familia como un fenómeno independiente de la constitucionalización del derecho en general y del proceso de cambio constitucional en nuestro país. No obstante, la finalidad última de este escrito es que los cambios de los que aquí daremos cuenta permitan partir de un nuevo piso para la construcción de una doctrina propia del derecho de familia que no tenga el mismo punto ciego: el refuerzo de las dicotomías público/privado, familia/mercado o cuidado/trabajo. Tal vez así será posible crear una teorización más sofisticada de la relación entre el derecho y la familia.

Estructuramos este trabajo en tres apartados. En el primero hablaremos de una de las facetas de constitucionalización: los cambios en las normas que elevan a rango constitucional tanto la protección de las relaciones familiares como los principios y derechos que le dan sentido y federalizan debates que se entendían exclusivos del derecho local (I). En segundo lugar, describiremos cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema mexicana ha dado sentido a estas incorporaciones y ha expandido el alcance de ciertos derechos para darles contenido en el derecho de las relaciones familiares (II).

A manera de conclusión, profundizaremos en las preguntas que hemos planteado en esta introducción para sustentar por qué consideramos que podemos hablar de un fenómeno de constitucionalización que, si bien complejiza lo que se entendía por derecho de familia, no lo vacía de contenido. Además, así como el derecho constitucional ha penetrado en el

derecho de familia, el derecho de familia también ha contribuido a desarrollar nuevas doctrinas de derecho constitucional que, a su vez, han permeado otras áreas del derecho (III).

I. La familiarización del derecho constitucional federal: cambios en la ley

Es posible analizar el proceso de constitucionalización con la mirada en los procesos de incorporación al texto constitucional de aspectos que normalmente se relacionan con el derecho de familia, o con el reconocimiento de derechos que necesariamente tendrán un impacto en la regulación familiar. En este apartado, por un lado, analizaremos de manera muy breve cómo la Constitución se ha referido a la familia y, por otro, cómo la incorporación de los tratados internacionales a rango constitucional ha modificado no solo el parámetro de constitucionalidad, sino que también ha motivado la incorporación de nuevos conceptos al texto constitucional que han influido de manera muy importante en el derecho de familia.

Por otra parte, hablaremos de cómo algunas reformas constitucionales han motivado la creación de diversas leyes generales para la protección de ciertos grupos que, si bien no forman parte del derecho constitucional en sentido estricto, federalizan la regulación de ciertos temas que impactan necesariamente el derecho de las relaciones familiares. Lo anterior se vuelve más pronunciado si se reconoce que ciertas áreas del derecho, que no se han considerado como estrictamente "derecho de familia", trascienden a esas relaciones, y son constitucionalmente materia federal o concurrente. El recuento de este proceso permite conocer cómo se ha modificado el derecho de familia en nuestro país a partir de la penetración del derecho de los derechos humanos (a nivel constitucional, internacional o federal), y de una nueva visión sobre la regulación del Estado sobre la familia, en materias no previstas por el código civil.

1. La familia en la Constitución mexicana

Para hablar de la "familiarización del derecho constitucional" o lo que algunos llaman derecho familiar constitucional,¹¹ es necesario traer a cuenta dos aspectos distintos, pero relacionados. La Constitución mexicana, a diferencia de otras constituciones de la región,¹² no regulaba de manera específica a la familia en su texto original. Hasta hoy, la Constitución protege a la familia como principio, pero no regula su creación o disolución ni establece alguna definición. No obstante, múltiples reformas han reforzado esa protección e incorporado otros principios o derechos que gradualmente han impactado en el derecho familiar. En este sentido, la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en la materia es doble; por un lado, se ha utilizado como argumento para modificar el texto constitucional, por ejemplo, en la incorporación del interés superior de la niñez; y, por el otro, en la incorporación de los derechos humanos previstos en tratados internacionales a través de la reforma al artículo 1o. constitucional.

Desde la década de los años ochenta, México ha transitado hacia el reconocimiento e incorporación del derecho internacional, específicamente, hacia el derecho internacional de los derechos humanos, tanto con el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (Corte IDH), como con la suscripción de múltiples tratados. Sin embargo, no fue hasta la reforma constitucional de 2011 que se consolidó este proceso, al introducir como nuevo parámetro de análisis constitucional a las normas contenidas en los tratados internacionales en materia de derecho humanos.

¹¹ Cfr. PRIETO V., M. y PRIETO V., Amanda, "Derecho familiar constitucional", *Revista de investigación en Derecho, Criminológica y Consultoría Jurídica*. Año 9, No. 18, oct. 2015-mar. 2016, pp. 213-217.

¹² Cfr. VILLABELLA-ARMENGOL, C. M., "Constitución y familia. Un estudio comparado", *Dikaion*. Vol. 25, No. 1, 2016, pp. 100-131.

La reforma de derechos humanos, que no solo modificó el primer artículo constitucional, sino que además trastocó de manera fundamental el orden constitucional, permite sostener que múltiples tratados, —como la Convención para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) de 1979, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará) de 1995, o la Convención de los Derechos del Niño (CDI) de 1990—, tienen rango constitucional. El reconocimiento de los derechos ahí contenidos ha modificado el derecho de las relaciones familiares y ha sido un elemento crucial para la construcción jurisprudencial de la materia, como se verá más adelante.

Ciertas incorporaciones a la Constitución han tenido un impacto significativo en la regulación de las relaciones familiares. En primer lugar, la incorporación del interés superior de la niñez, en octubre de 2011, marca el reconocimiento de lo ya desarrollado a nivel internacional y en la jurisprudencia de la Suprema Corte. El primer asunto que puede identificarse en el que se habla del "interés superior del menor" es la contradicción de tesis 106/2004 de la Primera Sala, resuelta en noviembre de 2005. Esta misma reforma añadió, además, la facultad del Congreso Federal para expedir leyes que desarrollaran los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA) de manera concurrente, precisamente, a la luz de su interés superior y de los tratados internacionales en la materia.

Sobre este tema también hay reformas muy recientes en materia educativa, como la inclusión del interés superior de la niñez como principio rector en los servicios educativos de mayo de 2019. Decreto cuya exposición de motivos insiste en la transformación motivada por la Convención de los Derechos del Niño que abandonó el modelo tutelar para dar paso a la visión del niño o niña como "actor social relevante y visible en el espacio público".¹³ En este sentido, el interés superior de la infancia, como principio reconocido textualmente, ha venido a justificar el desarrollo

¹³ CPEUM, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de mayo de 2019.

doctrinal y jurisprudencial, y fungido como uno de los ejes rectores de las transformaciones al derecho de familia.

Por otra parte, en 2014, se incorporó el derecho a la identidad y al registro inmediato después del nacimiento como un derecho necesario para poder ejercer otros derechos, e incluso, se previó en el texto constitucional la gratuidad en la expedición de la primer acta de nacimiento. También, como se verá más adelante, el derecho a la identidad ha influido en el desarrollo de la jurisprudencia sobre derecho familiar. Finalmente, reformas recientes han incorporado la paridad y la perspectiva de género en diferentes ámbitos, desde el educativo hasta el de la representación en cargos públicos.

En este sentido, otro eje rector para la evolución del derecho de familia —aunque no es de reciente reconocimiento constitucional— es el principio de igualdad. En la Constitución mexicana, la igualdad entre "varón y mujer", así como el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, se incorporaron en 1974 como parte de la consolidación de los movimientos feministas de las décadas de los años 60 y 70. En esa misma reforma, se estableció la obligación, que sería desarrollada en la ley, de protección de "la organización y el desarrollo de la familia". Mientras que en 1983 se incorporó el derecho de las familias de disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

En otro aspecto, debemos destacar el artículo 123 constitucional que regula el derecho laboral y la seguridad social en México, pues es el que más menciones incluye de la familia o los familiares y de los únicos preceptos que hablaron sobre familia en la Constitución de 1917, al lado del patrimonio de familia en el artículo 27 y de la prohibición de las injerencias arbitrarias del artículo 16.¹⁴ El artículo 123 abarca desde el derecho de

¹⁴ De la interpretación del artículo 16 constitucional, en relación con el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, en las sentencias recaídas al Amparo directo en revisión 3859/2014 y del Amparo en revisión 208/2016, se reconoció

preferencia para los trabajadores que son "jefes de familia", hasta la extensión de los beneficios médicos y de seguridad social a los miembros de la familia del trabajador y de otros sectores sociales. Es interesante mencionar que la protección a trabajadoras embarazadas, que incluye el descanso pagado en el período inmediato al nacimiento y los recesos para la lactancia, fueron previstos en el texto constitucional original de 1917, y reforzados también en 1974 con la incorporación de la obligación de conservar el empleo y todos los derechos que hubiera adquirido con motivo de la relación de trabajo.

Finalmente, en cuanto a reformas específicas sobre familia en la Constitución, es importante mencionar también las siguientes. Con la reforma constitucional de 2015, sobre justicia penal para adolescentes, se incorporó la reinserción familiar como uno de los fines prioritarios de este régimen en el artículo 18. Además, la reforma en materia de amparo, también de 2011, introdujo la "estabilidad de la familia" como un interés que debe protegerse en estos juicios (artículo 107 constitucional). De manera más importante, el "derecho a la protección de la familia" se reconoció textualmente hasta la reforma de derechos humanos de 2011, en el artículo 29 constitucional, como uno de los derechos que no puede restringirse o suspenderse. Vale destacar que de la exposición de motivos se desprende que el listado de los derechos que no pueden suspenderse fue extraído directamente del artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin duda, la reforma más relevante en relación con el derecho de familia fue la publicada en 2017, a la luz de las reformas de *Justicia Cotidiana* en las que se le otorgaron facultades al Congreso Federal para emitir una legislación única en materia procesal civil y familiar. El tiempo estipulado para emitir el que sería un código único terminó ya hace mucho (en marzo de 2018), y no hay luces sobre cuándo se emitirá la legislación mediante

el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de la familia.

la cual se regirán alrededor de 85% de los procesos judiciales locales¹⁵ y que además servirá como código supletorio para casi todos los juicios del país.

Ahora bien, de las reformas referidas podemos concluir que la Constitución mexicana ha incorporado progresivamente protecciones a la familia o ha previsto derechos que han reconfigurado el derecho familiar. Vale destacar que el texto de la Constitución se reforma con frecuencia, lo que ha llevado a ciertos autores a cuestionar los mecanismos de cambio constitucional mexicano.¹⁶ No obstante, también es posible concluir que, a pesar de lo detallado del texto constitucional, éste no regula de manera específica temas de familia,¹⁷ a pesar de un intento en ese sentido.

Con motivo del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México de 2009, y el posterior desarrollo jurisprudencial que declaraba inconstitucional toda legislación civil que limitara el acceso al matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer, en 2016, el entonces presidente presentó una iniciativa de reforma que "constitucionalizaría"¹⁸ el matrimonio igualitario, con el propósito expreso de establecer una protección constitucional que evitara restricciones injustificadas al derecho de contraer matrimonio.¹⁹ Esto, en el contexto de que a pesar de la jurisprudencia de la Corte, había —y hay, hasta el día de hoy— entidades federativas que no reconocían el matrimonio entre

¹⁵ CIDE, *Informe de resultados de Justicia Cotidiana*, México, CIDE, 2015, p. 16.

¹⁶ Cfr. POZAS LOYO, A., "El procedimiento de la reforma constitucional: un examen crítico", y POU GIMÉNEZ, F., "Las ineficacias legales y políticas del Hiper-reformismo constitucional mexicano", en CASAR, M. A. y MARVÁN, I. (coords.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México (1997-2012)*, México, Taurus, 2014, pp. 13-85.

¹⁷ En contraste, véase, el artículo 42 de la Constitución colombiana, el cap. VII de la Constitución brasileña o el contenido de la Constitución de Ecuador (arts. 67 y ss.) o la de Bolivia (sección VI), entre otras.

¹⁸ La reforma añadiría un párrafo en el que se establecería que el derecho a contraer matrimonio no puede restringirse a ninguna persona mayor de 18 años por motivos relacionados con el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la salud o las condiciones sociales, la religión, las preferencias sexuales o cualquier otra que atente contra la dignidad humana.

¹⁹ JUSTICIA COTIDIANA. "Iniciativa de Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Oficio No. SELAP/300/1175/16, 17 de mayo de 2016.

personas del mismo sexo en su código o ley familiar. Después de una movilización conservadora y religiosa en contra de la iniciativa, la Cámara de Diputados rechazó la propuesta presidencial.

En la respectiva sesión legislativa, algunos miembros de la mayoría sostuvieron que le correspondía a cada estado legislar en materia civil, razón por la cual apoyar la iniciativa iba en contra de la autonomía de los estados.²⁰ Esta conclusión es extraordinaria si se considera que el matrimonio igualitario en ese momento ya había sido reconocido por la Corte mexicana de manera reiterada, y nos muestra cómo es la visión de, al menos algunos, legisladores sobre lo local en materia del derecho de familia. Este acontecimiento da paso al siguiente punto que trataremos en este apartado, que si bien no se refiere a la constitucionalización del derecho de familia, sí a su posible federalización.

2. ¿Derecho familiar federalizado?

En primer lugar, debe reconocerse también que la intervención federal en el derecho que rige las relaciones familiares ya es importante, independientemente de la federalización del derecho, ya sea a través de leyes generales o de decisiones de tribunales federales. Lo anterior, a pesar de la concepción sobre lo "local" del derecho de familia.

La penetración del derecho de los derechos humanos en el derecho de familia no se ha dado únicamente a nivel constitucional. En las últimas décadas se ha dado una expansión importante en el número de leyes y reglamentos de protección de derechos humanos que impactan en el derecho de las relaciones familiares. En primer lugar, las leyes publicadas en 2006 sobre igualdad de las mujeres resultan relevantes. Tanto la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia como

²⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS, Comisión vota en contra de dictamen que proponía matrimonio igualitario, Boletín No. 2517, 9 de noviembre de 2016.

la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres buscaron reconfigurar las relaciones entre hombres y mujeres incluso dentro del hogar. En especial, el desarrollo en temas de violencia familiar (si bien no siempre efectivo)²¹ visibiliza las dimensiones de poder dentro de los hogares y otorga mecanismos de protección para víctimas de violencia. La dimensión "privada" y "local" del derecho de familia parece desdibujarse con la creación de legislación federal que atañe a los derechos de las personas y reconoce la igualdad por razones de género.

Por otro lado, existen leyes que regulan los derechos de ciertos grupos de manera específica, como son: la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores o la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, que en partes se refieren de manera explícita a las relaciones de familia de estos sujetos y a los deberes de protección que se les deben dentro y fuera del entorno familiar. Estas leyes reestructuran también este tipo de relaciones, pues otorgan a los integrantes de una familia derechos frente a los otros miembros familiares, así como frente al Estado, derechos que derivan del reconocimiento de su dignidad y autonomía como personas independientes.

Finalmente, la existencia de un Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o, incluso, de la Ley de Asistencia Social o la Ley General de Salud permite desarrollar la idea de que el derecho de familia no es únicamente aquél previsto en los códigos civiles o leyes familiares, pues existe una dimensión familiar en otras áreas del derecho.²² En el derecho agrario, por ejemplo, la transmisión de derechos ejidales involucra la determinación de relaciones familiares, como sería la preferencia de la esposa sobre los hijos en caso de defunción del ejidatario, sin que hubiera lista sucesoria. En el derecho fiscal o migratorio, el reconocimiento de ciertos beneficios depende también de la determinación legal de una relación familiar.

²¹ Véase, *supra* nota 9.

²² Cfr. HALLEY, J. y RITTICH, K., *op. cit.*, *supra* nota 6.

De manera más relevante, el derecho a la seguridad social, que está legislado a nivel federal de manera general, tiene un efecto muy importante en la distribución de beneficios materiales y de aseguramiento en el seno familiar, e incluso en algunos casos la definición de cuestiones que se considerarían estrictamente materia de derecho de familia son construidas a nivel federal como, por ejemplo, la determinación de cuándo existe un concubinato²³ o si se deben reconocer derechos a las parejas del mismo sexo.²⁴ Entonces, como se mencionó, lo relevante termina siendo a qué nivel de gobierno consideramos que ciertos temas de derecho de familia deben de ser regulados, sin que podamos afirmar, entonces, que "lo familiar es materia local".

En este sentido, cuando hablamos de la constitucionalización del derecho de familia o de la penetración del derecho de los derechos humanos en la regulación de las relaciones familiares, debemos tomar en cuenta tanto las modificaciones constitucionales, ya sea con cambios al texto constitucional o a través de la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como las transformaciones derivadas de leyes generales, cuyo estatus es constitucional a la luz de los límites entre lo que consideramos qué es o no el derecho de familia.

Lo hasta aquí descrito se refiere a las modificaciones a la Constitución Federal y a la emisión de leyes para la protección de derechos humanos que han contribuido a este proceso de constitucionalización. En contraste, la regulación a nivel estatal, en atención a la pluralidad de los

²³ En este sentido, el artículo 130 de la Ley del Seguro Social condiciona el derecho a recibir una pensión de viudez a "la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato". Esta definición de concubinato fue declarada constitucional por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el AR 343/2019, resuelto el 5 de septiembre de 2019.

²⁴ En el amparo en revisión 485/2013, la Suprema Corte determinó que el artículo 84, fracción III de la Ley del Seguro Social leído en su literalidad resultaba inconstitucional. SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 485/2013, 29 de enero de 2014. También, el amparo en revisión 750/2018 de la misma Sala abordó el tema en relación con las pensiones de viudez. SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 750/2018, 9 de enero de 2019.

mismos, se ha modificado a paso mucho más lento. Más bien, la jurisprudencia constitucional ha sido la que ha dado forma y contenido a los derechos humanos dentro de los conflictos de carácter familiar. Como abordaremos en el siguiente apartado, el papel de la Corte mexicana y de los tribunales federales ha sido parte esencial del proceso de constitucionalización.

II. La constitucionalización del derecho de familia: transformación jurisprudencial

En este apartado describiremos cómo la Suprema Corte mexicana, funcionando en Pleno o en Salas,²⁵ ha aplicado los principios contenidos tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales y en las leyes federales, en la regulación de las relaciones familiares; y cómo, a partir de estos principios, ha reconfigurado prácticamente todo el derecho de familia.²⁶ Como hemos señalado, estos ajustes "constitucionales" no han correspondido a una reforma legal de gran calado que deje atrás los paradigmas en la concepción tradicional de la familia, anclada en roles de género y en la idea de que los NNA son sólo sujetos de protección. En ese sentido, la Corte ha tenido que *suplir al legislador ordinario* para resolver los conflictos que surgen de las nuevas coordenadas constitucionales. De igual manera, los casos muestran que, en muchas ocasiones, los conflictos de familia son entre derechos humanos que no admiten soluciones uniformes, sino soluciones basadas en juicios de ponderación.

Haremos un breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte en los distintos ámbitos que informan el derecho de familia. Desde luego, solo

²⁵ Abordaremos principalmente casos de la Primera Sala, por ser los asuntos de familia de su competencia; sin embargo, tanto el Pleno como la Segunda Sala también han desarrollado jurisprudencia sobre interés superior de la niñez o de igualdad por razones de género.

²⁶ Habría que estudiar la labor de los tribunales locales, ya sea, aplicando la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de México y de los tribunales federales, o a partir de innovaciones y criterios propios.

retomamos algunos de los casos que consideramos clave en el proceso de constitucionalización del derecho de familia. Como veremos, la doctrina de la Suprema Corte en materia familiar se ha articulado esencialmente en dos ejes: el interés superior de la niñez y el derecho a la igualdad.

1. Niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos

Partimos del interés superior de la niñez (i) y su proyección en la autonomía de los niños, niñas y adolescentes (ii), para llegar a la tríada —niños, padres y Estado—objeto de estudio, bajo el concepto de responsabilidad parental (iii). Luego, veremos cómo el interés superior de la niñez también dio lugar a una nueva comprensión de la parentalidad que ya no se identifica con el hecho biológico (iv). Esta evolución motivó el que se protegieran todos los tipos de familia y se cuestionaran los roles dentro de la vida familiar.

1.1. Interés superior de la niñez

Sin duda alguna, el principio denominado interés superior de la niñez ha tenido un papel muy importante en el proceso de constitucionalización del derecho de familia. A partir de este principio, muchos temas de familia entendidos tradicionalmente como cuestiones de legalidad se han articulado como conflictos de derechos humanos.²⁷

Como mencionamos, en México, la incorporación expresa de este principio al texto constitucional fue posterior a la interpretación de la Suprema Corte²⁸ que lo encontró implícito en la regulación de los derechos

²⁷ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., "La doctrina de la Suprema Corte sobre el interés superior del niño y su incidencia en el Derecho Familiar", en CASTAÑEDA RIVAS, M. L. (ed.), *Libro homenaje a la jurista Olga Sánchez Cordero*, México, UNAM, 2014.

²⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1187/2010, 1 de enero de 2019.

de los NNA previstos en el artículo 4o. de la Constitución.²⁹ De acuerdo con la jurisprudencia, este principio tiene una función tanto justificativa como directiva. Por un lado, justifica todos los derechos que tienen por objeto la protección de la niñez, y por otro, opera como una directriz para juzgadores, legisladores y autoridades administrativas.³⁰ En tanto directriz, ordena actuar de acuerdo con "lo que es mejor para un niño".³¹

¿Qué significa dar prioridad al interés de la infancia? La Corte ha calificado este principio como un "concepto jurídico indeterminado".³² No obstante, ha dicho que el interés superior del niño impone la necesidad de establecer medidas agravadas o reforzadas a favor de la niñez;³³ y, a partir de ese mandato, ha delineado sus márgenes de aplicación. Así, la jurisprudencia establece, por un lado, una serie de deberes concretos a cargo de los jueces y otras autoridades, y, por otro, criterios que deben

²⁹ CPEUM, Artículo 4o. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

(...)

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

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.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

(...)

³⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1187/2010, 1 de enero de 2019.

³¹ Véase, entre otros, SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 430/2013, 28 de mayo de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3466/2013, 7 de mayo de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3859/2014, 23 de septiembre de 2015, y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2618/2013, 23 de octubre de 2013.

³² Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012, 5 de diciembre de 2012 y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2554/2012, 16 de enero de 2013.

³³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 12/2010, 2 de marzo de 2011.

ponderarse a la hora de decidir cuestiones que involucren los derechos de los niños. En ese sentido, el interés superior del niño se configura como un principio que establece una serie de deberes específicos a la vez que ordena ponderar cuidadosamente las circunstancias particulares de los casos en cuestión.

En cuanto a los deberes del juzgador, la Suprema Corte de México ha establecido la obligación de realizar una amplia suplencia de la queja cuando estén involucrados los NNA;³⁴ la obligación de ordenar el desahogo de las pruebas que sean necesarias para resolver el caso;³⁵ e incluso, *la potestad de recabar pruebas de oficio*;³⁶ y de valorar todo el material probatorio "que está integrado en autos, aun cuando vaya más allá de la *litis* planteada en la demanda".³⁷

Además, la Suprema Corte ha revisado la actuación de las entidades a cargo del cuidado de los niños de forma muy rigurosa.³⁸ En los casos paradigmáticos de *bullying* y madres en reclusión, ha establecido una serie de deberes para todas las autoridades administrativas y particulares que estén involucradas en el desarrollo de los niños. En el primer caso elaboró sobre los deberes de cuidado de instituciones educativas y, en consecuencia, los estándares para acreditar negligencia por parte de las autoridades escolares en atender el fenómeno.³⁹ En ese mismo sentido, la Suprema Corte ha advertido la necesidad de tomar medidas afirmativas que protejan a los menores de posibles actos de discriminación.⁴⁰ En los

³⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 645/2008, 29 de octubre de 2008.

³⁵ SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 496/2012, 6 de febrero de 2013

³⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2539/2010, 26 de enero de 2011.

³⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1187/2010, 1 de enero de 2010 y SCJN, Primera Sala, Amparo directo 2539/2010, 26 de enero de 2011.

³⁸ Al tiempo de indicar estos deberes concretos a cargo de autoridades y jueces, la Corte ha señalado que "el interés superior del menor no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta, en tanto las relaciones familiares son extraordinariamente complejas y variadas". En ese sentido, el juzgador debe valorar las características particulares de cada caso para determinar dónde se ubica el interés superior de la infancia. Así, la Suprema Corte ha ido estableciendo las circunstancias que deben ponderarse en las instituciones que involucran a los NNA. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

³⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo 35/2014, 15 de mayo de 2015, párr. 57-58.

⁴⁰ *Ibidem*.

casos de madres en reclusión se ha remarcado la atención que se debe prestar a la protección del vínculo materno.⁴¹ El deber de proteger a los NNA incluso obliga a las autoridades penitenciarias a valorar la situación de los niños que están bajo el cuidado de las personas en reclusión, al momento de otorgar beneficios preliberacionales.⁴²

En relación con el interés superior de los niños, tanto el cumplimiento de los deberes en concreto establecidos, como el mandato de no establecer soluciones totalizadoras, han sido calificados por la Suprema Corte como "cuestiones de constitucionalidad". La Corte ha entendido que el determinar el contenido del interés superior de la infancia, esto es determinar qué es mejor para los NNA, es una cuestión de constitucionalidad; mientras que, establecer la veracidad de los hechos es una cuestión de apreciación y valoración.⁴³ En esa línea, la interpretación del interés superior de la niñez ha justificado la competencia de la Suprema Corte, permitiéndole estudiar una gran cantidad de asuntos en los que se han reinterpretado muchas instituciones del derecho de familia a la luz de los derechos de los NNA.⁴⁴

En este sentido, los deberes que impone el interés superior de la niñez han generado que los jueces tengan un papel más activo en la resolución de las controversias familiares, pues se les faculta a ir más allá de la *litis* planteada, o incluso, de allegarse de oficio al material probatorio que necesiten para decidir lo mejor para el menor. Esta mayor discrecionalidad judicial ha contribuido a que los asuntos familiares se resuelvan en clave de derechos y, a partir de estos, puedan cuestionarse también las normas de los códigos de familia que estén en tensión con el interés superior del niño.⁴⁵

⁴¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 644/2017, 5 de julio de 2017, párr. 25-27.

⁴² SCJN, Primera Sala, Solicitud de reasunción de competencia 61/2015, 24 de febrero de 2016 y SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 644/2017, 8 de junio de 2017.

⁴³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2539/2010, 26 de enero de 2011.

⁴⁴ ZALDIVAR LELO DE LARREA, A. *op. cit.*, *supra* nota 27.

⁴⁵ *Ibidem*.

1.2. Sujetos completos (no en potencia) y autonomía progresiva de los NNA

Al igual que el interés superior de la infancia, el deber de considerar a los NNA como "sujeto titular de derechos autónomos"⁴⁶ y no solo como sujeto de protección, demandó el reinterpretar muchas de las instituciones familiares a partir de los derechos de la niñez y su agencia autónoma.

En esa línea, en sede jurisdiccional se empezó a reconocer que las niñas, niños y adolescentes son seres autónomos capaces de tomar decisiones por sí mismos. La Suprema Corte ha aplicado paulatinamente esta garantía de dos maneras. En un primer momento, estableció el deber de garantizar la participación de los niños en el proceso.⁴⁷ Al respecto, cabe destacar a los precedentes establecidos por la Primera Sala, de acuerdo con los cuales debe garantizarse que los niños comparezcan al juicio, con la finalidad de que el juez escuche su opinión.⁴⁸ Incluso se ha sostenido que el derecho de los menores para comparecer a juicio es una garantía del debido proceso.⁴⁹ Al mismo tiempo se estableció una serie de requisitos para que la opinión del niño sea recabada de manera adecuada.⁵⁰ No obstante, se indicó que aunque su opinión debe tomarse en cuenta para llegar a una decisión, no es la voluntad del niño la que determina la decisión.⁵¹

Luego, además del derecho de los NNA a participar en los procesos en los que se vean involucrados, la Corte estableció que pueden tomar decisiones por sí mismos conforme vaya aumentando su autonomía. Es decir, se

⁴⁶ FANLO Cortés, I., "Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos. Algunas notas introductorias", en *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, pp. 9-10.

⁴⁷ Véase SCJN, Primera Sala, Amparo directo 30/2008, 11 de marzo de 2009.

⁴⁸ Este derecho se ha desarrollado en las sentencias que resolvieron los siguientes asuntos: *contradicción de tesis 60/2008*, *amparo directo 30/2008*, *amparo en revisión 66/2011*, *contradicción de tesis 70/2012*, *contradicción de tesis 96/2012* y *amparo directo en revisión 2479/2012*.

⁴⁹ Al respecto, véase la sentencia de la Primera Sala, Amparo directo en revisión 2479/2012, de 24 de octubre de 2012.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Véase, entre otros, *Contradicción de tesis 60/2008-PS*; *Amparo directo en revisión 2479/2012*; *Amparo directo en revisión 1674/2014*; *Amparo directo en revisión 2618/2013*; *Amparo directo en revisión 2548/2014*; *Contradicción de tesis 256/2014* y *Amparo directo en revisión 4122/2015*.

incorporó el principio de autonomía progresiva de los NNA. Así, se dijo que en la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Conforme a la doctrina de la Primera Sala, a fin de determinar la capacidad de los niños para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos, es fundamental que los juzgadores realicen una ponderación entre la evaluación de las características propias del niño (edad, nivel de maduración, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor en el corto y largo plazo, entre otras cuestiones).⁵²

Este principio ha sido evaluado en casos de guarda y custodia⁵³ y restitución internacional de menores.⁵⁴ Sin embargo, han sido pocos los asuntos que realmente han puesto en tensión la voluntad parental o del Estado con la de los NNA. En ese sentido, resalta el *amparo en revisión 1049/2017*, en el que se evaluó la oposición de los padres de una niña de seis años a recibir transfusiones sanguíneas para tratar su padecimiento de leucemia por pertenecer a la religión de los Testigos de Jehová. En este precedente no se recabó la opinión de la niña por la situación de urgencia médica que planteaba el caso, sin embargo, se señaló que "el menor de edad podrá decidir qué tratamientos o intervenciones médicas recibir, siempre y cuando ello no afecte derechos de mayor entidad que su propia autonomía, en tanto la misma aún se encuentra en formación".⁵⁵

El principio de autonomía progresiva de los NNA implicó que una serie de normas establecidas en los códigos civiles fueran reinterpretadas por la Suprema Corte. De la misma manera, la Corte ordenó reponer muchos de los procedimientos en los que no fue tomada en consideración la

⁵² Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1674/2014, 15 de mayo de 2015. También, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

⁵³ Amparo directo en revisión 1674/2014, Amparo directo en revisión 2618/2013, Amparo directo en revisión 4122/2015.

⁵⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo 27/2016, 10 de enero de 2018.

⁵⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018.

opinión del menor.⁵⁶ Sin embargo, debido a la presión por zanjar la cuestión en tiempo o frente a otros elementos probatorios, en muchos otros casos se consideró que, a pesar de no haberse escuchado al niño, no conduciría a nada reponer el procedimiento.⁵⁷

En síntesis, tanto el interés superior de la niñez como la paulatina consideración del niño como un sujeto autónomo modificaron las reglas tradicionales del derecho de familia, y abrieron la posibilidad de que los casos que involucraran estos principios fueran evaluados como cuestiones de constitucionalidad. Por otro lado, estos principios implicaron que la relación de las niñas, niños y adolescentes con sus padres o tutores, y la intervención del Estado en las relaciones de familia, se modificara drásticamente. Las personas a cargo de los niños y el propio Estado deben darles a estos prioridad, al tiempo de considerarlos como seres con plena capacidad.

1.3. Responsabilidad parental: triada estado, padres y niños

Aunque consideramos que Lathrop y Espejo tienen razón en cuanto a que el concepto que mejor abarca a las relaciones entre hijos, padres y Estado es el de "responsabilidad parental",⁵⁸ desde nuestra mirada, las instituciones de "patria potestad" y "autonomía familiar" de la doctrina mexicana también sirven para dar cuenta de las relaciones que se dan dentro de esa tríada.

En esa línea, la Corte evolucionó del criterio en el que se consideraba que "la patria potestad era un deber de los padres", a aquel criterio en el que se estableció que dicha institución "es un derecho de los hijos, cuyo interés

⁵⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2479/2012, 24 de octubre de 2012.

⁵⁷ Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4122/2015; Amparo directo en revisión 1674/2014 y Amparo directo en revisión 249/2015.

⁵⁸ Véase LATHROP GÓMEZ, F. Y ESPEJO YAKSIC, N. (coords.), *Responsabilidad Parental*, Chile, Thomson Reuters, 2017.

es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo, la necesidad de la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución".⁵⁹ La posibilidad de vigilancia del cumplimiento de los derechos de los niños ha autorizado intervenciones justificadas a la autonomía familiar, dejando de lado el presupuesto de que la familia era un asunto privado lejano del interés del Estado.

Desde esta nueva concepción se han *articulado los deberes* a cargo de los padres y tutores de los NNA, y las posibilidades de intervención del Estado en el núcleo familiar. Así, es desde los intereses del niño o niña que deben ejercerse los poderes y responsabilidades de los padres. La Corte ha evaluado las causales de pérdida de patria potestad,⁶⁰ el derecho de vistas y convivencias,⁶¹ el derecho de los niños a vivir una vida libre de violencia,⁶² la institución de alimentos,⁶³ entre otros ejemplos. A partir de estos precedentes, la Corte en México entendió que los padres y tutores, más que derechos sobre sus hijos, "tienen la oportunidad excepcional de ser madre o padre, y por lo tanto de velar por el bienestar y la educación de un ser humano"; y que, aunque son ellos quienes guían a los menores, su actuación siempre debe tener como eje el interés superior de la niñez.⁶⁴

Teniendo al interés superior de la niñez como principio, la Suprema Corte autorizó en diversos casos intervenciones del Estado a la autonomía

⁵⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012, 5 de diciembre de 2012; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014, y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 553/2014, 9 de abril de 2014.

⁶⁰ SCJN, Contradicción de tesis 21/2006-PL, 28 de junio de 2007; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012; Amparo directo en revisión 1200/2014 y Amparo directo en revisión 553/2014.

⁶¹ SCJN, Contradicción de tesis 123/2009, Amparo directo en revisión 2931/2012, Amparo directo en revisión 3094/2012 y Amparo directo en revisión 583/2013.

⁶² Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015.

⁶³ Véase, entre muchos otros, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3360/2017, 21 de febrero de 2018; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1388/2016, 1 de febrero de 2017; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 518/2013, 23 de abril de 2014; SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 482/2012, 13 de marzo de 2013.

⁶⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

familiar y desarrolló el derecho a la vida privada familiar. En primer lugar, reconoció la primacía de los padres para tomar todas las decisiones que conciernen al cuidado, la custodia y el control sobre sus hijos, señalando que, para que las relaciones intrafamiliares puedan florecer, la familia debe tener espacio suficiente y estar libre de otras intrusiones.⁶⁵

En segundo término, y a pesar del valor y peso que debe tener la autonomía familiar, la Corte mexicana autorizó que el Estado interviniera en decisiones que en principio sólo le conciernen a la familia —como la educación y salud de los hijos—. Así, autorizó la impartición de educación sexual en las escuelas públicas primarias, a pesar de la oposición de los padres basada en sus creencias religiosas.⁶⁶ También, resolvió que "aunque las decisiones médicas de los padres sobre sus hijos están inicialmente protegidas por un claro campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor (aun cuando ésta no sea necesariamente la intención de los padres)".⁶⁷ Así, en el caso de la niña de seis años, determinó que los padres no podían negarse a que su hija recibiera las transfusiones sanguíneas necesarias para tratar la enfermedad de leucemia, a pesar de que la oposición de los padres tuviera como fundamento sus creencias religiosas.⁶⁸ Bajo esta perspectiva, la Corte ha sostenido que la autonomía familiar no puede ejercerse de un modo contrario al propósito de la institución parental: velar, precisamente, por el bienestar de la niña.

⁶⁵ De acuerdo con la Primera Sala, el derecho a la vida privada y familiar "se configura como una garantía frente al Estado y frente a terceros para que no puedan intervenir injustificadamente en decisiones que sólo corresponden al núcleo familiar. Entre estas facultades se encuentra el derecho de los padres a tomar todas las decisiones concernientes sobre sus hijos, por ejemplo, qué hacer con su tiempo libre, a qué escuela llevar a los hijos, qué nombre poner a sus hijos, entre muchas otras actividades que se manifiestan en la cotidianidad de la vida familiar". SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 208/2016, 19 de octubre de 2016.

⁶⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 800/2017, 11 de octubre de 2017. También SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 203/2016, 9 de noviembre de 2016.

⁶⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018.

⁶⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2162/2014, 15 de junio de 2016.

Sin duda, esta nueva forma de entender la tríada de relaciones entre hijos, padres y Estado, en la que el NNA es un sujeto que merece medidas de protección reforzada al tiempo de ser una persona con plenos derechos, modificó de manera sustantiva las instituciones del derecho de familia. Es entonces a la luz de los derechos del niño y su capacidad plena que deben enfrentarse las controversias que se dan en el marco de la *responsabilidad parental*.

1.4. La función parental ¿quiénes son hijos? El nexo biológico contra la realidad social

El interés superior de la niñez, como un principio que no impone soluciones totalizadoras, modificó el propio concepto de familia así como el entendimiento de quiénes son padres. En ese sentido, la doctrina de la Corte evolucionó de sostener que la realidad biológica definía la parentalidad a considerar también la realidad social de los NNA en correlación. En ese sentido, en oposición a lo establecido en las normas de los códigos civiles, se ha determinado que la relación biológica no necesariamente define en qué núcleo familiar estará mejor un niño.

En un inicio, la Primera Sala identificaba el derecho a la identidad de los NNA con la realidad biológica.⁶⁹ En sintonía con las reglas establecidas en los códigos familiares, reconocía la filiación a quien probara el nexo biológico. Más tarde, entendió que la realidad social puede llegar a configurar la personalidad del niño, por lo que alterar su esquema familiar podría resultar en una afectación a su derecho a la identidad.⁷⁰ No obstante esta posibilidad, la Corte otorgó una presunción a favor del nexo biológico, la cual puede ser derrotada por el interés superior de la niñez.⁷¹

⁶⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1603/2012, 28 de noviembre de 2012.

⁷⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 348/2012, 5 de diciembre de 2012. También, *amparos directo en revisión 2554/2012 y 3486/2016*.

⁷¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016. También, *amparo directo en revisión 139/2017 y amparo directo 34/2016*.

Para determinar en qué supuestos cede el vínculo biológico —estima la Sala— tienen que ponderarse, por un lado, las condiciones en las que ocurrió la separación entre padres biológicos e hijos. En este sentido, es preciso evaluar si los padres dejaron voluntariamente a los niños o si de alguna manera se vieron obligados a ello; si los dejaron en total desamparo o bajo el cuidado de terceros; y si dicha separación se hizo con carácter definitivo o de manera temporal. Por otro lado, debe ponderarse la consolidación de una realidad familiar distinta a la realidad biológica. Es decir, el juez debe evaluar si de acuerdo con las circunstancias del caso, sería perjudicial para el menor desprenderlo del contexto social y familiar en el que ha crecido, y en el que posiblemente ha formado un sentimiento de apego y de identidad.⁷² En estos casos también resulta fundamental la evaluación del tiempo en que el niño o niña ha permanecido al lado de sus padres no biológicos.

Estos parámetros deben evaluarse para determinar la oposición entre la realidad biológica y social de los NNA, cumpliendo con el deber de no establecer soluciones uniformes sino aquellas que atiendan de mejor manera al interés superior de la niñez. Sin embargo, los casos que se presentan en estos contextos son verdaderos "casos difíciles". En un precedente reciente de la Corte, por ejemplo, se planteaba si la madre biológica de una niña podía reclamar su maternidad, luego de tres años de haberla entregado a otra señora, quien la registró como hija biológica suya y no siguió el procedimiento de adopción. De un lado, se argumentaba que reconocer la maternidad social de quien la registró implicaba validar una actuación ilegal, del otro, se sostenía que la niña ya estaba integrada en su nuevo núcleo familiar, donde recibía la atención y cariño necesarios para desarrollarse plenamente. En virtud del interés superior de la niña, la Corte determinó que la parentalidad de la niña correspondía a quienes le habían dado cuidados y afecto como sus padres aunque no

⁷² SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016

guardaran un vínculo biológico con ella.⁷³ Muchos otros casos planteaban de igual manera dilemas muy difíciles de zanjar.

En esa misma línea, la Corte mexicana advirtió que para determinar en qué núcleo familiar estará mejor un NNA, "no deben admitirse especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres". Así, en el *amparo directo en revisión 2618/2013*,⁷⁴ la Suprema Corte resolvió que, cuando se alegue una situación de riesgo basada en que el padre tiene alguna característica especialmente protegida por la Constitución, como podría ser su orientación sexual, su salud, o cualquier otra, deben existir pruebas sobre que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el niño.⁷⁵ La Corte afirmó que: "[...] una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño".⁷⁶

A partir de este tipo de decisiones judiciales, en las que los derechos de las personas se convierten en el centro de análisis, el derecho de familia empezó a convertirse en un campo fértil para reclamos anclados en el principio de igualdad y no discriminación. Es así como se plantearon una serie de casos relacionados, primero, con la asimilación de otras uniones al matrimonio, luego, con el reconocimiento de las familias homoparentales y, finalmente, con la protección de los derechos de las personas trans y personas con discapacidad. Como veremos en la siguiente sección,

⁷³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016.

⁷⁴ En este asunto, la SCJN aplicó la doctrina de la Corte IDH contenida en el caso *Atala Riffo*. consideraron que no existen pruebas científicas de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los progenitores. Por lo que "cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia". SCJN, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 254, párrs. 128 y 129 y notas al pie.

⁷⁵ Véase el *amparo directo en revisión 2618/2013*, que aplica la doctrina de *Atala Riffo*, *supra* nota 15, párrafo 109. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2681/2013, 23 de octubre de 2013.

⁷⁶ Véase página de asunto *amparo directo en revisión 2618/2013*. *Cfr.* *Atala Riffo*, *supra* nota 15, párrafo 111.

el derecho a la igualdad y no discriminación también ha tenido un papel clave en la reconfiguración del derecho de familia.

2. Nuevas familias: la función parental y el distanciamiento de los roles de género

Como se ha señalado, el derecho a la igualdad y no discriminación permitió dar cabida a nuevas formas de familia y a repensar los roles que se dan dentro de ésta. A partir de este derecho, la jurisprudencia se alejó de preconcepciones legalizadas en los códigos y leyes familiares para buscar construir lo que se estimó como las mejores soluciones para los NNA. Se puso en duda, por ejemplo, si los niños están mejor con sus padres biológicos o si representa para ellos algún riesgo tener a padres homosexuales. De la misma manera, empezó a cuestionarse la forma en la que se distribuyen cargas familiares entre hombres y mujeres. Estos nuevos ejes, sin duda alguna, alteraron de forma significativa los constructos tradicionales contenidos en los códigos de familia.

En este apartado analizaremos cómo el reconocimiento de las "nuevas familias" (i) ha transformado quién debe ser considerado como padre (ii) e influenciado también discusiones sobre el género como determinante del rol parental (iv). Finalmente, brevemente daremos cuenta de cómo la jurisprudencia sobre perspectiva de género ha abierto la dimensión económica de la vida familiar (v).

2.1. ¿El alejamiento del matrimonio (heterosexual) como familia ideal?

Un primer paso hacia la igualdad y no discriminación en el ámbito familiar fue la equiparación de los derechos y responsabilidades derivadas del concubinato al matrimonio. En una vasta colección de casos, la Suprema Corte estableció "que el matrimonio y el concubinato son instituciones similares y que es constitucionalmente válido que entre ambas existan

diferencias jurídicas, siempre y cuando dichas distinciones sean objetivas, razonables y justificadas".⁷⁷ En este sentido, sostuvo que los concubinos tienen derecho a recibir alimentos en los mismos términos que las personas casadas.⁷⁸ De igual manera, se extendió el derecho a recibir una compensación económica por el trabajo realizado en el hogar del matrimonio al concubinato;⁷⁹ así como la posibilidad de que los concubinos pudieran ser representantes o tutores en caso de la declaración de interdicción de alguno de ellos.⁸⁰

Este reconocimiento de las uniones de hecho se dio a la par de la protección de las familias homoparentales. En un precedente clave para el derecho a la igualdad, la *acción de inconstitucionalidad 2/2010*, el Pleno de la Suprema Corte determinó la constitucionalidad de las reformas al Código Civil del, entonces, Distrito Federal, que permiten contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Más allá de admitir esta posibilidad, el Máximo Tribunal sentó las bases para una nueva concepción de la familia. La Corte señaló que la Constitución "no alude a un 'modelo de familia ideal' que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación". Se indicó que:

la Constitución tutela a la familia entendida como *realidad social*. Lo que significa que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: *familias nucleares* compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyen a través del matrimonio o uniones de hecho; *familias monoparental* compuestas por un padre o una madre e hijos; *familias extensas o consanguíneas* que se extienden a varias generaciones,

⁷⁷ Cfr. SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 148/2018, 11 de julio de 2012; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 597/2014, 19 de noviembre de 2014; SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4116/2015, 16 de noviembre de 2016, y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 387/2016, 26 de abril de 2017, entre otros.

⁷⁸ SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 148/2018, 11 de julio de 2012.

⁷⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 597/2014, 19 de noviembre de 2014.

⁸⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 387/2016, 26 de abril de 2017.

incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y desde luego también *familias homoparentales* conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos.⁸¹ En este sentido, el Pleno concluyó que en la actualidad la familia se sostiene primordialmente "en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común."⁸² Este precedente permitió que pudieran ser protegidas todas las formas de organización familiar y que, por tanto, no sean admitidas las distinciones injustificadas entre estos grupos. Así, se reconoció claramente que las parejas homoparentales pueden acceder al matrimonio.

Luego, en el *amparo en revisión 581/2012*, la Corte sostuvo que no sólo es constitucional admitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, sino que son discriminatorias las normas que regulan el matrimonio y que impiden que estas parejas puedan acceder a él. Más aún, la Sala sostuvo que "los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de 'separados pero iguales'".⁸³ Con todo, es necesario anotar que algunos de los precedentes que posibilitaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo se anclaron en el derecho al libre desarrollo de la personalidad —ya expuesto en la declaración de inconstitucionalidad de las causales de divorcio— y no en el derecho a la igualdad. En esos casos se razonó que este derecho incluye la posibilidad de casarse y que no es proporcional limitar su ejercicio a las parejas del mismo sexo.⁸⁴

⁸¹ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010.

⁸² SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010 (énfasis añadido, párrafo 250).

⁸³ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 581/2013, 5 de diciembre de 2012, pp. 48-49.

⁸⁴ Cfr. SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010 y SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2018, 19/02/2019. Ver también los *amparos en revisión 457/2010*, *567/2012*, entre otros. Sobre las diferentes formas en la que la Corte ha abordado la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, véase NIEMBRO ORTEGA, R., "Entre el liberalismo y el igualitarismo. Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia

Sin duda alguna, este redimensionamiento de la concepción de la familia, y la comprensión de que todas las uniones, con independencia de sus miembros, merecen igual reconocimiento y protección, cambiaron las coordenadas que articulaban el derecho de familia. De este modo, muchas otras instituciones, como la filiación, adopción, alimentos, compensación, esquemas de seguridad social, entre otras, tuvieron que ser reinterpretadas a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación.

2.2. La función/intensión parental ¿quiénes son padres?

Estos avances en el derecho a la igualdad y no discriminación se proyectaron en los derechos parentales. Además de admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, se estableció que estas parejas pueden acceder al proceso de adopción⁸⁵ y a las distintas técnicas de reproducción asistida.⁸⁶

En la ya citada *acción de inconstitucionalidad 2/2010*, se sostuvo de forma contundente que la preferencia u orientación sexual de una persona constituye una categoría especialmente protegida por la Constitución, de modo que deben justificarse de forma muy robusta las distinciones basadas en esta categoría. Así, a estas personas y parejas no puede negárseles *a priori* la posibilidad de adoptar, en tanto no existe ninguna evidencia que indique que es perjudicial para los NNA crecer en una familia homoparental. Por el contrario, permitir la adopción para estas parejas, posibilita que los niños puedan crecer en una familia.

También, el reconocimiento de todas las formas de familia y de las técnicas de reproducción asistida implicó que las presunciones de materni-

sobre matrimonio igualitario⁹, en *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM-IJ, 2017.

⁸⁵ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, la Tesis de jurisprudencia 1a.J. 8/2017 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, de 27 de enero de 2017 (Reiteración).

dad y paternidad ancladas en el hecho biológico y en el matrimonio resultaran anacrónicas, por decir lo menos. En México, la filiación por cuanto a:

la mujer-madre, la reduce a la prueba del parto (en la práctica, a la presentación de la constancia médica de alumbramiento o documento equivalente para efectos del registro de nacimiento, salvo los casos de investigación de maternidad donde ésta se podrá acreditar con prueba genética); y la filiación respecto del hombre-padre, la sujeta a la presunción legal de paternidad en caso de que el nacimiento se haya producido dentro de un matrimonio; y al reconocimiento voluntario o a la declaración de la paternidad en sentencia judicial, cuando el nacimiento sucede sin que haya matrimonio entre los padres (hombre-mujer), bajo la lógica de que, *la procreación supone la intervención de dos personas de diferente sexo*.⁸⁷

Estas reglas han tenido que ser reinterpretadas por los órganos judiciales de acuerdo con interés superior de la niñez y al reconocimiento de los derechos de paternidad de las parejas del mismo sexo. Con base en el principio de *voluntad procreacional*, la Primera Sala ha permitido el reconocimiento de la filiación de niños gestados a través de técnicas de reproducción asistida. En el *amparo directo en revisión 2766/2015*,⁸⁸ por ejemplo, se le impidió a una mujer reclamar el *desconocimiento de la paternidad* de su ex esposo, debido a que al niño se gestó con el gameto sexual masculino de un donador anónimo (inseminación artificial heteróloga). La Sala estableció que en tanto sí existió voluntad procreacional de la pareja, ninguno de los padres puede retractarse o poner en duda el vínculo filial.

Recientemente, en el *amparo en revisión 553/2018*,⁸⁹ la Sala sostuvo que un matrimonio de dos varones podía reconocer como hija suya, a una

⁸⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019, pp. 51-52.

⁸⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017.

⁸⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018.

niña procreada a través de la técnica de reproducción asistida conocida como "vientre subrogado", en la que uno de ellos aportó el gameto sexual masculino, con la participación de una mujer que aceptó gestar el embrión formado por fecundación *in vitro*, con la aportación del gameto sexual femenino de una donante anónima. En este caso, se indicó que era imperativo definir la filiación de la niña, pues la ausencia de regulación sobre el tema no podía ser un impedimento para el reconocimiento y protección de sus derechos, con independencia —se precisó— de las observaciones de orden bioético y jurídico respecto de la técnica llamada "maternidad subrogada", "gestación subrogada o por sustitución" o "útero subrogado". Así, sin pronunciarse sobre la validez constitucional de la técnica específica, la Sala resolvió que lo importante era proteger el interés superior de la niña y, en consecuencia, debía reconocerse la filiación.

Finalmente, en el *amparo en revisión 852/2017*, la Sala reconoció la co-maternidad de una pareja de dos mujeres, en un caso donde el niño nació de una relación sexual entre una de las mujeres y un tercero. Se determinó que basta la manifestación de voluntad de la pareja de la madre biológica en reconocer al niño para determinar la filiación, con todo lo que ello implica. La Corte dejó a salvo los derechos del progenitor de reclamar la paternidad, sin embargo, señaló que "al ser una hipótesis posible *pero de incierta realización*, no puede ser apta para impedir que la pareja de la madre biológica reconozca al menor de edad."⁹⁰

Pocos son los casos en los que se han abordado preguntas sobre técnicas de reproducción asistida y sobre la manera en la que se determina la filiación, no obstante, consideramos que en tanto estas técnicas se usen de manera más frecuente o transparente, la Corte inevitablemente tendrá que resolver sobre su constitucionalidad⁹¹ y, nuevamente, el rezago en la acción legislativa en estos temas complican la actividad judicial. Además,

⁹⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019, p. 72.

⁹¹ Por ejemplo, se encuentra pendiente de resolver la *Acción de inconstitucionalidad 16/2016* relacionada con la regulación de técnicas de reproducción asistida en Tabasco.

como Lathrop y Espejo⁹² han precisado, preguntas sobre "multiparentalidad" han sido rechazadas hasta ahora por la Corte mexicana, no obstante, este tipo de casos abren nuevos caminos sobre filiación y parentalidad de los que la jurisprudencia tendrá que hacerse cargo.

2.3. El alejamiento del determinismo por razones de género

La protección de todas las formas de familia, así como la necesidad de contemplar la realidad social de los NNA, y no sólo el hecho biológico al momento de establecer su filiación, modificaron no sólo el quiénes pueden ser padres, sino también la función y rol que éstos tienen dentro del seno familiar. Bajo estos cambios, la Corte se ha alejado del paradigma tradicional reflejado en las normas de los códigos familiares y en otros ordenamientos que afectan principalmente a la mujer.

En el *amparo directo en revisión 2655/2013* se introdujo el deber de utilizar la perspectiva de género cuando se advierta una situación de asimetría de poder entre un hombre y una mujer. En este sentido, la Corte ha sostenido que en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta debe ser tomada en cuenta a fin de visibilizar si esa situación incidió en la forma de aplicar el derecho al caso concreto.⁹³ La perspectiva de género ha sido una herramienta metodológica muy poderosa al permitir cuestionar la neutralidad del derecho y la forma de valorar los hechos.

La Corte ha aplicado esta perspectiva en un gran número de casos, y su uso se ha extendido más allá del derecho familiar. En esa lógica, se consideró a la violencia intrafamiliar como un ilícito constitucional que puede

⁹² ESPEJO N. y LATHROP F., *op. cit.*, pp. 147-148., *supra* nota 3. Ellos se refieren a lo resuelto en la *contradicción de tesis 154/2005*. SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 154/2005-PS, 18 de octubre de 2006.

⁹³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013.

generar responsabilidad civil, y cuyas consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación.⁹⁴

El cuestionamiento de los roles de género también se observa en los precedentes en los que la Corte realizó una interpretación conforme de aquellas normas que establecían que, una presunción a favor de la madre al momento de determinar a quién corresponde la guarda y custodia de los niños menores de 10 años. Señaló que estas normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, *per se*, la persona más preparada para tal tarea. Esta resolución fue muy controvertida pues al tiempo de indicar la importancia de la presencia de la madre en los primeros años de vida, se señaló que "no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos", por lo que debe otorgarse la guarda y custodia de acuerdo a lo que sea mejor para el menor.⁹⁵

Ahora, en cuanto a la dupla mujer-madre, no podemos dejar de mencionar los casos que ha resuelto la Corte sobre aborto, en tanto hablan sobre la concepción de la "obligatoriedad" de la maternidad que todavía prevalece en el orden jurídico y que desconoce a la mujer como un sujeto autónomo. Al respecto, podríamos concluir que el tribunal no ha presentado una postura consistente en la materia, ya que, esencialmente, se ha dejado bajo la competencia de las entidades federativas la posibilidad de

⁹⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018.

⁹⁵ Se indicó que "es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre", no sólo en cuanto "a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro". SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1573/2011, 7 de marzo de 2012. Véase, también, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2159/2012, 24 de abril de 2013.

penalizar la interrupción del embarazo motivado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, aquél que se realiza sin tener que acreditar ninguna circunstancia excluyente de responsabilidad. En este sentido, por un lado, se estimó constitucional la despenalización de la interrupción legal del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación en la Ciudad de México, antes Distrito Federal,⁹⁶ y por el otro, se validaron las reformas a las constituciones estatales que protegen la vida desde la concepción (ante la falta de una mayoría consolidada).⁹⁷ Al mismo tiempo, la Corte también ha emitido decisiones en las que ha reforzado las protecciones para que las mujeres tengan acceso a la interrupción legal del embarazo en casos de violación⁹⁸ y cuando está en riesgo la salud o vida de la mujer embarazada.⁹⁹

Finalmente, con relación a los roles de cuidado, la Corte también se ha pronunciado respecto a disposiciones que, si bien no estaban contenidas en los códigos familiares, sí tienen un impacto directo en la vida familiar.¹⁰⁰ De este modo, por ejemplo, la Segunda Sala determinó la inconstitucionalidad de la legislación en materia de seguridad social que impedía a los hombres acceder al servicio de guarderías, pues negar este acceso implica validar que si no es la mujer quien solicita el servicio, entonces, es ésta quien debe estar al cuidado de los hijos, lo que la Sala estimó que refuerza estereotipos de género.¹⁰¹ Así también, en cuanto a la aplicación

⁹⁶ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 10/2000, 30 de enero de 2002.

⁹⁷ Véase, SCJN, Pleno Acción de inconstitucionalidad 11/2009, 28 de septiembre de 2011 y SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 62/2009, 29 de septiembre de 2011.

⁹⁸ Véase, SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 601/2017, 4 de abril de 2018 y SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 1170/2017, 18 de abril de 2018.

⁹⁹ Véase, SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1388/2015, 4 de noviembre de 2015.

¹⁰⁰ En relación con el derecho a la vida privada y familiar, en otra línea de casos, la Corte determinó que son inconstitucionales las normas que establecen que los niños deben registrarse con el apellido de sus padres varones en primer lugar. Se estimó que la práctica implica considerar que las mujeres tienen una posición secundaria frente a los padres de sus hijos, por lo que resultaban contrarias al derecho de igualdad y no discriminación. Por tanto, se resolvió que "no se encuentra justificado el limitar el derecho de los padres a decidir el orden de los apellidos de sus hijos, a partir de prejuicios o medidas que pretenden perpetuar la situación de superioridad del hombre en las relaciones familiares". SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 208/2016, 19 de octubre de 2016, p. 59. También *amparos en revisión 646/2017, 656/2018, 653/2018, 992/2018, 6605/2017*.

¹⁰¹ *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 59/2016, 29 de junio de 2016.

de la perspectiva de género, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la exclusión del trabajo doméstico del régimen de seguridad social.¹⁰²

2.4. Una dimensión económica del derecho familiar

En relación con lo anterior, la Primera Sala ha desarrollado una línea jurisprudencial que apunta a hacia la reivindicación del trabajo en el hogar. A través de la interpretación de las instituciones de alimentos y compensación, principalmente, se ha otorgado protección a las personas que se han dedicado durante el matrimonio o concubinato al hogar y al cuidado de los hijos. De acuerdo con la Sala, estos mecanismos pretenden paliar "la inequidad que puede producirse cuando alguno de los cónyuges, en aras del funcionamiento del matrimonio, asume determinadas cargas domésticas y familiares en mayor medida, sin recibir remuneración económica a cambio".¹⁰³ La Corte ha determinado que opera la presunción de que el cónyuge o concubino necesita alimentos cuando se ha dedicado a las labores del hogar. Incluso, ha resuelto que la pareja que se dedicó al hogar tiene derecho a recibir una compensación económica de su ex cónyuge aun en los casos en los que el matrimonio se celebró bajo el régimen de separación de bienes.¹⁰⁴

Posteriormente, en el *amparo directo en revisión 1754/2015*, la Corte protegió la denominada "doble jornada laboral". Indicó que, muchas mujeres además de tener un empleo o profesión, también realizan actividades laborales dentro del hogar y que el tiempo dedicado por parte de las mujeres a estas actividades es mucho mayor respecto al tiempo dedicado por los hombres. Esto, a juicio de la Corte, "constituye una carga desproporcionada para las mujeres y en la práctica es un subsidio invisible al sistema económico, que perpetúa su subordinación y explotación".¹⁰⁵

¹⁰² Cfr. SCJN, Segunda Sala, Amparo directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018.

¹⁰³ Cfr. SCJN, Primera Sala, Contradicción de tesis 416/2012, 5 de diciembre de 2012.

¹⁰⁴ Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4883/2017, 28 de febrero de 2018 y SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1996/2013, 25 de septiembre de 2013. También, SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3490/2014, 15 de abril de 2015

¹⁰⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1754/2015, 14 de octubre de 2015, p.

En esa línea, la Corte expuso que la doble jornada representa una "sobrecarga que limita el tiempo disponible de las mujeres para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su empleabilidad y el acceso a empleos de calidad".¹⁰⁶ Así, el hecho de que las mujeres, en alguna medida, hayan tenido un empleo o adquirido bienes propios representa un costo de oportunidad que debe ser resarcido a través de las instituciones de alimentos y compensación. Finalmente, bajo ciertas circunstancias específicas, se han extendido las obligaciones económicas a otras personas fuera del núcleo familiar en casos de alimentos de abuelos a nietos, por ejemplo.¹⁰⁷

Como se observa, el derecho a la igualdad y no discriminación ha permitido cuestionar prácticas arraigadas en diferentes disposiciones normativas sobre el rol de hombres y mujeres en el seno familiar y parte de esta jurisprudencia ha puesto la atención en el aspecto patrimonial de las relaciones familiares. Así, el desarrollo de la doctrina de la Corte que partió, principalmente, del derecho a la igualdad y no discriminación, se extendió no sólo a las parejas del mismo sexo, sino a otros grupos como las personas trans y las personas con discapacidad.

3. Otros desarrollos

En este breve apartado se abordamos la expansión de la jurisprudencia en materia de igualdad y libre desarrollo de la personalidad en relación con los derechos de las personas trans (i) y de las personas con discapacidad (ii). Si bien, los casos que han llegado a la Corte sobre estos temas no encuadran necesariamente en el derecho de familia, estimamos que el desarrollo y reconocimiento de derechos en materia de identidad de género y derecho al libre desarrollo de la personalidad en estos asuntos, impacta necesariamente en las relaciones de familia, por lo que deben de ser tratados en este capítulo.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014 y *cfr.* SCJN, Pleno, Amparo en revisión 992/2005, 28 de enero de 2008.

3.1. Derechos de las personas trans

Existen pocos casos respecto a la protección de los derechos de las personas trans.¹⁰⁸ No obstante, en un precedente poderoso, el *amparo directo* 6/2008, la Suprema Corte sentó las bases sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad de las personas. Así, determinó que las personas que han tenido un procedimiento de reasignación sexogenérica deben tener la posibilidad de realizar un cambio de nombre para que éste se ajuste a su identidad. Derivado de lo anterior, la Corte ha tenido que pronunciarse respecto de la vía idónea para exigir la adecuación del acta de nacimiento por reasignación.

En México, la mayoría de las disposiciones establecen que la adecuación del acta de nacimiento en cuanto al nombre y demás datos esenciales debe realizarse ante una autoridad judicial, pero no prevén un procedimiento específico para la reasignación sexogenérica. No obstante, y de acuerdo a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte ha señalado que esta adecuación debe realizarse en la vía administrativa, pues la judicial resulta muy complicada y onerosa para quien pretende realizarla.¹⁰⁹

3.2. Derechos de las personas con discapacidad

Respecto a los derechos de las personas con discapacidad, la Suprema Corte ha desarrollado en diferentes ocasiones el concepto de modelo

¹⁰⁸ Retomamos el término *trans* de la definición de la Corte IDH, para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

¹⁰⁹ La manera de abordar y justificar la prevalencia de la vía administrativa sobre la jurisdiccional para el tema específico se ha desarrollado de manera puntual en el *amparo en revisión* 1317/2017, así como el *amparo en revisión* 101/2019. SCJN, Pleno, Amparo directo 6/2008, 6 de enero de 2009 y SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1317/2017, 17 de octubre de 2018. *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 101/2019, 8 de mayo de 2019.

social de discapacidad, bajo el cual, la discapacidad debe ser considerada como una desventaja derivada de las barreras que impone la sociedad, al no prever las necesidades de personas con diversidades funcionales.¹¹⁰ La Suprema Corte ha entendido que el modelo social exige que la sociedad se adapte a las necesidades de las personas con discapacidad a fin de no dañar su dignidad y autonomía.¹¹¹ Este entendimiento, derivado de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, fue un parteaguas para comprender la discapacidad y su protección.

En un grupo de casos la Corte indicó que las personas con discapacidad tienen derecho a ciertos ajustes razonables para hacer efectivo su derecho a la justicia. Al respecto, ha adoptado diversas medidas como: la emisión de sentencias en formato de lectura fácil;¹¹² la creación de metodologías específicas para adjudicar los derechos de padres con discapacidad en juicios de adopción;¹¹³ la obligación de los jueces de valorar la necesidad de establecer cualquier tipo de ajuste razonable para que las personas con discapacidad puedan acceder a un proceso justo;¹¹⁴ o la adopción de un principio de mejor interpretación posible de la voluntad en casos en los cuales no sea posible determinar la voluntad y preferencias de una persona.¹¹⁵

De manera más relevante para nuestro estudio, la Corte analizó la constitucionalidad de la figura del estado de interdicción. En un primer asunto —con la intención de no dejar un vacío normativo— la Primera

¹¹⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 410/2012, 11 de noviembre de 2012.

¹¹¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4441/2018, 28 de noviembre de 2018. Se estableció que el acceso a la justicia tiene tres dimensiones: jurídica, física y comunicacional. Sobre la primera, la Suprema Corte considera que se encuentra relacionada con el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad a través de un modelo de asistencia en la toma de decisiones. La segunda dimensión implica la posibilidad de acceder a los edificios en los que se llevan a cabo los procesos. Finalmente, la tercera faceta implica que las autoridades brinden toda la información del proceso en formatos de comunicación adecuados, como lenguaje de señas o formatos de lectura fácil.

¹¹² SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013.

¹¹³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3859/2014, 23 de septiembre de 2015.

¹¹⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4441/2018, 28 de noviembre de 2018.

¹¹⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2805/2014, 14 de enero de 2015.

Sala realizó una interpretación conforme de las disposiciones del código civil.¹¹⁶ No obstante, en un caso posterior,¹¹⁷ la Primera Sala consideró que las normas que regulan la interdicción son discriminatorias, por lo que no puede admitirse la interpretación conforme. En esta nueva resolución, sostuvo que la interpretación conforme no repara la discriminación porque la norma continúa existiendo a pesar de ser contraria al artículo primero constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México.¹¹⁸ Así, el estado de interdicción se tomó como una figura basada en el modelo médico de sustitución de la voluntad; puso el acento en las deficiencias de las personas con discapacidad y no en las barreras del entorno. En ese sentido, el estado de interdicción, en tanto niega el derecho a la capacidad jurídica, resulta inconstitucional tal y como está regulado.

Finalmente, como evidencia de la relevancia del desarrollo de la jurisprudencia relacionada con los derechos de las personas con discapacidad en el derecho de familia (en tanto es muchas veces el propio entorno familiar el que afecta sus derechos), es necesario destacar lo resuelto en el *amparo directo en revisión 2387/2018*. En este caso, la Primera Sala realizó una interpretación de principio de restablecimiento de la paz y orden familiar,¹¹⁹ para sostener que deben priorizarse los estándares que optimizan los derechos de las personas con discapacidad, tales como la accesibilidad, la igualdad de condiciones y oportunidades, la plena participación en todas las actividades intrafamiliares, la sensibilización y concientización respecto de la aceptación de las diferentes condiciones humanas, pues la familia debe ser el *entorno primario donde se despliegan estos derechos*.¹²⁰

¹¹⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013.

¹¹⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019.

¹¹⁸ Vale la pena destacar que, en relación con el régimen de interdicción y estereotipos, la sentencia retoma el criterio relativo a que las normas pueden funcionar como medios textuales a través de los cuales se configuran mensajes que conllevan un juicio de valor que puede ser negativo, derivado del amparo en revisión 152/2013 sobre matrimonio igualitario. SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014.

¹¹⁹ Previsto en el artículo 2.359 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

¹²⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2387/2018, 13 de marzo de 2019, p. 45.

III. La relación Constitución-familia

En el apartado introductorio de este trabajo planteamos una serie de preguntas, con el propósito de analizar si podemos hablar o no de una transformación del derecho de familia derivada de la penetración del derecho de los derechos humanos en la Constitución y en la adjudicación de este tipo de relaciones. Estas preguntas tienen que ver con la determinación de los miembros de una familia y de los derechos y obligaciones que derivan de esa caracterización. Otras se relacionan con la manera en la que el Estado estructura estas relaciones, su justificación y las formas de intervención, y, finalmente, otra tiene que ver con cómo otros sistemas que, en principio, no se considerarían derecho familiar, efectivamente regulan las cargas y beneficios de las relaciones familiares.

Como establecimos, bajo la concepción tradicional, el derecho de familia responde a una idea de familia orgánica e ideal, formada a través del matrimonio heterosexual y que se rige por el determinismo de las relaciones biológicas en lo que se refiere a la paternidad y a los roles de género en la crianza y en el cuidado. En otra dimensión, los hijos se encuentran bajo el poder de sus padres, el derecho de familia es privado, local y no participa del mundo económico, por lo que se encuentra más alejado del poder estatal.

Para dar respuesta a esas preguntas, primero tendríamos que destacar que, en definitiva, el reconocimiento de que la interpretación del interés superior del menor y la aplicación de la perspectiva de género son "cuestiones de constitucionalidad", que abrieron la puerta para un gran desarrollo jurisprudencial constitucional-familiar. Temas que no habían sido tocados por la justicia constitucional por tratarse de aspectos "no constitucionales" bajo la doctrina de la Corte, ahora son casos que se adjudican con frecuencia. Por esta razón, consideramos que la mayor parte de los cambios que describimos se dieron a partir de esos dos ejes: el interés superior de la niñez y el derecho a la igualdad.

En este sentido, las respuestas que describimos en el apartado anterior parten de una nueva definición de la(s) familia(s) —protegida constitucionalmente— para la determinación de quiénes son miembros. Así, el desarrollo jurisprudencial sobre concubinato y sociedades de convivencia (en su equiparación con el matrimonio), en relación con las decisiones sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, reconfiguró la familia jurídica como objeto de protección constitucional. Si bien la construcción jurisprudencial todavía gira alrededor del matrimonio, en principio, ya no hay una única familia que merezca reconocimiento, en tanto otro tipo de uniones maritales y no maritales (en contraposición al matrimonio heterosexual) presuponen también la constitución de derechos y obligaciones legales entre las partes y frente al Estado.

En este aspecto también, la pregunta sobre cómo se forma una familia, y cómo se disuelve, ha sido atravesada por la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las causales de divorcio, bajo la cual se les reconoce autonomía plena a las personas en cuanto a la elección de sus planes de vida, lo que se torna incompatible con la necesidad de justificarle al Estado la decisión de terminación del vínculo matrimonial.

Por otro lado, las decisiones sobre adopción de parejas homoparentales y medios de reproducción asistida, a la par de la línea de sentencias que contraponen los nexos biológicos frente la realidad social de los NNA para resolver casos de custodia o patria potestad, comienzan a alejar a la paternidad —¿quiénes son padres?— de la biología imperante en toda la legislación civil, y la acercaron hacia la funcionalidad o intencionalidad de la relación padre-hijo, la función de ser padre (parentalidad).

Por lo que se refiere a la constitución de los derechos y obligaciones de los miembros de una familia también podemos observar cierta evolución. El desarrollo tanto legal como jurisprudencial sobre alimentos, pensiones compensatorias y de doble jornada, de cierta manera, reconoce el valor económico del trabajo en el hogar y resalta el aspecto patrimonial de las relaciones familiares. A su vez, la incorporación de tratados inter-

nacionales y la consecuente emisión de leyes sobre la violencia contra las mujeres han dado pie a la consolidación de jurisprudencia sobre daños patrimoniales y extrapatrimoniales en casos de violencia intrafamiliar,¹²¹ entre otros aspectos. Al comparar casos anteriores de la Corte¹²² con la jurisprudencia reciente parece haber un giro de ciento ochenta grados que, si bien no destruye lo "privado" del derecho de familia, parece desdibujar, un poco, esa contraposición.

En este sentido, el papel del Estado en la definición de la familia y la pregunta sobre la justificación de la intervención estatal en este tipo de relaciones parecen haber tenido un desarrollo dual. Por un lado, el reconocimiento jurisprudencial del derecho a la vida privada familiar presenta un primer acercamiento a una justificación racionalizada de la actividad estatal en relación con los miembros de una familia. Esto es, obliga a las autoridades a dar buenas razones para tomar ciertas decisiones que se entienden parte de esa esfera de protección. Al mismo tiempo, la consolidación de ese concepto a la par del interés superior de la niñez, ha dado nuevas bases para analizar la forma en la que el Estado puede intervenir en la toma de decisiones de los padres respecto de sus hijos, al reconocer a los niños como sujetos de derechos oponibles frente al Estado y frente a sus padres. Nuevamente, se rompe el velo de la no interferencia o privacidad de las relaciones dentro de la familia.

Si bien ciertos casos presentan un panorama alentador en cuanto al abandono de las criticadas concepciones tradicionales, la evolución ha sido gradual y dispar. Por ejemplo, la jurisprudencia sobre el interés superior de la niñez ha reforzado la perspectiva proteccionista del Estado sobre los NNA y no ha desarrollado su visión más autónoma —ello motivado, en parte, por el tipo de casos que han llegado hasta ahora a la Corte—. Así también, aunque

¹²¹ SCJN. Primera Sala, Amparo directo en revisión 5490/2016.

¹²² Véase, por ejemplo, la Contradicción de tesis 5/92 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelta en 1994, bajo la cual "la cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho".

la jurisprudencia ha reconocido el aspecto patrimonial y económico de las relaciones familiares, lo ha hecho mayoritariamente en relación con los efectos entre cónyuges, concubinarios o convivientes, sin vincularlo con su aspecto más social¹²³ o frente a terceros,¹²⁴ en la distribución de las cargas y beneficios económicos. Esto es, tal vez con la excepción del caso de guarderías, la evolución jurisprudencial sobre el cuidado continúa refiriéndose al aspecto privado de la relación y no a sus impactos sociales.

No obstante, estimamos que, en general, la penetración del derecho de los derechos humanos sí ha modificado de manera considerable el derecho de familia —muchas veces dejando de lado los códigos civiles— y ha transformado la forma en que debemos acercarnos a esta disciplina: casos sobre temas esencialmente familiares ahora son debates que informan la doctrina constitucional.

Por supuesto, la transformación no sólo viene de arriba hacia abajo —del derecho constitucional al derecho de familia—, también se da de abajo hacia arriba. Por ejemplo, el primer caso de matrimonio igualitario no derivó del reclamo de inconstitucionalidad de algún código local que prohibiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino de la reforma al código civil del Distrito Federal, que abrió el matrimonio a parejas gay, resultado de la importante y persistente movilización LGBT+ presente en México y de la apertura de ciertos canales institucionales.¹²⁵

Además, consideramos que el proceso también es horizontal. En un principio, partimos de una definición del derecho de familia como aquel que regula la creación y disolución de las relaciones familiares reconocidas legalmente y que determina los derechos y responsabilidades de

¹²³ Cfr. SCJN, Segunda Sala, Contradicción de tesis 128/2019, 11 de septiembre de 2019 o SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 343/2019, 5 de septiembre de 2019.

¹²⁴ Cfr. SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2730/2015, 23 de noviembre de 2016 o SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 139/2016, 29 de junio de 2016.

¹²⁵ Cfr. DIEZ, J., *The Politics of Gay Marriage in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

los miembros de la familia. Ahora, que una sentencia o ley caiga en esta definición de derecho familiar no necesariamente quiere decir que esa sentencia o ley es, exclusivamente, derecho de familia. Como Hasday propone, uno de los problemas de la visión tradicional del derecho de familia es que a éste se le trata como un área completamente independiente del derecho, por lo que la ley, acto o sentencia o es completamente materia del derecho de familia o es completamente otra categoría legal.¹²⁶ Este problema de las fronteras del derecho familiar, a decir de la corriente crítica del derecho, oscurece las múltiples maneras en las que el derecho estructura la vida familiar; y al distanciarlo del derecho a la seguridad social o a la asistencia social —por ejemplo—, insiste en vaciarlo de contenido económico y le niega el carácter de determinante en la desigualdad social.

En este sentido, el fortalecimiento de la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras embarazadas, la apertura del acceso a guarderías a hombres derechohabientes del sistema de seguridad social, e incluso el reconocimiento del derecho de las trabajadoras domésticas de participar de ese sistema formal, son también formas en las que el derecho configura y determina el desarrollo de la vida familiar. Muchos de estos temas, como mencionamos, se encuentran centralizados en la federación y no en los ámbitos locales.

Ahora, aun si prescindimos de ese debate, es clara la influencia del derecho de familia en el desarrollo de los derechos constitucionales, así como la migración de criterios nacidos o desarrollados con motivo de conflictos familiares a otras áreas del derecho, como sería el derecho del trabajo (protección reforzada de la estabilidad laboral de mujeres embarazadas); el derecho administrativo (en las obligaciones de las instituciones educativas a la luz del interés superior del menor); o en el derecho penal

¹²⁶ HASDAY, J. E., *op. cit.*, p. 49. *supra* nota 7.

(con el uso de la perspectiva de género en casos de violencia y en la definición de tipos penales).

El derecho de familia —consideramos— ha sido caldo de cultivo para el desarrollo de doctrina constitucional, en especial, en relación con el principio de igualdad y el interés superior del menor. Por supuesto, estos son principios paraguas que afectan a todo el orden jurídico, sin embargo, es notable el número de casos que es posible identificar en los que la Corte mexicana ha retomado criterios desarrollados en casos de derecho de familia y los ha trasladado a otras materias.

Así, la obligación de juzgar con perspectiva de género trasladada al derecho penal¹²⁷ para casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, con independencia de si se trata de hombres o de mujeres quienes recienten el daño, partió de un caso en el que un hombre denunció un trato discriminatorio en un juicio sobre régimen de convivencia de un niño, materia estrictamente familiar.¹²⁸ Al respecto, solo hace falta mirar el desarrollo jurisprudencial sobre tipo penal de feminicidio en las sentencias de los *amparos directos en revisión* 5267/2014 y 652/2015 —las cuáles partieron sobre estos criterios de igualdad— para reconsiderar el impacto que casos de familia han tenido en la doctrina constitucional.

¹²⁷ Por ejemplo, la Corte concluyó que el comportamiento sexual de una mujer y el uso de estereotipos prejuzgaron sobre su responsabilidad penal cuando se le imputaba no haber evitado y no haber reportado el homicidio de una persona. *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2468/2015, 22 de febrero de 2017. En otro, en el que una mujer fue declarada penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio calificado por razón de parentesco, al haberse establecido que había causado la muerte de su esposo, la Corte ordenó la reposición del procedimiento para que el tribunal inferior analizara el asunto con perspectiva de género en tanto de las pruebas ofrecidas en el procedimiento se desprendía que la mujer y sus hijos sufrían de violencia familiar ejercida por el esposo. *Véase* SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 6181/2016, 7 de marzo de 2018. En ambos casos, la argumentación de las sentencias estuvo construida sobre criterios derivados de asuntos familiares, así como del derecho internacional sobre derechos humanos sobre violencia de género. En específico, el desarrollo jurisprudencial en materia de familia partió de una controversia en la que se decretó un divorcio por causa de abandono del domicilio conyugal por parte de una mujer y la pérdida de la patria potestad en un contexto de violencia de género. *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013.

¹²⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 912/2014, 5 de noviembre de 2014.

Asimismo, la extensión de esta jurisprudencia de familia no sólo se dio en casos penales, también ha influido en el derecho administrativo. Por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que sirvió como base para las resoluciones sobre la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del uso lúdico de la marihuana,¹²⁹ tuvo sus orígenes en el *amparo directo* 6/2008 sobre derechos de las personas trans, en la inconstitucionalidad de las causales de divorcio¹³⁰ y en algunas de las resoluciones sobre matrimonio entre personas del mismo sexo.¹³¹

Para terminar, dentro del propio derecho civil, doctrinas desarrolladas con motivo del derecho de familia han sido aplicadas en temas como la constitución de una asociación civil. Recientemente, la Corte extendió el criterio sobre efectos discriminatorios y estigmatizantes de las normas jurídicas, desarrollado en la línea sobre matrimonio entre personas del mismo sexo,¹³² a los preceptos del Código Civil sobre capacidad jurídica para constituir una sociedad a la luz de los derechos de las personas con discapacidad.¹³³

Entonces, en cuanto la pregunta sobre la constitucionalización del derecho de familia, podríamos sostener que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, y el importante desarrollo jurisprudencial, efectivamente, ha impregnado el derecho que regula las relaciones familiares del derecho de los derechos humanos. Así, a nivel normativo, el derecho de familia se ha constitucionalizado. Además, en el proceso se han cuestionado las bases de la dogmática del derecho de familia basadas en una concepción orgánica e ideal y en una distribución desigual de beneficios o derechos en el seno familiar. Este ejercicio, adicionalmente, nos ha demostrado que el proceso de constitucionalización es más complejo y dialógico de lo que

¹²⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015.

¹³⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3979/2014, 25 de febrero de 2015.

¹³¹ *Cfr.* SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010 y SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2018, 19/02/2019. También, véase, los *amparos en revisión* 457/2010, 567/2012, entre otros.

¹³² SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014. También, véase, los *amparos en revisión* 263/2014, 48/2016, 630/2016 y 492/2014.

¹³³ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 702/2019, 11 de septiembre de 2019.

podría aparentar. Para conocer el derecho de familia habría que estudiar el derecho constitucional, pero para aprender sobre derecho constitucional es necesario también saber sobre derecho de familia.

Ahora bien, el derecho de familia reflejado en la nueva jurisprudencia y en las leyes de protección de derechos humanos coexiste con los códigos y leyes familiares concebidos bajo el paradigma anterior, así que la "transformación" de la que hablamos es, en el mejor de los casos, parcial. ¿Qué tanto se refleja en la mente de los operadores jurídicos? ¿Hay una transformación en las narrativas del derecho familiar? Esto es, en la manera en la que los abogados practicantes, legisladores y jueces se refieren y se acercan al derecho que regula este tipo de relaciones. ¿Qué tanto los "textos fundantes" del derecho de familia se han modificado? Es decir, los códigos y las leyes familiares, por un lado, pero también los tratados de derecho familiar que enseñan a la nueva generación de abogados el derecho de familia. Éstas son preguntas que por el momento no podemos contestar.

No obstante, el desarrollo que aquí hemos descrito nos permite repensar y construir con nuevas coordenadas un paradigma bajo los principios constitucionales del interés superior del menor, autonomía, libertad y el derecho a la igualdad en la distribución de los beneficios y cargas de las relaciones familiares, que además reconozca la importancia de la discreción y de atención a los hechos que esta área del derecho requiere, así como la necesidad y dificultad de marcar las fronteras y caminos para la actividad judicial.

Esta nueva cimentación es crucial si reconocemos que el derecho de familia, al estructurar este tipo de relaciones, da forma a la organización social, determina el estatus económico de las personas, así como las relaciones entre generaciones familiares, en temas de intimidad y de niñez. El derecho de familia es un prisma para pensar sobre género, orientación sexual, clase y otras categorías de discriminación en tanto configura los derechos y oportunidades de las personas. El derecho de familia así, va desde lo más íntimo de las relaciones personales hasta las estructuras más grandes que le dan sentido a la sociedad.