

DOSSIER: ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN FAMILIA

Análisis de la familia homoparental en el sistema complejo de los Derechos Humanos

Analysis of the Homoparental Family within the Human Rights Complex System

Oscar Samario Hernández

ORCID: 0000-0002-3979-5774

Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Recepción: noviembre, 2022

Aceptación: enero 2023

Resumen

La familia homoparental está en el realismo social y jurídico, y debe regularse para poder efectuar una correcta tutela de derechos, establecer de manera directa el derecho de toda persona a decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos, y ampliar las opciones para procrear con el correcto uso de los avances en técnicas de reproducción humana.

La Corte IDH relaciona los derechos a la vida privada y al acceso a la salud reproductiva con el derecho a la autonomía reproductiva, de manera que la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) debe establecerse con base en decisiones personales y de pareja.

Palabras clave

Familia homoparental, filiación, DDHH, Sistema Internacional de los DDHH.

Abstract

Advances in specialization of Assisted Human Reproduction Techniques allow the law to establish family ties, especially in homoparental families, by using these techniques in people suffering from infertility. The right to establish, found and form a family nucleus must be fulfilled according to the resources produced by medical science. The contribution of the TRHA proposes the evolution of the family institution through the analysis of homoparental families, based on the acceptance of establishing the union between two people for marriage, as well as those who have abandoned the concept of nuclear family.

Keywords

Homoparental family, affiliation, Human Rights, International System of Human Rights

Introducción

El presente artículo propone aceptar la legitimación del Estado de derecho mediante leyes, normas y reglamentos que incentiven un ambiente de armonía ciudadana que consolide los valores sociales. Cuando los principios constitucionales —entendidos como principios jurídicos— hayan sido aceptados como legalmente válidos, vigentes, respetados y aplicados correctamente por los juzgadores, el conjunto social se integrará a la relación frente al Estado.

Sudáfrica eligió en 1994 a Nelson Mandela como nuevo presidente.¹ Un discurso sobre los Derechos Humanos (DDHH) como elemento central del proyecto político estableció la Declaración de Derechos en la Constitución desde los principios democráticos —olvidando la segregación y permitiendo a la persona integrarse en igualdad y libertad— y obligó al país a respetar también esos DDHH sin discriminación, bajo los límites de la ley y garantizados por el propio Estado. A partir de ese momento, se prohibió para el mundo cualquier acto de discriminación por orientación sexual. Los derechos y su protección han ido en aumento: en 2002 se garantizó el derecho de adopción por familias homoparentales y, a partir de 2007, la legislación reconoce el matrimonio entre dos personas de igual sexo.²

La SCJN manifiesta sobre la reproducción mediamente asistida que es el empleo de técnicas que facilitan la procreación cuando la pareja padece la enfermedad de infertilidad. Los recursos y procesos médicos son aplicados con el consentimiento y de manera voluntaria, por lo que debe considerarse a la filiación también un derecho que hacen los padres o las parejas homoparentales de manera voluntaria procreacional.

Ningún principio en la filiación es absoluto, la filiación jurídica en ocasiones no coincide con la filiación biológica; los supuestos jurídicos son en dos vertientes de hecho o porque representan supuestos jurídicamente relevantes para los hijos, para los padres o para ambos. En la concepción del derecho escrito, lo simple no tiene cabida en la filiación, esta se presenta en consideraciones tanto judicial como extrajudicialmente; la gestación, procreación, la adopción y las leyes no tutelan la simple verdad biológica. De aquí que sea el principio del Interés Superior del niño por conocer su origen en inicio biológico, bajo reglas claras de protección de la familia,

1. Aimar Rubio Llona, “Comprendiendo la homofobia poscolonial: una propuesta de análisis desde el paradigma sudafricano”, *Sociológica* 30, núm. 86 (2015): 74, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305041201003>.

2. Pierre de Vos y Jaco Barnard, “Same-sex marriage, civil unions and domestic partnerships in South Africa: critical reflections on an ongoing saga”, *South African Law Journal* 124, núm. 4 (2007): 795-796. <http://hdl.handle.net/11427/16496>.

la identidad filiatoria, para que las personas reciban como hijo suyo y puedan adquirir el vínculo bajo las responsabilidades y obligaciones que la ley establece y que la sociedad atiende.

Los funcionarios públicos en materia registral no tienen atribuciones indagatorias, no están para señalar si el nombre es correcto o se apega a la religión ni deben mostrar interés sobre quién es el padre o la madre; si lo hacen, cometen una arbitrariedad que debe sancionar la autoridad responsable y separarlo del cargo o inhabilitarlo de ser el caso. El Estado debe contar con funcionarios que se actualicen en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH); la irresponsabilidad por abuso o por ignorancia no es una función del Estado de derecho.

Sistema de Protección de Derechos Humanos (SPDH)

Ahora bien, en cuanto a las leyes que salvaguardan los DDHH y las procesales que permiten su correcta protección, estas son generalidades socialmente aceptadas bajo la sana correspondencia frente al Estado. Estos sistemas de protección son aplicables para toda persona; pero no se han legislado para alguien en particular. Por lo tanto, no existen distinciones de preferencia ni por factores de discriminación: solo se cumple, por medio de la actividad del legislador, la debida adecuación de las propuestas sociales para que cada gobernado reciba lo que le corresponde en cuanto a la protección de sus derechos. En este sentido, no debe existir distinción por raza, posición social, nivel económico ni preferencias sexuales.

Un estudio publicado en 1995 por la Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI)³ contiene referencias de los diversos países y los alcances de sus respectivas regulaciones. En cuanto al derecho comparado sobre la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en Italia, la aparición de la ley *Nuove tecniche de procreazione assistita: verso via legislazione Europea. Il Diritto di famiglia e delle persone* (1990) resultó novedosa a principios de los noventa: Italia ha actualizado constantemente los alcances de las leyes de regulación en 2019 y 2020, sobre todo por las jurisprudencias de la *Corte Suprema di Cassazione* (Corte Suprema de Casación) en actividad jurisdiccional del tribunal de apelación, última instancia italiana. La Corte Suprema se ha pronunciado sobre la inaplicabilidad de la filiación, por falta de ley italiana respecto a parejas

3. M. Vega, Javier Vega y Pelegrín Martínez Baza, "Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo", *Cuadernos de Bioética* 5, núm. 21 (1995): 55, <http://aebioetica.org/revistas/1995/1/21/45.pdf>.

homosexuales que acudieron al extranjero para lograr el nacimiento de sus hijos mediante gestación subrogada, a través del artículo 2.3:

2.3 Filiación y adopción en los supuestos de gestación subrogada.

Como se destacó anteriormente, el Gobierno federal ha definido las condiciones bajo las cuales la subrogación de maternidad puede realizarse legalmente, conforme a las disposiciones de las TRHA. Todos los demás perfiles relevantes en relación con esta institución —en particular los relacionados con la disciplina del derecho contractual y el derecho de familia— competen a los poderes legislativos provinciales y territoriales.

En relación con la maternidad subrogada, en cuanto a las técnicas de fecundación asistida, el tema de la filiación se centra en las diversas hipótesis de atribución de la paternidad, en la validez y efectos del proyecto parental, y de los contratos relevantes que, en tales circunstancias, involucren a la madre sustituta, padres intencionales o cualquier otro sujeto.

Desde esta perspectiva, si bien se garantiza el acceso a la gestación subrogada a nivel federal sobre una base no discriminatoria, es claro que la regulación de la paternidad adquiere especial importancia en este contexto, precisamente para las parejas homosexuales, sobre todo para aquellas conformadas por dos hombres. En ese caso, la gestación subrogada constituye, concretamente, la única posibilidad de acceso a la paternidad distinta de la adopción tradicional.⁴

Los antecedentes jurídicos relacionados en el estudio comprenden el análisis sobre la normatividad en diversos momentos procesales, así como la interpretación conforme a la ley aplicable. Por ejemplo, se relaciona con el numeral 5.º de la Ley 40, vigente desde 2004, cuando las parejas homosexuales no podían acceder a las TRHA, por lo que la sentencia declara la constitucionalidad de la ley. En otro pronunciamiento, la Corte reconoce lo que el Estado hace sobre las uniones civiles entre personas del mismo sexo; sin embargo, no se encuentra contemplado y, por tanto, no está permitida la adopción ni la filiación por medios reproductivos de asistencia médica. Esto se encuentra en la Ley de 20 de mayo, sobre “Regulación de uniones civiles entre personas del mismo sexo y

4. P. Passaglia, *Coppie Omosessuali e Status Filiationis* (Italia: Corte Costituzionale, 2020), 23-24. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/comp_274_filiazione_20211116103001.pdf. Traducción propia.

disciplina de convivencia”, también conocida como *Ley Cirinnà*: Ordenamiento italiano sobre las uniones civiles y regulación de las parejas de hecho; su entrada en vigencia dejó en la historia jurídica italiana la consideración del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.⁵

La cláusula que se considera en la sentencia se encuentra en el párrafo 20 del artículo 1º que en principio establece consideraciones sobre el matrimonio de las que se excluye lo relacionado con la adopción legítima o términos de filiación respecto de los padres, sin estar vinculados en la figura de matrimonio. La Corte, al emitir sus conclusiones, establece que no se puede considerar a los padres, por así estar en el derecho vigente, a quienes son personas del mismo sexo. Si bien la opinión en la sentencia hace mención de los avances científicos y tecnológicos sobre el desarrollo de las técnicas médicas para la asistencia en la procreación —genera un vínculo genético, también contemplado en las leyes—, la Corte pronunció que solo puede aceptarse por medio de una relación biológica y natural de padre para con sus hijos.

La sentencia de la Corte en 2020, bajo el numeral 230, declaró como legalmente inadmisibles el reconocimiento de maternidad a una madre que se atendió en el extranjero bajo las TRHA, quien pretendía el reconocimiento jurídico de ella y de su pareja en unión homoparental al volver a Italia. De conformidad con los tratados internacionales respecto de los derechos de los niños, el juzgador debe atender el principio del interés superior del niño; sin embargo, la sentencia no considera la amplia separación de la madre con la intención de vincular jurídicamente a su hijo, hasta en tanto el legislador no actualice estos supuestos y legisle de manera adecuada su regulación, con el fin de establecer la filiación. Al considerar los argumentos vertidos por la madre, la Corte aceptó el uso de las técnicas de fecundación, bajo consentimiento otorgado por la pareja homoparental en su responsabilidad de comaternidad. Toda vez que estas técnicas sean aplicadas en el extranjero, no existe ley italiana aplicable; por tanto, no existe inconstitucionalidad ni puede abordarse el tema de discriminación por orientación sexual.

La aparición de casos similares continúa el debate, así como la de sentencias por el Tribunal italiano que ha revisado y analizado los casos jurídicos respecto de la TRHA para otorgar validez a la filiación. Esto continuará hasta que el legislador no actualice el cuadro normativo y contribuya a la protección de los derechos del niño, ya sea por adopción o por asistencia médica de las parejas homoparentales. La Corte Constitucional continúa abordando en su función jurisdiccional para

5. “Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 21/05/2016, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>.

dar paso a la aplicación de respaldo de los DDHH, por la vía de interpretación sobre los tratados internacionales y los que contemplan la protección de los derechos fundamentales y las garantías.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El DIDH integra los organismos y organizaciones internacionales que, por su funcionalidad, contribuyen al derecho internacional, con el fin de integrar el término jurídico de DDHH y los preceptos constitucionales aplicables en los Estados a la comunidad internacional. Así se permitiría su reconocimiento, además de otorgar una jerarquía superior a las leyes emitidas por el Poder Legislativo.⁶ En ese sentido, representa los procesos legislativos en actos jurídicos que superan conceptos que la propia Ciencia Jurídica heredó del Siglo de las Luces.

Argentina intentó reformas constitucionales desde 1987 y hasta 1994. Consideraba los DDHH al alcance y protección, un logro de la Comisión Reformadora, vigentes en la Constitución de la Nación Argentina.⁷ El texto constitucional se actualizó en 44 artículos y 17 transitorios. La reforma en su conjunto resultó aprobada en lo general —para la Reforma de 1994 acudieron representantes de 35 partidos, formaron diecinueve bloques políticos; “Núcleo básico de coincidencias básicas”—, para el desahogo de la agenda por la Convención Constituyente. El debate jurídico consolidó las propuestas que fueron aprobadas: se garantizaron los derechos políticos como individuales y la participación ciudadana; además, se estableció que la equidad de género —con 35 % de participación femenina en cargos de elección—, la iniciativa popular y el referéndum son derechos políticos; el juicio de amparo vinculó al *habeas corpus* y al *habeas data*, así como el derecho a la información sobre datos públicos y personales, vigente en diversas constituciones: España y Portugal, entre otras.

Aun con estas reformas, el alcance no se aplicó al artículo 31, por lo que la jerarquía constitucional permaneció intacta en lo que respecta a la normativa constitucional y su relación con los tratados internacionales. En 1994, se respetó la integridad de su redacción:

6. Gregorio Badeni, “Reforma constitucional de 1994”, *Pensar en Derecho* 5, núm. 3 (2015): 10, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/reforma-constitucional-de-1994.pdf>.

7. Alberto A. Natale, “La reforma constitucional argentina de 1994”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2 (2000): 219-220. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2000.2.5588>.

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante, cualquiera [sic] disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.⁸

Por ello no se consideró el compromiso de que los pactos deben cumplirse con la solemnidad del acto por Argentina, en su incumplimiento frente a la Convención de Viena sobre el derecho de esos tratados.⁹ Los acuerdos internacionales establecen medios y principios de cooperación pacífica de controversias y cooperación jurídica entre Estados y naciones, o bien entre países, estableciendo en ellos acuerdos de respaldo de los textos internacionales. La jerarquía de la internacionalización jurídica armoniza lo interno frente al orden jurídico internacional; este equilibrio dinámico corresponde a las consideraciones de respeto entre iguales: todo tratado respalda los textos constitucionales. Cuando las convenciones internacionales son sobre DDHH, amplían el catálogo de derechos por cuanto a la obligación del vínculo jurídico que el Estado debe respetar por las sentencias de los organismos internacionales como la CIDH.

La reforma a la Constitución de la Nación Argentina permite referirse al artículo 75 sobre las obligaciones del Congreso y la Comisión Reformadora, que debió cumplir los tratados internacionales en jerarquía superior. A continuación, se reproduce el texto de la fracción 22:

[Corresponde al Congreso] aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la

8. Constitución de la Nación Argentina (Const. Arg.), art. 31 (Buenos Aires: Legis, 1994).

9. Organización de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* (Viena: ONU, 1969), https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.¹⁰

Lo anterior es norma vigente y aplicable a partir de 1994 para la comunidad internacional, sobre todo latinoamericana; con ella se adquiere el compromiso de considerar norma suprema a los acuerdos internacionales sobre DDHH. Los requisitos para la reforma posteriores a ese año son la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes del Poder Legislativo. Esto se encuentra establecido en el artículo 24: la aprobación de todos los integrantes para los tratados de integración con Estados latinoamericanos y organizaciones supraestatales, firmados y acordados en cumplimiento con las condiciones de igualdad y reciprocidad en ambiente de respeto y garantías de los DDHH, norma suprema constitucional.

Derechos sexuales y reproductivos (DSR)

Los alcances de las sentencias y otros factores culturales, políticos y religiosos indican que atender los DDHH representa un amplio debate para la comunidad internacional, respecto a las preferencias sexuales, avances científicos en temas de infertilidad y TRHA. Esto se presenta por los

10. Const. Arg., art. 75 fr. 22.

avances científicos de manera frecuente al final de siglo pasado; para nuestro siglo, por otra parte, se ha producido una actividad jurídica que permite abordar el tema desde el derecho comparado.

Las conferencias internacionales sobre DDHH, acerca de tratados internacionales regionales o los vinculados a la Conferencia de Derecho Internacional, permearon la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), cuyos asistentes se dieron cita en Egipto en 1994. Sus antecedentes datan de 1954, 1965, 1974 y 1984, pero, en la celebrada en la ciudad de El Cairo, la comunidad internacional adoptó metas a cumplir durante los siguientes veinte años, mediante el *Plan de acción para el desarrollo del campo poblacional*. Su agenda considera la relación de la población a la par con su desarrollo; en consecuencia, enfoca las necesidades de los DDHH y la universalidad de su reconocimiento con el fin de generar acuerdos sobre la población y no solo reunirse para fijar posturas de carácter demográfico. Esta conferencia fue evaluada durante las reuniones extraordinarias de 1999 y 2014.

La organización de la Conferencia sobre Población y Desarrollo +25 en la ciudad de Nairobi en 2019 puso énfasis sobre la voluntad política —principalmente en el plano financiero— para cumplir los compromisos sobre el Plan de Acción. Se acuerda responder hasta declarar que no existen necesidades sobre información a la población y se atienden los servicios de planificación en su totalidad. Gracias a ello, se habrán evitado las causas de muerte de las madres; no deberá existir violencia sexual ni discriminación por género, y se habrá eliminado toda práctica nociva hacia las poblaciones vulnerables.

La Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (*Office of the High Commissioner for Human Rights*, OHCHR), con el propósito de atender todo lo relacionado con DDHH, emite constantemente los reportes de cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados: protección de poblaciones vulnerables y garantía de los derechos que les permitan una vida digna, familia y atención social adecuada a los integrantes de la sociedad en general. Esto lo ha hecho durante el transcurso de las más de treinta sesiones concretadas.¹¹

A continuación se reproducen las partes integrales del numeral 4, contenido en el documento “Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación

11. ONU, *Protección de la familia: Contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 29 de enero de 2016, A/ Resolución 29/22 del Consejo de Derechos Humanos – OHCHR.

de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, en el que los Estados miembros han aceptado contribuir y respaldar a las familias:

4. En la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada el 25 de septiembre de 2015, se señalaba el potencial de las familias para contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluidos los relacionados con la erradicación de la pobreza y la creación de unas sociedades justas, inclusivas y seguras.

El reconocimiento del papel de las familias en el desarrollo no es algo nuevo. En los instrumentos internacionales se han reconocido de antiguo las funciones positivas que las familias pueden desempeñar en aras del desarrollo de sus miembros y de la comunidad. En la DUDH (art. 16, párr. 3) y en el PIDCP (art. 23, párr. 1) se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En otros instrumentos de derechos humanos se reafirma ese reconocimiento en términos similares. Por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pide a los Estados parte reconocer: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (art. 10, párr. 1).

El reconocimiento de la familia como unidad fundamental de la sociedad aparece en la Convención sobre los Derechos del Niño (quinto párrafo del preámbulo), en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 44, párr. 1) y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párrafo X del preámbulo). En esos instrumentos se pone de relieve una vez más el papel que desempeñan las familias en lo que se refiere a proteger los derechos humanos de sus miembros y proporcionarles un entorno propicio para disfrutarlos.¹²

12. Organización de las Naciones Unidas, *Protección de la familia*.

El numeral 18 se refiere al Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030; en él se resalta el papel de las familias para otorgar a los niños un ambiente adecuado y propicio para su desarrollo, pues es el elemento social más importante para la correcta educación en valores esenciales. Por consiguiente, los Estados acordaron cumplir con el reconocimiento jurídico de sus derechos desde septiembre 2015; también la Agenda deberá ejecutar sus objetivos de desarrollo sostenible: respeto y cuidado del medio ambiente, igualdad de género y el mantenimiento constante de la solidaridad generacional. En cuanto al principio de igualdad, se amplía en el texto la decisión familiar sobre el número de hijos. Asimismo, es obligación internacional generar un orden jurídico armónico para que los integrantes de la sociedad —en ambiente de igualdad y sin discriminación— cuenten con acceso a servicios de asistencia médica y de salud, en la que se consideren tanto la salud sexual como reproductiva.

En estos últimos DSR, las Conferencias Mundiales de Derechos Humanos (1993)¹³, Población y Desarrollo (1994)¹⁴ y de la Mujer (1995)¹⁵ se basaron en antecedentes de la DUDH (1948). En ella se manifestaron los objetivos de los Estados hacia el bien común: se consideraba a la familia como la base social fundamental, por lo que debe ser protegida. A partir de 1966, durante la celebración del PIDCP y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), los ordenamientos jurídicos actualizaron su contenido ampliando derechos de los gobernados, y estableciendo deberes y obligaciones de los Estados para sus respectivas poblaciones o extranjeros en sus territorios, en tránsito o residentes.

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos (1968) se pronunció por que sean los padres en pleno ejercicio de sus derechos quienes determinen tanto el número de hijos que deseen tener en el seno familiar como el esparcimiento de la familia.¹⁶ Por ser contemplados dentro de los DDHH, los DSR se integran al catálogo: el derecho a la salud; información adecuada, correcta y pronta; atención del Estado ante transgresiones a la dignidad de la persona que violenten la igualdad o exista discriminación. En el orden jurídico del DIDH, se debe amparar, respaldar, proteger

13. Organización de las Naciones Unidas, *Declaración y programa de acción de Viena* (12 de julio de 1993) (Viena: ONU, 1993), https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

14. Organización de las Naciones Unidas, “Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (5-13 de septiembre de 1994, Cairo, Egipto)”, *Conferencias, reuniones y eventos* (Egipto: ONU, 1994), https://www.un.org/es/events/pastevents/icpd_1994/.

15. Organización de las Naciones Unidas, “Conferencias mundiales sobre la mujer”, *ONU mujeres*, <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>.

16. Organización de las Naciones Unidas, *Proclamación de Teherán*, (Teherán: ONU, 1968), <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>.

y garantizar el libre acceso a los DSR, los cuales obligan la atención del Estado, facultado para otorgar los beneficios sobre los recursos para una atención del derecho a la salud.

La sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia relaciona los DSR, al tema del aborto, en la que se consideró, mediante el derecho comparado, la protección de derechos de respeto a la vida y la colisión frente a este. Esta sentencia se encuentra en el expediente C355/06¹⁷. Los DSR parten del reconocimiento de los principios de igualdad y el respeto a las preferencias sexuales; además, consideran juzgar la libertad de decisión sobre el propio cuerpo de las mujeres, con perspectiva de género.

Ahondando en lo anterior y en relación con el reconocimiento de derechos, toda ley establece principios y valora la dignidad de la persona humana; en el establecimiento de la maternidad, está basada en lo individual, por lo que el Estado no debe intervenir en esa particular opción ni tiene facultades para obligar o imponer intereses ajenos sobre la decisión personal. Sobre la controversia del tema del aborto o de la interrupción legal del embarazo, la Corte declaró el respaldo en los DSR, los que son parte en cuanto a su protección por el Estado de derecho, de los acuerdos internacionales y representan las estrategias de cuidado y protección de la dignidad humana, procurando el progreso en condiciones de igualdad y justicia social.

Orientación sexual e identidad de género

Al vivir en sociedad las personas lo hacen desde las diversas relaciones en las que interactúan en los diversos planos y roles sociales. De manera particular, este estudio se refiere a las relaciones sexuales que están presentes en la sociedad en las que se estudian desde el plano jurídico las que se establecen entre personas del mismo sexo. Esto se hace al abordar en este apartado el reconocimiento de género junto a la orientación sexual e identidad de género como derechos humanos y su amplio reconocimiento por la comunidad jurídica internacional, a pesar de que el DIDH no ha elaborado un vínculo jurídico de obligaciones de los Estados sobre el respeto que debe imperar por conceptos de género.

17. Corte Constitucional, Sentencia T-388/09: Aborto inducido por malformación del feto. Desarrollo jurisprudencial de la sentencia C-355 de 2006, Gobierno de la República de Colombia (2006), <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>.

El *género* describe aquellas características de las mujeres y los hombres que son en gran medida creadas socialmente, mientras que el *sexo* abarca aquellas que están determinadas biológicamente; sin embargo, estos términos a menudo se usan erróneamente indistintamente en la literatura científica, la política de salud y la legislación. *Sexo* y *género* son conceptos independientes, se usan para clasificar a las personas entre mujeres y hombres, a partir de determinados atributos que reconocemos como característicos de unas y otros.¹⁸

El debate surge porque no debe clasificarse a las personas, ya que se pierde la igualdad y se señalan cuestiones que discriminan y son categorías sospechosas frente al análisis jurídico, resultarían transgresiones a la ley y a todos los elementos que la integran, por igual a los principios que se establecen en el catálogo de DDHH. Para la ley existe una generalidad, no se contemplan excepciones, es aplicable de manera directa y es obligatoria para su cumplimiento, la ley ordena y por tanto concede atribuciones, al existir un precepto legal se establece su permanencia mediante su vigencia, por lo que también es abstracta y no es aplicable únicamente para persona alguna.

Los acuerdos internacionales son fuente del Orden Jurídico Interno, establecen principio y generan obligaciones a las que los Estados se vinculan; al publicarse, los gobernados conocen y, al estar correctamente informados, pueden en su oportunidad y en el ejercicio de sus derechos requerir que el Estado cumpla con el Orden Jurídico Internacional, bajo las garantías de derechos y libertades sin discriminación. Estos se documentan bajo los Principios de Yogyakarta¹⁹ y en las emisiones publicadas bajo los documentos de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Parte, en relación con las prevenciones que eviten la discriminación ya sea por orientación sexual o identidad de género.²⁰

Dentro del catálogo de acuerdos tendientes a contribuir a los acuerdos internacionales para evitar la discriminación se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual prohíbe la discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento

18. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* (México: SCJN, 2020), 2-15. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero>.

19. Estos principios fueron adoptados en la reunión de especialistas en derechos humanos realizada en Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006. Se adoptaron sobre la orientación sexual y la identidad de género, así como la legislación internacional aplicable para evitar su discriminación.

20. Consejo Europeo, “CDADI at a glance”, *Council of Europe* (Francia: COE, 2023), <https://www.coe.int/en/web/committee-antidiscrimination-diversity-inclusion>.

o cualquier otra condición social”.²¹ La condición social representa dentro del orden jurídico un concepto indeterminado, en el que debe existir una condición de las listadas anteriormente y que dé lugar a una discriminación por consideraciones de orientación sexual o bien por una cuestión de identidad de género.

La CIDH considera a la orientación y preferencia sexual una categoría sospechosa que debe juzgarse con perspectiva de género; realizar lo contrario resulta antagónico a la Convención Americana de Derechos Humanos y con ello a todo orden jurídico aplicable desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A pesar de lo anterior, en los informes anuales y, de manera particular, el correspondiente informe del año 2005 de la CIDH que entrega resultados de análisis de casos en la transgresión a DDHH, protegidos por los Estados integrantes del Pacto de San José, el diagnóstico es adverso. Esto debido a que la discriminación va en aumento y la desigualdad cubre planos más extensos, a lo que el informe lo atribuye a la nula o escasa contribución de los Estados, ya que no es tema prioritario de políticas públicas. Los resultados sobre el tema de desigualdad e igualdad afectan a los grupos vulnerables, sobre todo a las mujeres, grupos tradicionales y étnicos que son discriminados de forma recurrente, indígenas, etnias y homosexuales.²²

Conclusiones

El presente artículo es entre muchos una contribución por consolidar la construcción de una cultura de respeto a los derechos humanos, la cultura social debe ser una actividad constante que dirija la comunicación de la difusión de la dignidad de las personas en pleno ejercicio de sus derechos. Una sociedad en la que nadie sea tan fuerte para dominar a otro y nadie sea tan débil para dejarse dominar. Cualquier discusión que inicie entre el derecho y la moral debe superarse por los valores, por los principios legalmente establecidos, por los derechos reconocidos en la sociedad, pero sobre todo en las leyes. En esta idea se debe coincidir en no idealizar como se idealiza a

21. Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Presentación del Informe Anual 2005 de la CIDH, por parte del presidente Dr. Evelio Fernández Arévalo* (Washington: CIDH, 2006), <http://www.cidh.org/Discursos/4.27.06.htm>.

la justicia, a los derechos humanos; todo derecho es un fin, nunca son suficientes ni se agotan con el tiempo, sino que son producto de la sociedad que reclama la protección del Estado.

Las constituciones protegen los derechos fundamentales, las instituciones jurisdiccionales reconocen los derechos de toda fuente internacional, pero el poder legislativo, que debe atender su responsabilidad para actualizar los ordenamientos jurídicos, debe reformar instituciones y actualizar la actuación de Estado. Los derechos requieren su correcta interpretación por los gobernados y los órganos facultados para ello. Las leyes representan también a los defensores de derechos, que no actúan por moda, lo han hecho por ser un reclamo social. Son considerados derechos fundamentales, por considerarlos en la dignidad humana que nace libre, igual a otras personas. De esta concepción se establece el Estado que garantiza su actuación, bajo sus principios rectores, bajo leyes, constituciones y acuerdos internacionales.

Glosario de siglas

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José
CCPR	Comité de Derechos Humanos de la ONU (Centre for Civil and Political Rights)
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPD	Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DDHH	Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DSR	Derechos Sexuales y Reproductivos
FIV	Fecundación in vitro
OHCHR	Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (Office of the High Commissioner for Human Rights)
OMS	Organización Mundial de la Salud
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SUDH	Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Fuentes de investigación

Badeni, Gregorio. “Reforma constitucional de 1994”. *Pensar en Derecho* 5, núm. 3 (2015): 9-16. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-5.php>.

Constitución de la Nación Argentina. (Const. Arg.). Buenos Aires: Elegis, 1994.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Presentación del Informe Anual 2005 de la CIDH, por parte del presidente Dr. Evelio Fernández Arévalos.* Washington: CIDH, 2006. <http://www.cidh.org/Disursos/4.27.06.htm>.

Consejo Europeo. “CDADI at a glance”. Council of Europe (2023). <https://www.coe.int/en/web/committee-antidiscrimination-diversity-inclusion>.

“Legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 21/05/2016, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>.

Natale, Alberto A., “La reforma constitucional argentina de 1994”. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2 (2000): 219-237. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2000.2.5588>.

Organización de las Naciones Unidas. “Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. (5-13 de septiembre de 1994, Cairo, Egipto)”, *Conferencias, reuniones y eventos.* Egipto: ONU, 1968, https://www.un.org/es/events/pastevents/icpd_1994/.

Organización de las Naciones Unidas. “Conferencias mundiales sobre la mujer”, *ONU mujeres*, <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>.

Organización de las Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.* Viena: ONU, 1969, https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración y programa de acción de Viena (12 de julio de 1993).* Viena: ONU, 1993, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, ONU, Serie de Tratados, vol 993, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

Organización de las Naciones Unidas. *Proclamación de Teherán.* Teherán: ONU, 1968. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas. *Protección de la familia: Contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.* 29 de enero de 2016, a/hrc/31/37.

de Vos, Pierre y Jaco Barnard. “Same-sex marriage, civil unions and domestic partnerships in South Africa: critical reflections on an ongoing saga”. *South African Law Journal* 124, núm. 4 (2007): 795-826. <http://hdl.handle.net/11427/16496>.

Passaglia, P. *Coppie Omosessuali e Status Filiationis.* Italia: Corte Costituzionale, 2020, https://www.corte-costituzionale.it/documenti/convegni_seminari/comp_274_filiazione_20211116103001.pdf.

Rubio Llona, Aimar. “Comprendiendo la homofobia poscolonial: una propuesta de análisis desde el paradigma sudafricano”. *Sociológica* 30, núm. 86 (2015): 65-98. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305041201003>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. México: SCJN, 2020. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero>.

Vega, M., Javier Vega Gutiérrez y Pelegrín Martínez Baza. “Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo”. *Cuadernos de Bioética* 5, núm. 21 (1995): 45-56, <http://aebioetica.org/revisitas/1995/1/21/45.pdf>.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia T-388/09: Aborto inducido por malformación del feto. Desarrollo jurisprudencial de la sentencia C-355 de 2006. Gobierno de la República de Colombia (2006). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-388-09.htm>.