

## Curso virtual de DDHH – Caso 2

### Derecho a la igualdad y a la no discriminación

#### Aspectos procesales\* y solución de fondo

#### México - Realizado por: Juan Carlos Arjona Estévez

##### Aspectos procesales

#### 1. Tipo de acción

La acción aplicable al caso concreto es el amparo indirecto, que, de conformidad con el artículo 107 de la Ley de Amparo procede “[...] contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso”.

#### 2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso

En el presente caso, la competencia le corresponde al juez de distrito ante el que se presente la demanda, según lo disponen los artículos 35 y 37 de la Ley de Amparo.

#### 3. El reclamante

En este caso no se hace explícita la naturaleza jurídica del accionante de la demanda de inconstitucionalidad, sin embargo, quien instaure la acción deberá sujetarse a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1º y el artículo 5 de la Ley de Amparo. En el evento en que sean varias personas quienes deseen interponer la acción de amparo indirecto, deberán designar un representante según lo señala el artículo 13 de la misma ley. No obstante, solo lo podrán solicitar aquellos que puedan demostrar que se podrán ver afectados en futuro próximo por dicha norma, como lo estipula el artículo 1 de la Ley de Amparo.

\* Sara María Ortiz Lozano, estudiante de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), apoyó al autor en una primera búsqueda sobre los aspectos procesales para resolver este caso con fundamento en la legislación mexicana.

#### 4. El objeto del amparo o tutela constitucional

Los derechos objeto de tutela constitucional en el presente caso son el derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la protección de la familia, presuntamente transgredidos por la Ley Y que dispone como “requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial”.

#### 5. La legitimación del demandante

En virtud del artículo 107 de la Constitución Política, los quejosos cuya legitimación surge a partir de intereses que les son propios como parte de un grupo. En este caso se supone que los quejosos hacen parte de la población con orientación sexual diversa que se considera discriminada por la norma atacada. El accionante debe demostrar un interés legítimo, y no sólo un interés simple, es decir, debe probar que en algún punto futuro podría verse perjudicado por la norma.

#### 6. El agotamiento de la vía jurídica ordinaria

De acuerdo con el inciso 2 del numeral 4 del artículo 107 de la Constitución Política, no existe obligación de agotar previamente recursos ordinarios cuando se alega violación directa a la Constitución, tal y como sucede en el presente caso.

#### 7. La forma y el plazo para la admisibilidad de la acción

De acuerdo con los artículos 17 y 108 de la Ley de Amparo, la solicitud debe hacerse por escrito o por medios electrónicos, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la entrada en vigor de la ley pues se trata de una norma autoaplicativa, esto es, que las obligaciones derivadas de ella nacen con ella misma<sup>1</sup>.

Dentro del plazo de 24 horas contado desde la presentación de la demanda el órgano jurisdiccional deberá resolver si la admite, desecha o previene a los reclamantes para que la aclaren, según lo señala el artículo 112 de la Ley de Amparo.

<sup>1</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, julio de 1997, página 5, Pleno, tesis P./J. 55/97; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, agosto de 1997, página 317. Apéndice 1917-2000, Tomo I, Materia Constitucional, Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 1004936. 138. Pleno. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo II. Procesal Constitucional 2. Amparo contra leyes Primera Parte - SCJN Segunda Sección - Procedencia del amparo indirecto contra leyes, Pág. 3738. -1- 383, Pleno, tesis 328. **CITADO EN LEYES AUTOAPLICATIVAS Y HETEROAPLICATIVAS. DISTINCIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACIÓN INCONDICIONADA.**

## **Solución de fondo**

### **I. Problema jurídico**

*El derecho a la igualdad y no discriminación vis a vis el interés superior de la niñez.*

En el Estado X, la ley Y dispone que “[s]on requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial”.

Ante la emisión de dicha disposición contenida en la ley Y, se presentó una acción de inconstitucionalidad con base en los artículos 105, fracción II, inciso g) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 59 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que lo que se quiere contravenir es una norma general que acaba de entrar en vigor y se considera contraria a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Se han recibido en el juzgado, diversos *amicus curiae*, argumentando que la disposición busca proteger el interés superior de la niñez, y existen estudios en los que se concluye el beneficio a los niños y niñas de contar con una figura masculina y otra femenina en su etapa de formación.

### **II. Marco jurídico de protección**

#### **II. 1 Derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución mexicana *strictu sensu***

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce el derecho a la igualdad en el artículo 1, al enunciar que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. En ese mismo artículo, se establece la prohibición de la discriminación, incluyendo como categoría sospechosa de ser discriminada las preferencias sexuales.

El interés superior de la niñez está reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y establece que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. El mismo artículo 4 señala que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

*Interpretación de las normas constitucionales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y ampliación del contenido de los derechos humanos a través de ésta.*

El artículo 94 de la Constitución Mexicana, y los artículos 215, 216, y 217 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el carácter obligatorio de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, sea que se establezca por “reiteración de criterios, por contradicción de tesis [o] por sustitución”.

Para el caso de análisis, son aplicables cuatro tesis jurisprudenciales y una tesis aislada, emanadas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuatro tesis jurisprudenciales y una tesis aislada, emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dos tesis aisladas elaboradas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y una tesis aislada del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, y son: [P./J. 9/2016](#) (*Principio de igualdad y no discriminación. Algunos elementos que integran el parámetro general*), [P./J. 8/2016](#) (*Adopción. El interés superior del menor de edad se basa en la idoneidad de los adoptantes, dentro de la cual son irrelevantes el tipo de familia al que aquél será integrado, así como la orientación sexual o el estado civil de éstos*), [P./J. 13/2016](#) (*Adopción. La prohibición a los convivientes de ser considerados como adoptantes es inconstitucional*), [P. XII/2016](#) (*Adopción. La prohibición de ser considerado como adoptante con base en la orientación sexual es inconstitucional*), [P. VII/2016](#) (*Discriminación por objeto y por resultado. Su diferencia*), [1a./J. 126/2017](#) (*Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales*), [1a./J. 125/2017](#) (*Derecho humano a la igualdad jurídica. Reconocimiento de su dimensión sustantiva o de hecho en el ordenamiento jurídico mexicano*), [1a./J. 66/2015](#) (*Igualdad. Cuando una ley contenga una distinción basada en una categoría sospechosa, el juzgador debe realizar un escrutinio estricto a la luz de aquel principio*), [1a./J. 49/2016](#) (*Igualdad jurídica. Interpretación del artículo 24 de la convención americana sobre derechos humanos*), [1a. VII/2017](#) (*Derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación. Metodología para el estudio de casos que involucren la posible existencia de un tratamiento normativo diferenciado*), [2a. X/2017](#) (*Normas discriminatorias. No admiten interpretación conforme*), [2a. CXL/2016](#) (*Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Los artículos 10, 39, 57, fracción vii, y 116, fracción iv, de la ley general relativa, al hacer referencia a la "preferencia sexual", no vulneran el interés superior del menor ni el derecho de los padres de educar a sus hijos*), y I.1o.P.14 K (*Interés superior del menor. En caso de colisión en la aplicación de dos o más derechos humanos, la adopción de este principio obliga a las autoridades a hacer un ejercicio de ponderación para buscar la armonización entre los valores en juego, pero sin omitir el respeto a los derechos de alguno de los interesados, a fin de otorgar al infante todo lo que solicita, en cualquier circunstancia y sin requisito alguno*).

*Bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos y la ampliación del contenido de los derechos humanos a través de ésta.*

En los Estados Unidos Mexicanos se establece la figura de [bloque de constitucionalidad](#) en el artículo 1 constitucional con el propósito de dar jerarquía constitucional a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, dar un mandato para que las autoridades interpreten los derechos humanos de la Constitución y los de los tratados internacionales, y sirve como cláusula de apertura para integrar nuevos derechos humanos a ser protegidos a nivel constitucional.

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

**Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales** de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En 2014, la Suprema Corte de Justicia de México emitió la [tesis jurisprudencial P./J. 20/2014](#) en la que indica que las “normas de derechos humanos, independientemente de su fuente [constitucional o internacional], no se relacionan en términos jerárquicos”, y como consecuencia existe una "ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", que sirve como parámetro de control de regularidad constitucional. Es importante resaltar que también se precisó que en caso de que exista una “restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos [en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades deberán] estar a lo que indica la norma constitucional”.

Adicionalmente, en ese mismo año, la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó en su [tesis jurisprudencial P./J. 21/2014](#) que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emanada de su función contenciosa es vinculante para las autoridades judiciales del Estado mexicano, sin embargo su aplicabilidad a los casos concretos está supeditada, a que “el precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento [por parte de la Corte IDH]”, y se debe buscar la armonización de la jurisprudencia interamericana con la nacional, y sólo excepcionalmente decantar por unos y otros criterios si son más favorecedores a la protección de los derechos humanos.

No obstante lo anterior, en 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en la tesis aislada [P. XVI/2015](#) que las decisiones de la Corte IDH, para ser vinculantes, debe existir correspondencia “entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia”.

Por lo que respecta al carácter vinculante de los criterios emanados de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe una tesis aislada de un Tribunal Colegiado de Circuito ((I Región) 8o.1 CS (10a.)) que señaló que éstas tienen un carácter orientador.

En ese mismo sentido, otro Tribunal Colegiado de Circuito (XXVII.3o.6 CS (10a.)) estableció en un criterio aislado el carácter orientador de los “principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados”, es decir el soft law.

### ***El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación en la Constitución ampliada.***

Los artículos 26 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos [24](#) y [1](#) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconocen los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Las Convenciones para Eliminar Todas las Formas de Discriminación Racial y contra la Mujer establecen definiciones sobre el principio de no discriminación.

La Corte IDH ha emitido diversos criterios en una sentencia y cuatro opiniones consultivas con relación al derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, y son, [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile](#), [Opinión Consultiva OC-4/84](#) (*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*), [Opinión Consultiva OC-17/2002](#) (*Condición jurídica y derechos humanos del niño*), [Opinión Consultiva OC-18/03](#) (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*), y [Opinión Consultiva OC-24/17](#) (*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*). El Comité de Derechos Humanos emitió la Observación General número 18 relativa al Principio de No Discriminación.

### *Interés Superior de la Niñez en la Constitución ampliada.*

El interés superior de la niñez se puede extraer de los artículos 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y [19](#) de la CADH. Adicionalmente, los artículos 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce y obligan siempre considerar el interés superior de la niñez. La Corte IDH se ha pronunciado a favor del interés superior del niño en la [Opinión Consultiva OC-17/2002](#) (*Condición jurídica y derechos humanos del niño*). Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció la Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

### *Derecho a la protección a la familia en la Constitución ampliada.*

El derecho a la protección a la familia se reconoce en los artículos 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y [17](#) de la CADH. La Corte IDH emitió la sentencia [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile](#) en la que analiza el derecho de protección a la familia.

## **II. 2 Ponderación del interés superior de la niñez y la protección a la familia, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación.**

### **Principio de igualdad y no discriminación y aplicación en la adopción de niños y niñas por parejas homosexuales.**

En la Constitución mexicana y su ampliación en los tratados internacionales de los que México es parte, se reconoce el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, en los artículos 1 de la Constitución, 26 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y [24](#) y [1](#) de la CADH. La Corte IDH determinó en su [Opinión Consultiva OC-18/03](#) que el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación configuran una norma de orden público internacional que no admite pacto en contrario.

El derecho a la igualdad formal consiste en que todas las personas son iguales ante la ley, mientras que el principio de no discriminación prohíbe que existan distinciones en trato que limiten, restrinjan o impidan el ejercicio de los derechos humanos, sea por objeto o forma directa, sea por resultado o forma indirecta, y prescribe que se revise de forma más minuciosa, toda normatividad o acto jurídico que sea dirigido a personas que pertenezcan a alguna de las categorías sospechosas de ser discriminadas y que son enunciadas en la definición de discriminación.

### III. Constatación de un trato diferenciado

La [tesis jurisprudencial 1a./J. 125/2017](#) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconoce el derecho a la igualdad y lo ha interpretado bajo dos principios el de igualdad ante la ley y el de igualdad en la ley. En el primero de los casos obliga a que las normas jurídicas se apliquen de manera uniforme a todas las personas en la misma situación y es aplicado principalmente por autoridades jurisdiccionales, mientras que el segundo busca que no existan diferenciaciones legislativas, o en caso de existir, éstas no vulneren el principio de proporcionalidad. Esa misma Primera Sala en su [tesis jurisprudencial 1a./J. 126/2017](#) indica que la igualdad debe analizarse en su faceta formal y en la sustancial, la primera busca proteger contra distinciones o tratos arbitrarios, a partir de la aplicación de la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley; por su parte, el segundo pretende “alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas”.

Adicionalmente, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la [tesis jurisprudencial P. VII/2016](#) señala que existe discriminación por objeto cuando las normas jurídicas invocan directamente un factor prohibido de discriminación, mientras que la discriminación por resultado ocurre cuando existen normas jurídicas aparentemente neutras pero su contenido tiene un impacto desproporcionado a una persona o grupos en situación de desventaja sin justificación objetiva y razonable.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia [1a./J. 49/2016](#), cita los criterios de la Corte IDH emanados en la [Opinión Consultiva OC-4/84](#) para señalar que la igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano, sin embargo, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, y sólo lo es cuando la distinción “carece de una justificación objetiva y razonable”.

En este mismo sentido, la [tesis aislada 1a. VII/2017](#), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que quien alega ser víctima de discriminación debe proporcionar un parámetro de comparación a ser analizado, para determinar, entre otras cosas, si existe un trato discriminatorio en situaciones análogas. Para ello, la primera parte de la revisión por parte de órgano de justicia consiste en comprobar que no existan divergencias importantes que impidan la comparación, y posteriormente, revisar si las distinciones son legítimas.

Derivado de los anteriores criterios se puede extraer que el principio de igualdad y no discriminación sí admite la posibilidad de distinciones legales. Para determinar si una distinción es válida a la luz del principio de igualdad y no discriminación, se debe llevar a cabo un test con



el propósito de analizar si hay objetividad en la medida, la razonabilidad de la distinción, y la proporcionalidad en su determinación.

En el caso que nos ocupa, la regulación recientemente aprobada prohíbe la adopción de niños y niñas por parte de parejas homosexuales, con lo que se hace una distinción de trato con las parejas heterosexuales, porque éstas si tienen permitido adoptar niños y niñas. La disposición dice: “son requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial”. En este tipo de supuestos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia [P./I. 9/2016](#) ha señalado que es contraria toda situación que, por considerar a un grupo inferior, sea tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos, por lo que es indispensable realizar un escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas, y sólo las distinciones con una justificación muy robusta, serán consideradas constitucionales. Este mismo criterio también fue primeramente sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la [tesis jurisprudencial 1a./I. 66/2015](#). Ahora bien, a fin de determinar si la distinción cumple con lo antes dicho, se debe analizar a la luz de los criterios de objetividad, razonabilidad, y proporcionalidad.

#### IV. Justificación de un trato diferenciado

El criterio de objetividad analiza que las distinciones no obedezcan a apreciaciones sujetas a interpretación y busca garantizar que las medidas abarquen a todas las personas que se encuentren dentro de las circunstancias particulares que justifican la diferenciación de trato. En este caso la diferencia se da entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales para adoptar niños y niñas.

Con relación a las apreciaciones sujetas a interpretación se debe analizar lo sugerido por los diversos *amicus curiae*, en virtud de que uno de los motivos para tal distinción consiste en que existen estudios que concluyen que “el beneficio familiar de los menores está dado principalmente por la compañía de una figura masculina y otra femenina en la etapa de formación”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar un caso similar ([Atala Riffo](#)) consideró en su estudio que los derechos de la niñez podrían afectarse porque las niñas y niños que crecen con padres del mismo sexo podrían sufrir discriminación social o porque podrían tener una confusión de roles. A estos motivos se debe adicionar la percepción que hay sobre las segundas de que son un riesgo para los niños y niñas de ser víctimas de violencia sexual.

Por lo que respecta a los estudios, éstos solo refieren que es más beneficioso crecer con una figura masculina y una femenina, pero no existe información sobre una afectación grave de que niños y niñas no crezcan en dicho esquema. Adicionalmente, es de resaltar que las figuras masculinas y

femeninas de las que habla el estudio son construcciones socioculturales que pueden ser sustituidas, independientemente del sexo biológico de las personas. El segundo motivo es que pueden sufrir discriminación, sin embargo, una situación como la descrita se corrige con otro tipo de políticas, y no contribuyendo a estereotipos negativos. El tercer supuesto es que puede afectar el desarrollo psicosocial de la infancia, que parte del supuesto de que la homosexualidad es una desviación o trastorno mental, sin embargo, desde 1990, la Organización Mundial de la Salud eliminó de su lista de trastornos mentales a la homosexualidad. El cuarto motivo generalmente aducido sobre el riesgo de que pueden violentar sexualmente a los niños y niñas, parten de un criterio elaborado y desarrollado por el derecho penal de autor en el que a partir de características personales se determina el riesgo de una persona y se impone a partir de ella una condena, es decir, no importa la conducta realizada, sino la construcción social de lo que representa la persona a partir de sus características y condiciones, lo cual es una interpretación creada a partir de estereotipos.

La objetividad en las medidas busca a su vez garantizar que las medidas abarquen a todas las personas que se encuentren dentro de las circunstancias particulares que justifican la diferenciación de trato. En este caso, la distinción sólo excluye a las parejas homosexuales, pero no prohíbe la adopción de personas solas, independientemente de su identidad de género y orientación sexual. Al respecto, el Código Civil Federal establece en el artículo 390, que la persona mayor de 25 años, libre de matrimonio, puede adoptar, por lo que en estos supuestos los niños y niñas tampoco crecerían con una figura masculina y una femenina.

El análisis de razonabilidad consiste en revisar que al tener dos o más personas o grupos considerados como comparables y por lo tanto deben ser tratadas de manera igual, se hacen distinciones entre unas y otras, por lo que el trato diferenciado tiene que ser considerado legítimo siempre que la distinción parta de un motivo razonable. En el caso que nos ocupa la distinción se hace entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales, bajo la premisa analizada en el estudio de objetividad de la medida, al que se suma la revisión del interés superior de la niñez, por ser en este caso la protección de la infancia la razón principal de la distinción.

Con relación al interés superior de la niñez está reconocido en los artículos 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [19](#) de la CADH, y 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce y obligan siempre considerar el interés superior de la niñez. Asimismo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto en la [Opinión Consultiva OC-17/2002](#), señalando que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño estableció la Observación General No.14 el interés superior de la niñez, es una consideración primordial, y en la Observación General No. 5 señala que “todos los órganos o instituciones ... judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten ... incluyendo las que no se refieren directamente a los niños, pero los afectan indirectamente.”

Al respecto, la Corte IDH señaló en el caso [Atala Riffo](#) que el principio de interés superior del niño no puede hacerse valer de forma abstracta para restringir derechos, sino que tiene que especificarse los riesgos o daños que pueden sufrir los niños y niñas. En este caso, se afirma que al no existir evidencia concreta de afectación a niños y niñas que crecen con personas con orientación sexual homosexual, se puede decir que no tendrían impedimento a adoptar, porque como se indicó en el apartado de objetividad, la mayoría de las razones esgrimidas se basan en estereotipos y construcciones socioculturales.

Adicionalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la [tesis jurisprudencial P./J. 8/2016](#) en la que indicó que “la idoneidad de las personas para ser consideradas para adoptar debe atender únicamente a la posibilidad de brindar cuidado y protección al menor de edad, para incluirlo a una familia, y no puede atender ... [a] cierta orientación sexual.”

Más aún, en la [tesis jurisprudencial P./J. 13/2016](#) señala que al prohibir la adopción por parte de parejas del mismo sexo se violenta el interés superior de niños y niñas, así como el de protección a la familia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo explica de la siguiente forma: “La prohibición *ex ante* que impide a los convivientes ser siquiera considerados para la adopción implica, por un lado, una vulneración al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al impedirles formar parte de una familia respecto de convivientes que cumplieran con el requisito de idoneidad y, por otro, una transgresión al derecho de estos últimos a completar su familia, a través de la adopción si es su decisión y mientras cumplan con el requisito referido.” Es así, que en la [tesis jurisprudencial P. XII/2016 \(10a.\)](#), la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la “prohibición para las parejas del mismo sexo de adoptar vulnera el principio constitucional de igualdad y no discriminación, pues es insostenible la interpretación de que la homosexualidad de los adoptantes implica una afectación al interés superior de los menores adoptados.”

Ahora bien, en otro contexto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su [tesis aislada 2a. CXL/2016](#) determinó que la referencia a *preferencia sexual* en la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes, no vulneran el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, ni el derecho de los padres de educar a sus hijos. La relevancia de esta decisión es que la ley especializada en la materia, y la revisión sobre la misma parte de la Suprema Corte de Justicia de

la Nación no encuentran incompatibilidades entre la orientación sexual de las personas y el interés superior de la niñez.

Finalmente, el principio de proporcionalidad implica que la acción sea adecuada para contribuir a la obtención de derecho legítimo. Este principio parte del supuesto que la distinción es objetiva, y razonable, y se enfoca a determinar si la distinción que se hizo de trato era la menos gravosa en la limitación a un derecho. En el caso que nos ocupa, el impedimento para que parejas homosexuales no puedan adoptar no es ni objetiva ni razonable, pero aún si así fuera, la medida es la más gravosa porque impide totalmente el adoptar a parejas homosexuales.

## I. Decisión

### V. 1 La decisión sobre la procedibilidad de la demanda de amparo indirecto es la siguiente:

Con fundamento en los artículos 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 59 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que lo que se está contraviniendo es una norma general recientemente aprobada, en virtud de que lo que se quiere contravenir es una norma general que acaba de entrar en vigor y se considera contraria a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

### V. 2 La norma que prohíbe a las parejas del mismo sexo es discriminatoria.

Con base en los artículos 1 y 4 constitucionales, 23, 24, 26 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17, 19, 24 y 1 de la CADH, 1 de las Convenciones para Eliminar Todas las Formas de Discriminación Racial y contra la Mujer establecen definiciones sobre el principio de no discriminación, 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los criterios del Poder Judicial recogidos en las tesis [P./J. 9/2016](#), [P./J. 8/2016](#), [P./J. 13/2016](#), [P. XII/2016](#), [P. VII/2016](#), [1a./J. 126/2017](#), [1a./J. 125/2017](#), [1a./J. 66/2015](#), [1a./J. 49/2016](#), [1a. VII/2017](#), [2a. X/2017](#), [2a. CXL/2016](#) y I.1o.P.14 K, los criterios de la Corte IDH en el [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile](#), [Opinión Consultiva OC-4/84](#), [Opinión Consultiva OC-17/2002](#), [Opinión Consultiva OC-18/03](#), y [Opinión Consultiva OC-24/17](#), la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos, la Observación General No. 14 del Comité de Derechos del Niño decide:

La norma jurídica que impide la adopción de parejas homosexuales, en la que se hace una distinción con relación a las parejas heterosexuales, se hace sobre una de las categorías

sospechosas establecidas en la Constitución mexicana, por lo que exige un escrutinio estricto de la medida.

En la revisión de la disposición, se observó que la distinción no es objetiva ni razonable, y más aún, propuso la medida más gravosa en contra del sector de la población que se vería afectada, limitando por completo su derecho. En el estudio se revisó el interés superior de la niñez, para determinar si la distinción era una medida razonable para proteger este principio, sin embargo, las razones que se aducen se basan principalmente en estereotipos o condicionantes sociales, que no son suficientes para imponer una medida prohibitiva como la del caso de estudio.

Por lo anterior, se resuelve que la justicia constitucional declara la inconstitucionalidad de la parte prohibitiva de la disposición aducida, ello en virtud de que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó en su criterio [2a. X/2017](#), que las normas discriminatorias no admiten interpretación conforme.