

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

RUTAS PARA LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO DEL CUIDADO, LA FAMILIA Y LA REPRODUCCIÓN*

José Luis CABALLERO OCHOA**

SUMARIO: I. *Contexto*. II. *Las formulaciones que están detrás. ¿Cómo articular los derechos a la trayectoria jurisprudencial?* III. *Referencias*.

I. CONTEXTO

El derecho de familia, así como los derechos sexuales y reproductivos, ejemplifican uno de los mayores procesos de constitucionalización de la última década.¹ Ambos campos, que por mucho tiempo permanecieron —en el mejor de los casos— relegados a la legislación secundaria, replicaban visiones tradicionales de corrientes decimonónicas. Afortunadamente, el paulatino proceso de constitucionalización, impulsado de manera preponderante por la vía jurisprudencial, ha obligado a revisar los conceptos e interpretaciones de aquel derecho más tradicional, a fin de incorporarlo al nuevo paradigma de los derechos humanos.

Lo anterior, me parece, responde a la confluencia de tres ejes: i) los movimientos feministas o los feminismos; ii) la reforma constitucional sobre derechos humanos, que dio la perspectiva amplia de interpretación,

* Análisis de las resoluciones dictadas en el Amparo directo en revisión 6942/2019, Acción de inconstitucionalidad 195/2020, Acción de inconstitucionalidad 215/2020 y Amparo en revisión 780/2017.

** Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana.

¹ Espejo Yaksic, Nicolás, “La constitucionalización del derecho de familia”, en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olgún, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2019.

no sólo por las herramientas del artículo primero, sino porque maduró la propia interpretación constitucional en materia de derechos humanos, y iii) las distintas “perspectivas” de atención jurisdiccional, tales como la perspectiva de género, la de infancia y adolescencia, que han permitido observar y cuestionar al modelo patriarcal o el adultocentrismo, respectivamente.

A partir del avance de estas líneas jurisprudenciales, la Suprema Corte ha movido estructuras de fondo, a la vez que ha afianzado una apuesta por la defensa de los derechos y la aplicación de un bloque de constitucionalidad conformado por la propia Constitución y las distintas normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales. No obstante, también es cierto que en algunos temas esta interpretación expansiva no ha encontrado la misma contundencia.

II. LAS FORMULACIONES QUE ESTÁN DETRÁS. ¿CÓMO ARTICULAR LOS DERECHOS A LA TRAYECTORIA JURISPRUDENCIAL?

1. *Nuevas rutas para la individuación de los derechos*

Me parece que la columna vertebral ha consistido en desandar un imaginario interpretativo en torno al artículo 4o. de la Constitución. Especialmente, en cuanto al abandono de un solo modelo de familia y un sentido limitado de la autonomía reproductiva. Un ejemplo preclaro es la Acción de inconstitucionalidad 2/2010,² en la que fue evidente la manera en que un sistema con acento heteropatriarcal había tenido sujeta la interpretación sobre los derechos.

Esta nueva ruta para la individuación ha implicado desandar el imaginario interpretativo basado en la desagregación de los derechos —protegidos desde otros derechos—, como ha resultado en los casos de la práctica jurisprudencial internacional y comparada: el derecho a la vida privada, el derecho a la salud, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La visión apuesta por la articulación de derechos propios, no derechos vinculados a otros. Y mucho menos, dependientes de estos.

² SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010. Ponente: ministro Sergio A. Valls Hernández.

2. *Desagregar algunos derechos que van por su cuenta*

Así, una de las trayectorias jurisprudenciales para la articulación de los derechos ha sido su consistente desagregación, a fin de ampliar sus alcances, o bien reorientar los presupuestos que les sostienen. Por ejemplo:

- La propia identidad sexogenérica, desde el derecho a la identidad.³
- Los derechos sexuales.⁴
- Los derechos reproductivos, que han abarcado los temas de salud reproductiva,⁵ el aborto,⁶ la reproducción asistida o la gestación por contrato,⁷ y la voluntad procreacional que acompaña este acuerdo de voluntades.⁸
- La protección de un modelo plural de organización familiar y las consecuencias que este proyecta sobre los integrantes, el cuidado y la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes.⁹

3. *Los insumos desde las distintas perspectivas y los acentos de género en la consecución de la igualdad*

En este contexto, es posible ir conformando el marco en el que se construye la jurisprudencia sobre cuidado, familia, reproducción. Además, al incorporarse la perspectiva de género, es posible advertir la presencia de datos antropológicos o de modelos societarios que han reforzado los estereotipos, así como validar la presencia de acciones afirmativas.

En varias de sus resoluciones, la Suprema Corte ha subrayado la necesidad de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales estén sólidamente

³ SCJN, Pleno, Amparo Directo Civil 6/2008, 6 de enero de 2009. Ponente: ministro Sergio A. Valls Hernández.

⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 45/2018, 23 de febrero de 2022. Ponente: ministra Ana Margarita Ríos Farjat.

⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4456/2021, 2 de marzo de 2022. Ponente: ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá.

⁶ SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, 07 de septiembre de 2021. Ponente: ministro Luis María Aguilar Morales.

⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018. Ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz.

⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017. Ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández.

⁹ SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 195/2020, 17 de febrero de 2022. Ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández.

sustentadas en evidencia empírica, así como en argumentaciones pertinentes en torno a los hechos. Ello, con la finalidad de dejar atrás visiones estereotípicas, las cuales suelen tener un impacto negativo en el reconocimiento de derechos.

Por ejemplo, en la resolución del Amparo directo en revisión 6942/2019,¹⁰ la Suprema Corte consideró que era erróneo negar la guarda y custodia a una madre trabajadora cuando la decisión se basa en estereotipos respecto de las mujeres que trabajan—como el consistente en estimar que una mujer que desempeña un empleo fuera de casa no tiene tiempo para atender sus responsabilidades parentales—.

Paulatinamente, la Suprema Corte ha hecho valer estas consideraciones y ha impulsado la visibilidad y crítica de los estereotipos, o bien ha validado la implementación de acciones afirmativas para su supresión. Sin duda, tal ruta ha creado una fuerte inercia jurisprudencial para el estudio de casos posteriores, aunque en el desarrollo de tal línea jurisprudencial es posible apreciar decisiones contrastantes, como las que menciono a continuación.

La Acción de inconstitucionalidad 195/2020 fue promovida por la CNDH.¹¹ La Comisión controversió la constitucionalidad del artículo 22, párrafo segundo, de la Ley del Servicio Civil del Estado y los Municipios de Chiapas, específicamente en la porción normativa que establece “Los hombres que tengan de manera exclusiva la patria potestad, guarda y custodia a sus hijas e hijos que se encuentre (*sic*) en los niveles educativos mencionados gozarán del mismo beneficio”.

De acuerdo con los argumentos de la Comisión, tal disposición redundaba en inconstitucionalidad por:

i) ignorar el principio de interés superior de la niñez, en tanto impide a las niñas y niños ser cuidados por sus progenitores en igualdad de condiciones. La norma prevé una jornada laboral máxima de siete horas para las madres responsables del cuidado de sus hijas e hijos que estudien en el nivel inicial y básico; para beneficiarse de ella sólo deben justificar ante la dependencia estatal o municipal para la que laboran que tienen hijos en esos niveles escolares. Sin embargo, para que los padres (varones) puedan acceder a ese mismo horario laboral deben acreditar con documento expedido por autoridad competente que tienen de manera exclusiva la patria potestad, guarda y custodia de sus hijas e hijos que ese encuentren en esos niveles educativos.

ii) vulnerar el derecho de igualdad ante la ley de los progenitores. Por un lado, perpetúa roles y estereotipos de género, pues descansa sobre la premisa de

¹⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6942/2019, 13 de enero de 2021. Ponente: ministra Ana Margarita Ríos Farjat.

¹¹ Acción de inconstitucionalidad 195/2020, *cit.*

que las mujeres son las principales encargadas de la crianza y cuidados de niñas y niños y, por ende, prevé un trato diferenciado derivado de la asignación a la mujer de ese rol de cuidado, bajo la preconcepción de que es a ella a la que corresponde la responsabilidad de la crianza, la atención y el cuidado de los descendientes, sin considerar que se trata de una responsabilidad compartida de ambos progenitores, quienes deben participar en igual medida en esas tareas.

Por otra parte, las disposiciones tienen un efecto discriminador respecto de los padres (varones) que comparten la guarda y custodia con la madre, pues los excluyen del cuidado de sus hijas e hijos, siendo que también están obligados a ello en la misma medida que las mujeres y no únicamente ante la ausencia de éstas.

iii) excluir otras formas de integración familiar al proteger exclusivamente a niñas y niños de hogares conformados por parejas heterosexuales y a los que pertenecen a uniones familiares homoparentales de mujeres. Así, por ejemplo, las niñas y los niños de familias conformadas por parejas homosexuales masculinas que comparten la patria potestad y la guarda y custodia no tendrán la posibilidad de que sus padres accedan al beneficio de reducción de la jornada laboral que les permita dedicar mayor tiempo a su cuidado y crianza, en detrimento de su interés superior, lo que también evidencia la distinción injustificada que hacen las normas.

Debe destacarse el razonamiento emitido por la Suprema Corte, donde señala los motivos de la invalidez de la norma impugnada:

194. Así, debe decirse que una medida legislativa que reproduce y perpetúa roles y estereotipos de género, no puede admitirse idónea para el cumplimiento pleno de la finalidad imperiosa de mejorar en tiempo y calidad las labores de crianza y cuidados de hijas e hijos, pues sus efectos prácticos reproducen y alientan las manifestaciones perniciosas que han generado la asignación de roles y de esperados comportamientos estereotípicos de parte de las mujeres, y actúa como un mecanismo que robustece la discriminación estructural y la vulnerabilidad en que éstas han vivido, entre otros ámbitos, en las relaciones familiares, pues su trato diferenciado, en realidad conlleva un efecto de reforzamiento de la prevalencia del rol familiar asignado socialmente a las mujeres, por su construcción social de género, de ser las naturales responsables de encargarse del cuidado y crianza de sus hijas e hijos, tan es así, que su jornada se redujo para que puedan cumplir de una mejor manera con esa labor en sus familias, bajo la consideración de que tales labores les son propias en razón de su género a partir de ese estereotipo.¹²

En contraste con la anterior resolución, que declaró la invalidez de una disposición por el uso de categorías sospechosas y estereotipos para la ne-

¹² *Ibidem*, párr. 194.

gación de derechos, la Acción de inconstitucionalidad 215/2020, también promovida por la CNDH, corrió por un camino distinto.¹³ La diferencia de sentidos, sin embargo, no responde a una cuestión negativa, al menos no para la interpretación de los derechos.

En el contexto de los argumentos emitidos por la Comisión se destaca que el artículo 27, párrafo segundo, fracciones I, II y III, de la Ley que Regula el Funcionamiento de los Centros de Atención y Cuidado Infantil para la Ciudad de México resultaban inconstitucionales, por contemplar las palabras “De madres”. Ello, en tanto que tal señalamiento representaba una distinción injustificada, basada sobre una categoría sospechosa, con la cual se generaba un estereotipo negativo en contra de las mujeres, y se excluía a los hombres del goce de los mismos derechos.

Por extraño que parezca, y en un arranque de pretendida sofisticación, la CNDH consideró que estas normas discriminan sin entender el sentido protector que se encuentra detrás de ellas, ya que, a diferencia del caso anterior, en el que la distinción no supera un estudio de racionalidad, en este caso la distinción normativa que se establece a favor de las mujeres responde a un contexto de violencia exacerbada en su contra. Por tal razón, el uso de una categoría sospechosa (mujeres) que otros contextos podrían resultar en discriminación, en este caso representaba una medida positiva que busca revertir las condiciones de vulnerabilidad de un grupo en específico.

Tal planteamiento es bien advertido por la Suprema Corte, que declaró la validez de las normas impugnadas:

159. Según las estadísticas citadas, 66 de cada 100 mujeres de 15 años o más de edad que viven en el país han sufrido al menos un incidente de violencia de cualquier tipo a lo largo de la vida, el 43.9% de ellas han sufrido violencia por parte de la pareja actual o última a lo largo de su relación. En particular, dentro de la Ciudad de México, el 76.12% de las víctimas del delito de violencia familiar eran mujeres.

160. En este sentido, el establecimiento de medidas de este tipo constituye una obligación internacional del Estado Mexicano, en el sentido de establecer medidas que permitan a las mujeres romper los ciclos de violencia; por ende, la medida guarda una conexión racional con el objeto señalado, en virtud de que permite a las mujeres víctimas de violencia familiar estudiar o trabajar mientras alguien vela por sus hijas e hijos.

...

162. Es evidente la disparidad que existe entre hombre y mujeres en el campo laboral, por eso la porción normativa encuentra una relación con el fin

¹³ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 215/2020, 14 de febrero de 2021. Ponente: ministra Yasmín Esquivel Mossa.

perseguido, ya que busca mitigar los obstáculos que impiden a las madres solteras incorporarse plenamente al mercado laboral debido a las cargas desproporcionadas que enfrentan en cuanto al cuidado de sus hijos e hijas, las dificultades en el acceso al servicio de cuidado y educación.

163. En consecuencia, los criterios de preferencia que establece la norma impugnada encuentran razonabilidad pues atienden a realidades tangibles que impactan desproporcionalmente a las mujeres en nuestro país y, de manera particular, en la Ciudad de México, lugar donde tiene injerencia la norma que aquí se analizó.¹⁴

Este caso permite advertir una ruta coherente en relación con el tratamiento de los roles de género asumidos por la legislación, entendiendo que el tratamiento de las categorías sospechosas puede operar de distintas maneras, de acuerdo con el caso en concreto. Como señala Roberto Saba,¹⁵ en una dimensión de igualdad como prohibición de trato arbitrario, las categorías son criterios que no resultan racionales para justificar un tratamiento diferenciado (como sucede en la AI 195/2020). Por otro lado, en el caso de la igualdad como no sometimiento, las categorías se usan como razones que justifican el trato diferenciado a favor de un grupo estructuralmente sometido (como sucede en la AI 215/2020).

4. *Hacer valer el núcleo de derechos*

Este punto me resulta de especial relevancia, ya que da cuenta de la manera en que las legislaciones deficientes, o que reproducen estereotipos, pueden llegar a anular el pleno goce y ejercicio de derechos, especialmente cuando los aspectos esenciales de estos resultan nugatorios.

Un ejemplo de las consecuencias que se derivan de las legislaciones deficientes es lo sucedido en la Acción de inconstitucionalidad 16/2016, relativa al contrato de gestación subrogada en el estado de Tabasco.¹⁶ El caso arribó a la Corte por medio de la demanda promovida por la procuradora general de la República, la cual controvertió los artículos 380 bis; 380 bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto; todos del Código Civil para el Estado de Tabasco.¹⁷ Entre otros puntos relevantes, la Corte declaró en ese caso

¹⁴ *Ibidem*, párr. 159-163.

¹⁵ Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

¹⁶ SCJN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 109/2020, 7 de junio de 2021. Ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández.

¹⁷ Artículo 380, bis 1. “La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes,

la invalidez de las porciones normativas que hacían referencia a “padre” y “madre”, porque tal mención excluía a personas solteras o parejas del mismo sexo. En el mismo sentido, la Corte invalidó las referencias a “padre o madre” y “cónyuges y concubinos”.

Un asunto similar fue resuelto con posterioridad en 2022 en el Amparo en revisión 780/2017.¹⁸ En esta ocasión se declaró inválido el artículo 380 bis 5, fracción III, del Código Civil para el Estado de Tabasco, que exigía como requisito del contrato de gestación que la mujer contratante tenga entre veinticinco y cuarenta años. La Corte consideró que el tema de la restricción de edad afectaba a una categoría sospechosa, y que no se superaba un test de igualdad. La Corte no encontró una justificación razonable para limitar la edad de las mujeres contratantes a un rango de veinticinco a cuarenta años.

Así pues, esta Primera Sala no advierte la existencia de alguna finalidad constitucional imperiosa que pueda ser fundamento de validez para restringir el derecho de las mujeres a convertirse en madres mediante el contrato de gestación asistida, sino todo lo contrario, la medida se aparta de la finalidad de proteger el derecho de autonomía reproductiva, es decir, el derecho de toda persona a decidir libremente sobre el número y esparcimiento de sus hijos(as), al limitarlo con base en la edad, sin justificación objetiva y razonable.

La imposición de un rango de edad para estar en posibilidad de convertirse en madre mediante un procedimiento de reproducción asistida no constituye, por ende, una medida que se encuentre encaminada a satisfacer un propósito constitucional imperioso, sino que directamente contraviene el mandato constitucional sobre la libertad y autonomía reproductiva previsto en el artículo 4o de la Constitución. Es por ello que la medida no logra superar la primera etapa de análisis del control de regularidad constitucional aquí empleado, razón por lo que resulta innecesario llevar a cabo el resto de las etapas de análisis del escrutinio estricto y debe declararse su inconstitucionalidad. Aun más, lo anterior se corrobora si se observa que la regulación

cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

Formas de Gestación por Contrato

- I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y
- II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante”.

¹⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 780/2017, 9 de marzo de 2022. Ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández.

no contempla una medida semejante —es decir, una restricción por motivos de edad— para el caso de hombres que pretendan convertirse en padres mediante el contrato de gestación por sustitución.

De tal modo que, a la luz de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad y autonomía reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la protección de la familia y a la planificación familiar, no existe razón constitucionalmente válida para restringir con base en la edad el derecho de las personas que pretenden convertirse en madres o padres a través del contrato de gestación asistida.

Adicionalmente, me parece importante destacar que la Corte emitió pautas para la actuación de las autoridades a cargo de supervisar un contrato de gestación por sustitución o subrogada.

El contraste de los anteriores casos evidencia que los sesgos y estereotipos acompañan la tarea de las y los legisladores, que parece que regulan figuras novedosas, y por esto hay que “protegerlas” con un modelo de organización societaria ya superado. Una especie de equilibrio entre avances y la pervivencia de un modelo social ante el que los derechos intentan abrirse paso. Ésta es la idea que subyace en las controversias en aplicación del Código Civil de Tabasco en los diferentes medios de control constitucional.

III. REFERENCIAS

- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “La constitucionalización del derecho de familia”, en ESPEJO YAKSIC, Nicolás e IBARRA OLGUÍN, Ana María, *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2019.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.