

EL DERECHO DE FAMILIA

ENTRE CAMBIO Y TRADICIÓN

Aníbal Guzmán Ávalos
Mónica Victoria Ruiz Balcázar
(coordinadores)

Corpus
UNIVERSITARIO



Universidad Veracruzana

Esta obra se encuentra disponible en Acceso Abierto para copiarse, distribuirse y transmitirse con propósitos no comerciales. Todas las formas de reproducción, adaptación y/o traducción por medios mecánicos o electrónicos deberán indicar como fuente de origen a la obra y su(s) autor(es). Se debe obtener autorización de la Universidad Veracruzana para cualquier uso comercial. La persona o institución que distorsione, mutile o modifique el contenido de la obra será responsable por las acciones legales que genere e indemnizará a la Universidad Veracruzana por cualquier obligación que surja conforme a la legislación aplicable.

EL DERECHO DE FAMILIA. ENTRE CAMBIO Y TRADICIÓN

UNIVERSIDAD VERACRUZANA

MARTÍN GERARDO AGUILAR SÁNCHEZ

Rector

ELENA RUSTRIÁN PORTILLA

Secretaria Académica

LIZBETH MARGARITA VIVEROS CANCINO

Secretaria de Administración y Finanzas

JAQUELINE DEL CARMEN JONGITUD ZAMORA

Secretaria de Desarrollo Institucional

AGUSTÍN DEL MORAL TEJEDA

Director Editorial

EL **DERECHO**
DE **FAMILIA**
ENTRE CAMBIO Y TRADICIÓN

Aníbal Guzmán Ávalos
Mónica Victoria Ruiz Balcázar
(coordinadores)



Universidad Veracruzana
Dirección Editorial

Diseño de colección: Aída Pozos Villanueva

Clasificación LC: KGF480 D472 2022
Clasif. Dewey: 346.72015
Clasif. Derecho: K300.MX D472 2022
Título: El derecho de familia : entre cambio y tradición / Aníbal Guzmán Ávalos,
Mónica Victoria Ruiz Balcázar (coordinadores).
Edición: Primera edición.
Pie de imprenta: Xalapa, Veracruz, México : Universidad Veracruzana, Dirección Editorial,
2022.
Descripción física: 182 páginas ; 21 cm.
Serie: (Corpus universitario)
Nota: Incluye bibliografías.
ISBN: 9786075029894
Materias: Derecho de familia--México.
Derecho de familia.
Autores relacionados: Guzmán Ávalos, Aníbal.
Ruiz Balcázar, Mónica Victoria.

DGBUV 2022/05

D.R. © Universidad Veracruzana

Dirección Editorial

Nogueira núm. 7, Centro, CP 91000

Xalapa, Veracruz, México

Tel/fax (228) 8 18 59 80 y 8 18 13 88

direccioneditorial@uv.mx

<https://www.uv.mx/editorial>

Primera edición: 9 de marzo de 2022

ISBN: 978-607-502-989-4

DOI: 10.25009/uv.2746.1634

Impreso en México / *Printed in Mexico*

PRESENTACIÓN

EL DERECHO DE FAMILIA. ENTRE CAMBIO Y TRADICIÓN versa sobre diversos tópicos del derecho de familia desde una perspectiva que permite identificar criterios personales de cada autor o autora, enriquecidos con tesis jurisprudenciales y del Derecho Comparado del más alto tribunal en México. Además de la experiencia procesal que se denota en algunos trabajos, todos son producto de investigaciones realizadas por académicos de varias universidades: Universidad Veracruzana, Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad Autónoma del Carmen y la Universidad de Salamanca.

El libro permite abrir nuevos caminos de discusión del derecho familiar para innovar y reconocer algunos aspectos ignorados, silenciados o deficientemente trabajados por el marco jurídico vigente, al mismo tiempo que respeta la tradición de aquellas figuras que prevalecen en el tiempo ante las transformaciones que experimentan las familias.

En ese tenor, aquí se encuentran dos capítulos en donde se analiza la protección de las niñas y los niños menores de edad; otros dos tratan la perspectiva de género en México y en España.

Cuatro capítulos más analizan, en estrecho vínculo, los derechos humanos y la protección constitucional a la familia en su integridad, incluyendo nuevos modelos familiares y otro sobre tutela procesal. En ese contexto, aparecen los trabajos de Carmen González León y de Carmen Rosa Iglesias Martín, quienes, desde distintos ángulos, escriben sobre un aspecto esencial y tradicional del derecho familiar, la custodia de las niñas y los niños, sin el cual sus derechos serían fácilmente vulnerados, pero adecuando su regulación a la realidad del siglo veintiuno.

Carmen González León, en “La autonomía del paciente menor de edad y la patria potestad: consentimiento informado y acceso a la historia clínica”, analiza el derecho del menor de edad a ser informado sobre su salud, a prestar el consentimiento médico y acceder a su historia clínica. Lo anterior, en virtud de la ausencia de un criterio infalible que permita determinar bajo qué circunstancias una decisión que afecta su salud corresponde al menor de edad maduro o a quienes ejercen la patria potestad.

Aníbal Guzmán Avalos y María Isabel Gómez Anel, en “La familia en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, hacen un recuento de aquellos principios que impactan diversas instituciones del derecho de familia: el interés superior del menor, el derecho a la identidad, pro-persona, la igualdad y la dignidad; de este último se deriva el principio del libre desarrollo de la personalidad, entre otros, que repercute sobre figuras clásicas como el matrimonio, el divorcio, el concubinato, la filiación, la patria potestad, los alimentos, etc., y por supuestos que las transforman para dar cabal cumplimiento a los derechos humanos.

Por su parte, Carmen Rosa Iglesias Martín, en “Evolución jurisprudencial en España de la custodia compartida”, analiza la necesidad de lograr el equilibrio de las cargas compartidas entre los progenitores y en el interés superior de la niñez, especialmente en aspectos clave como la atribución de la vivienda o la obligación de dar alimentos, en donde se destaque la idea de la coparentalidad, porque los derechos y los deberes de la función parental corresponden a ambos progenitores por igual, independientemente de la ruptura conyugal.

En “Seguridad social, género y familia”, Mónica Victoria Ruiz Balcázar y Aníbal Guzmán Ávalos centran su análisis en el trabajo de los cuidados y su valoración legal. En el Derecho Comparado se examina este trabajo en el marco de la seguridad social en México y en España, desde la óptica de género y de acuerdo con la perspectiva de los derechos humanos.

De esta forma se devela que la seguridad social reproduce modelos normativos que se desprenden del derecho de familia que revelan un marcado desequilibrio de las obligaciones de hombres y mujeres para atender sus responsabilidades familiares como son el cuidado de niños y adultos mayores o enfermos, lo que afecta el acceso de las mujeres a prestaciones dignas de seguridad social por fundamentarse en normas que tienen su origen de acuerdo con el sexo y el género de las personas. De ahí que sus autores señalen la necesidad de repensar un pacto social que

reconsidere modelos de familia organizados, con la finalidad de realizar los trabajos de cuidados que respondan a desafíos como el envejecimiento demográfico, la baja tasa de natalidad y la coexistencia de hogares, donde el binomio hombre “proveedor”-mujer-“ama de casa” es inexistente.

En “La compensación económica en la ruptura matrimonial: una aproximación al Derecho Comparado”, María Isabel Gómez Anel y Mónica Victoria Ruiz Balcázar fijan su postura en relación con la figura que titula el capítulo. Consideran que, en efecto, la compensación logra equilibrar la situación económica en la que se ubica el cónyuge económicamente más débil, como consecuencia de su dedicación exclusiva o predominante al trabajo doméstico dentro del régimen de separación de bienes vigente durante el matrimonio, lo cual tiene sustento en la igualdad y la equidad de género.

Las autoras analizan la procedencia de la compensación económica en los procesos de divorcio para precisar las diferencias que tiene su tratamiento jurídico en relación con el ordenamiento jurídico español.

Respecto de los capítulos que abordan los derechos humanos y las políticas públicas y su impacto en la regulación del derecho de familia, en “Desarrollo humano integral de la familia. Consideraciones en torno a las políticas públicas en la actualidad”, María Elena Reyes Monjaras y Francisco Javier Tejero Bolón describen la necesidad de que las políticas públicas intervengan en el desarrollo integral de las familias para dar respuesta a los problemas que enfrenta la sociedad; por tanto, se requiere su inclusión como parte de una colectividad que integra al Estado.

En ese sentido, los autores destacan que, más que políticas públicas, el Estado mexicano implementa intervenciones dispersas a través de programas como el acceso a la seguridad social y a las políticas de población, por mencionar algunos; señalan también que, de acuerdo con algunos autores, se requiere que las políticas se planteen desde una perspectiva de género, considerándose tanto la pluralidad de las familias como el desarrollo humano integral.

En “La familia en la isla de los derechos: implicaciones de la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 sobre las políticas públicas de la Ciudad de México”, Arturo Miguel Chípuli Castillo manifiesta que la Ciudad de México es una “isla de derechos”, porque su marco jurídico tiende hacia la construcción de normas y programas de política pública progresistas que suman avances significativos en la exigibilidad de los derechos humanos.

La afirmación del autor nace a propósito de la reforma hecha por la Asamblea Legislativa de la mencionada entidad que, en su momento, replanteó el concepto de matrimonio como la unión de dos personas, legitimando la unión de parejas del mismo sexo con todos los derechos y las obligaciones inherentes, lo que suscitó una acción de inconstitucionalidad ante la SCJN y generó todo un entramado de disposiciones tendientes a materializar los derechos familiares de la población LGBTTTI.

Alejandra Zúñiga Ortega e Irvin Uriel López Bonilla, en “Implicaciones de la reasignación sexogenérica en la construcción de los nuevos modelos de familia”, plantean que el reconocimiento jurídico de la identidad sexogenérica de una persona transexual trae consigo la inevitable permisión legal de constituir una familia, misma que también es receptora de la protección estatal, especialmente a través de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), para ceñir un bloque de regularidad constitucional a partir de instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y las interpretaciones que de esta ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En ese sentido, afirman que es a través del activismo jurídico, encabezado en México por la SCJN, por lo que se ha logrado la protección de un colectivo, segregado en muchas ocasiones por su orientación, expresión o identidad sexogenérica.

Por último, y respecto al derecho familiar desde un enfoque procesal, en “La tutela judicial efectiva en los procesos de familia”, María Guadalupe López Morales aborda el estudio de la demora en la solución de las controversias familiares, vinculado los términos y plazos que señala el marco normativo del estado de Chiapas. La autora propone, además, alternativas de solución para mejorar y asegurar la administración de una justicia pronta y expedita que evite el riesgo de una sentencia favorable, pero ineficaz por tardía.

MÓNICA VICTORIA RUIZ BALCÁZAR

LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE MENOR DE EDAD Y LA PATRIA POTESTAD: CONSENTIMIENTO INFORMADO Y ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA

CARMEN GONZÁLEZ LEÓN¹

INTRODUCCIÓN

Proteger la autonomía del paciente menor de edad exige delimitarla para hacer compatible este derecho con las funciones de cuidado y asistencia que incumben a los titulares de la patria potestad. Con frecuencia, la protección de la vida y de la integridad física entran en conflicto con la protección de la intimidad y del libre desarrollo de la personalidad. Cuando el paciente es menor de edad o estamos ante un menor maduro, el problema se complica por la necesidad de conciliar con la autonomía del paciente, con la obligación de actuar en interés del menor y de velar por su salud.

Algunos problemas que nos encontramos son los siguientes:

1. Establecer los criterios para decidir cuándo los menores pueden ser oídos, pueden emitir el consentimiento médico y cuándo pueden acceder a su historia clínica.
2. En sentido contrario, debemos delimitar cuándo el interés del menor a la salud exige que los padres consientan por ellos y accedan a los datos de la historia clínica de sus hijos, sin necesidad de su autorización.

¹ Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, España.

La normativa aplicable para estudiar estas cuestiones incluye al menos tres ámbitos: sanitario, de protección de datos y el puramente civil. En el primero, la norma principal es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La LBAP regula el consentimiento médico de los menores de edad, pero no su derecho de acceso a la historia clínica. Para suplir este vacío se debe recurrir a los criterios que la propia LBAP contempla respecto a la participación del menor en las decisiones relativas a su salud, puesto que el acceso de los menores a la historia clínica está íntimamente relacionado con su capacidad para consentir. En el segundo, de la protección de datos, son importantes el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE² y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.³ La historia clínica encaja en el concepto de fichero que recoge el artículo 4.6 del Reglamento UE 2016/679 y la información relativa a la salud del paciente se sitúa en el máximo nivel de protección. Respecto del ámbito civil en relación con la obligación de los padres de velar por sus hijos habrá que estar pendiente de la regulación de la patria potestad contemplada en los artículos 154 a 171 del Código Civil español (CCE).

Antes de abordar el estudio de los derechos del paciente menor de edad es necesario precisar el concepto de menor de edad maduro. Hoy se considera que la opinión del menor debe ser determinante cuando se le considera preparado intelectual y emocionalmente para asumir los riesgos de una decisión que afecte sus derechos en cuanto a su salud. En esta línea, el Código Civil excluye la necesidad de la representación legal de los padres en los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo menor no emancipado pueda ejercitar por sí mismo de acuerdo con su madurez (artículo 162.1 del CCE). El problema es poder establecer los criterios

² Reglamento general de protección de datos. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 119, de 4 de mayo de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679R%2803%29>

³ Publicado en *BOE*, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, pp. 119788-119857, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>.

para determinar cuándo estamos ante un menor maduro. Una opción podría ser basarnos en la edad del menor y determinar un criterio objetivo para la entrada en la madurez. Aunque este criterio proporcionaría seguridad, no es el mejor si aceptamos que la madurez se adquiere de manera gradual y puede ser muy diferente en sujetos de la misma edad. Por otra parte, la opción de atender únicamente el desarrollo físico, emocional y cognitivo del menor, para ponderar la madurez en cada caso concreto, puede generar inseguridad y no ser viable en la práctica.⁴

En el ámbito sanitario la mejor opción es combinar ambos criterios. Es decir, fijar una edad de referencia pero considerarla junto con otros parámetros que permitan evaluar la madurez y que puedan imponerse a un simple criterio de edad. Algunas reformas en 2015 apuntan en esta dirección: dar preponderancia a la madurez más que a la edad. Por ejemplo, en el ámbito de la protección del derecho a la vida y a la salud del menor se ha potenciado la participación de los padres en las actuaciones médicas de sus hijos, y se ha limitado la autonomía del primero por no considerarse maduro.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido reformas en esta línea. Actualmente, los titulares de la patria potestad, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia, podrán intervenir en las decisiones del menor maduro relativas a los derechos de la personalidad (artículo 162.1, último inciso, CCE). Aunque estemos ante un menor maduro, se justifica la intervención de los titulares de la patria potestad cuando haya riesgo de afectar derechos de la personalidad importantes, como en el caso de la salud.

La Ley 26/2015 también ha modificado la regulación del consentimiento médico del menor de edad en la LBAP. Se mantiene el principio general de que el menor que ha cumplido 16 años puede prestar su consentimiento, pero ahora se establece que, a pesar de haber cumplido esta edad, no podrá hacerlo si se considera que no tiene madurez, más si se trata de una situación de riesgo grave para su salud.

En resumen, para tener la noción de lo que es un menor de edad maduro y de lo que podríamos llamar mayoría de edad sanitaria en el ámbito de la salud hay

⁴ Helena Díez García, “Comentario al artículo 162 del Código civil”, *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, p. 470; Antonio Troncoso Reigada, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, p. 1236.

que combinar los criterios de edad y madurez que se deducen de la regulación de la LBAP para delimitar la autonomía del paciente con estas características.

Como hemos señalado, la tendencia actual es garantizar al menor la mayor participación posible en su asistencia sanitaria, pero haciéndolo compatible con la protección del derecho a la vida y a la salud. En consecuencia, la edad y la madurez que se exigen para consentir un acto médico, susceptible de tener graves consecuencias, habrán de ser más estrictas que para otras actuaciones en principio menos importantes, como recibir información o acceder a toda o a una parte de la historia clínica. En el primer caso, el consentimiento del menor puede afectar directamente su vida o su salud, lo que no sucede al ejercer un derecho a ser informado o a ser oído. Como veremos más adelante, en el ámbito de la salud existe una íntima relación, pero la edad y la capacidad que se requieren para cada una de ellas debe ser y es diferente.

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO MÉDICO

El derecho del paciente menor de edad a ser informado y a ser oído

Como regla general, toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el consentimiento previo, y este debe obtenerse después de que el paciente haya recibido una información adecuada. Cuando el menor cumple los requisitos para dar su consentimiento, debe ser él quien reciba la información, pero incluso cuando sean sus padres los que deban consentir, el menor también deberá ser oído y, por lo tanto, informado.

La LBAP no regula expresamente el derecho del menor de edad a la información, pero tampoco lo excluye cuando dispone que los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier tratamiento de salud (LBAP, artículo 4.1). Añade que la información “se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad” (LBAP, artículo 4.2.), y esta debe ser conforme a sus posibilidades de comprensión.

El derecho a ser informado se relaciona con su capacidad para ser oído y para dar su consentimiento. La LBAP establece que cuando el menor de edad no sea

capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance del tratamiento médico, la aprobación la dará su representante legal, quien previamente deberá escuchar la opinión del paciente si tiene 12 años cumplidos o incluso menos edad si ha sido considerado maduro y capaz de comprender la información.⁵

En definitiva, el menor tiene derecho a ser oído si tiene 12 años o si se considera maduro y, aunque no haya llegado a esa edad, también deberá ser informado acerca de su estado de salud si el profesional médico así lo considera. De acuerdo con su capacidad de comprensión también tendrá derecho a expresar su opinión, aunque serán sus padres los que emitan el consentimiento médico.

*El derecho a la información del paciente menor de edad y de los titulares
de la patria potestad*

Cuando el paciente sea menor, se ha de informar a sus representantes legales (LBAP, artículos 5.2 y 5.3); en estos casos es necesario hacer compatibles su derecho a la intimidad con el deber de los padres de velar por su salud.

Vamos a referirnos a algunos supuestos que pueden presentarse:

- a) En los casos en que los padres prestan el consentimiento en representación de sus hijos menores, es necesario que los padres sean informados sobre los datos de su salud. Como hemos visto, el menor que no pueda consentir por sí mismo; si ha cumplido los 12 años, tiene derecho a opinar y a ser informado, pero será el profesional sanitario el que valorará la información que considere conveniente transmitirle en función de su desarrollo mental y de su capacidad para comprender la información.
- b) Cuando el menor tiene capacidad para consentir, lo que la LBAP presume es a los 16 años si se aprecia la madurez, los padres deberán respetar el derecho a la intimidad de sus hijos, por lo que en principio no tienen derecho a ser informados. Ahora bien, los titulares de la patria potestad pueden ser informados si los menores maduros con 16 años lo permiten expresa o tácitamente (LBAP, artículo 5.1).

⁵ Artículo 9.3.c, LBAP, y artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

- c) Cuando la enfermedad se complica y la situación sea de grave riesgo para la salud del menor, el médico deberá informar a sus representantes legales incluso en contra de la voluntad del menor. La LBAP dispone que en estos casos son los padres los que deben prestar el consentimiento, aunque el hijo sea maduro y mayor de 16 años (LBAP, artículo 9.4). En este supuesto, la intimidad del menor cede en favor de la protección de su salud, ya que puede tener capacidad de comprensión para ser informado y para expresar su opinión, pero los padres deberán ser informados en la medida que sea necesario para que puedan velar por su salud y prestar el consentimiento.
- d) Existen dudas en cuanto al derecho de los padres a ser informados si el menor no ha cumplido 16 años, pero el facultativo sí lo considera maduro para consentir una determinada intervención. Algunos autores defienden que el deber de velar por los intereses del menor que tienen los titulares de la patria potestad justifica también su derecho a ser informados sobre la intervención o el tratamiento al que se va a someter su hijo.⁶ Sin embargo, creemos que si el menor solicita que no se informe a los padres acerca de los datos de salud relacionados con el concreto acto que va a consentir, y el médico considera que está garantizado el interés del aquel, se deberá respetar su intimidad y los padres solo tendrán derecho a ser informados de las actuaciones en las que tengan que prestar el consentimiento por representación.

El consentimiento médico del menor de edad en el artículo 9 de la LBAP

De la regulación de este se deduce que podrá consentir el menor que sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance del tratamiento médico al que ha de someterse (LBAP, artículo 9.3.c). Si su capacidad no es suficiente, el consentimiento lo deberán prestar sus representantes legales, quienes por lo general son los titulares de la patria potestad.

En concreto, el artículo 9 establece los supuestos siguientes:

- a) Podrán otorgar el consentimiento los menores emancipados o los mayores de 16 años, salvo cuando se aprecie que no tienen suficiente madurez para

⁶ Consuelo Madrigal, “Menores y tratamientos médicos”, *Derecho y Salud*, p. 16.

emitirlo (primer párrafo del artículo 9.4, LBAP) o se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o la salud del menor (segundo párrafo del mismo artículo).

- b) La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación en esta materia (LBAP, primer párrafo del artículo 9.5).
- c) Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad, además de su manifestación de voluntad se requiere el consentimiento expreso de sus representantes legales (LBAP, segundo párrafo del mismo artículo).

Valoración de la modificación de la regulación del consentimiento del menor de edad introducida por la Ley 26/2015

La Ley 26/2015 ha reformado la regulación del consentimiento médico y ha limitado la libertad de decisión de los menores, al tiempo que ha favorecido una mayor intervención de sus representantes legales. Ha primado la idea de que la madurez del menor no depende solo de la edad, y que cumplir 16 años no implica necesariamente que lo sea. En este sentido, la Ley 26/2015 ha introducido algunos cambios importantes en el artículo 9 de la LBAP:

En el inciso a) de la sección anterior, el segundo párrafo establece que si el facultativo estima que un menor que ha cumplido 16 años no tiene madurez, el consentimiento lo tienen que prestar los titulares de la patria potestad. El criterio determinante para valorar la madurez del menor no es ya la edad, sino la capacidad para comprender el alcance y los riesgos del tratamiento, así como las consecuencias de la decisión a tomar. Será el médico que atiende al menor, en cada caso concreto, quien deberá determinar si este reúne las condiciones de madurez para poder consentir.

La madurez requerida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos; hay algunos que por sus características especiales exigirán al paciente un mayor grado de discernimiento. Cabe destacar la diferencia entre las actuaciones de la medicina curativa y la llamada medicina voluntaria. En el caso de los menores que quieran recurrir a la medicina voluntaria (por ejemplo, para mejorar el aspecto físico mediante intervenciones de cirugía estética) no solo es más riguroso propor-

cionar información médica, sino también la exigencia de madurez para prestar el consentimiento.⁷

Respecto al inciso *b*), en las actuaciones que conlleven riesgo grave para la salud del menor, la reforma de 2015 ha sustituido el consentimiento de los menores emancipados o de los que han cumplido 16 años por el consentimiento de sus padres o representantes legales (artículo 9.4), y la opinión de estos menores, aunque sean maduros, simplemente tendrá que ser oída y tenida en cuenta por sus padres para la toma de decisión correspondiente.

La actual redacción en la LBAP ha seguido los criterios recogidos en la Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas en menores de edad en caso de riesgo grave. Esta Circular intentó resolver las dudas que planteaba la regulación anterior cuando señalaba que en las actuaciones de grave riesgo la opinión de los padres se tendría en cuenta para la toma de decisión por parte de los menores mayores de 16 años.

Los conflictos surgieron especialmente en aquellos casos de riesgo grave en los que los facultativos consideraban necesario practicar a un menor un determinado tratamiento médico, y el propio menor, sus representantes legales o unos y otro se oponían al mismo. El principal impulso para que se dictara la Circular 1/2012 fue el caso del paciente menor de edad, quien por causa de sus creencias religiosas –testigo de Jehová– perdió la vida al negarse a recibir una transfusión sanguínea (caso tratado por la Sentencia del Tribunal Constitucional, en adelante STC), de 18 de julio de 2002, RTC 2002/154). La Circular 1/2012 se refiere a las situaciones de conflicto grave entre la vida y la salud del paciente menor de edad y su libertad de decisión (ejercida por el menor maduro, directa o indirectamente, a través de sus padres). El conflicto debe superarse dando prioridad al interés superior de la salud del menor sobre la voluntad expresada por él mismo o por sus representantes legales.

⁷ Arbesú González considera que las intervenciones de medicina voluntaria en menores de edad, como la cirugía estética, salvo que vayan acompañadas de otra dolencia y sean una necesidad terapéutica, deberían regirse por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad (Vanesa Arbesú González, “El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica”, p. 147).

Esta idea, plasmada en la actual regulación de la LBAP desde la reforma de 2015, ha suscitado un interesante debate. Algunos autores estiman que los actuales criterios del artículo 9 de esta ley son demasiado restrictivos en cuanto a los deseos e intereses del menor, y que alejan nuestro sistema legal del principio de la autonomía configurado en la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (1989).⁸ Otro sector de la doctrina entiende que los menores de edad están en proceso de formación y que hasta los 18 años alcanzarán su plena capacidad, de modo que para protegerlos no se puede dar relevancia a sus decisiones o a las de sus representantes legales cuando el resultado puedan ser la muerte o los daños graves e irreversibles para su salud.⁹ Por tanto, estos límites a la autonomía de los menores de edad se establecen en supuestos necesarios para garantizar el interés superior, que son la salud y la vida.

En cuanto al inciso *c*), la reforma de 2015 incorpora un nuevo apartado 6º al artículo 9, en el que se establece que si la decisión de los padres es contraria al beneficio del menor, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, salvo que

⁸ Joaquín María Rivera Álvarez, “El consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. interés superior del menor?”, *Revista de Derecho Privado*, p. 85; Gloria González Agudelo, “Los derechos sexuales y de salud sexual reproductiva de los menores de edad y la validez de su consentimiento después de las últimas modificaciones legislativas”, *Derecho y Salud*, pp. 34-35; Vicente Lomas Hernández, “La (inadecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Centro de Estudios de Consumo, www.uclm.es/centro/cesco.

⁹ En este sentido se expresan, entre otros, María del Carmen González Carrasco, “La (adecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Centro de Estudios de Consumo, www.uclm.es/centro/cesco; Madrigal, “Menores...”, pp. 17-18.

Madrigal, en “Menores...”, señala que “la irrelevancia de la negativa a recibir un tratamiento con grave riesgo para la vida o salud, debe referirse a tratamientos cuya aplicación objetivamente presente una alta probabilidad de éxito y cuya omisión presente una alta probabilidad de desembocar en un resultado lesivo”. Afirma que “un tratamiento agresivo de eficacia dudosa o incierta no debería aplicarse contra la voluntad de un menor maduro o contra la voluntad de los representantes de un menor no maduro. La variedad de casos que pueden darse en la realidad hace difícil establecer criterios más precisos, y se deberá atender a las circunstancias de cada caso”. Pone como ejemplo el caso de una niña británica de 13 años, con leucemia, quien durante años había recibido quimioterapia y con una esperanza de vida de seis meses, y en 2008 decidió no someterse a más operaciones médicas y morir en su casa arropada por su familia. El hospital pretendía someterla a una operación de trasplante de corazón, con riesgo muy alto; y los padres, teniendo en cuenta el calvario que había padecido la niña desde su infancia, no querían influir en su decisión. Finalmente, un juzgado estimó que debía prevalecer la opinión de la menor y no la operaron contra su voluntad, p. 20.

por razones de urgencia los profesionales sanitarios tengan que adoptar medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente. Se trata de asegurar que los titulares de la patria potestad actuarán en interés del menor; para ello, el profesional médico debe dirigirse a la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que se adopte la resolución correspondiente, salvo por las razones de urgencia señaladas, justificadas en el cumplimiento de un deber y ante la necesidad de hacerlo.

Esta puesta en conocimiento de la autoridad no se limita a las decisiones que puedan incidir gravemente en la vida o en la salud del menor (como, por ejemplo, cuando los padres niegan el consentimiento para que a su hijo menor de edad se le aplique un tratamiento oncológico o una transfusión sanguínea), sino que se extiende a cualquier decisión que adopten los padres respecto a una intervención o un tratamiento médico si se estima que no es acorde con el derecho a la salud de su hijo menor de edad. No se prevé que pueda recurrirse formalmente a la mediación, una fórmula que podría ser menos radical y más efectiva.

En resumen, y de acuerdo con la actual regulación del artículo 9, podrán prestar el consentimiento informado los menores que hayan cumplido 16 años (maduros), salvo que el facultativo aprecie que no tienen madurez suficiente para hacerlo y siempre que no se trate de una actuación que entrañe riesgo grave para su salud; y el menor que no haya cumplido 16 años, si el médico estima que tiene suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance del tratamiento al que se va a someter, sí puede dar su consentimiento.

EL DERECHO DE ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DEL MENOR

La falta de regulación expresa del derecho de acceso a la historia clínica

El derecho de acceso a la historia clínica tiene carácter personalísimo y solo están legitimados para acceder a ella el paciente titular de los datos y sus representantes debidamente acreditados, además de los profesionales que le atienden en el centro sanitario (LBAP, artículos 16.1 y 18). Cuando los menores de edad no pueden ejercer personalmente este derecho, lo podrán hacer sus representantes legales, pero ni la LBAP ni la LOPDGDGDD contemplan expresamente este supuesto. Por ello,

desde hace años se discute si se debe aplicar el criterio de 14 años que recoge la normativa sobre protección de datos en cuanto al consentimiento del menor para el tratamiento de sus datos de carácter personal, o si el criterio que ha de primar es el que se deduce de la regulación del consentimiento del menor de edad en la LBAP.

Hasta la entrada en vigor de la actual LOPDGDD en 2018, el tema se consideraba en el Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos, aprobado por el RD 1720/2007 (en adelante, RDLOPD), que fijaba como regla general los 14 años para que los menores pudiesen consentir el tratamiento de sus datos de carácter personal (artículo 13.1). Lo que llevó a pensar que si se les permite a los menores de edad que han cumplido 14 años manifestar su voluntad y consentir el tratamiento de sus datos personales (por ejemplo, en redes sociales), también podrían tener el derecho de acceso a sus datos de salud sin necesidad de contar con la autorización de sus padres. Así lo entendió la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en el Informe jurídico 0222/2014. Algunos informes destacan que si el menor ha cumplido 14 años, la regla general es que los padres necesitarán el consentimiento del hijo para consultar su historia clínica (informes jurídicos de la AEPD 0409/2004, 0227/2006 y 0046/2010). Sin embargo, la aplicación del criterio de los 14 años plantea problemas que se han manifestado en casos en los que la misma AEPD ha permitido a los padres de un menor de esa edad acceder a la historia clínica de su hijo, por estimar que esa información era vital para velar adecuadamente por su salud (Informe jurídico 0114/2008). En los últimos informes, la AEPD afirma que, para concretar quién tiene derecho a acceder a la historia clínica del menor de edad, junto a lo establecido en la normativa sobre protección de datos, se deberán tener en cuenta las obligaciones que derivan de la patria potestad y lo dispuesto en el artículo 9 de la LBAP (Informe jurídico 0222/2014).

La actual LOPDGDD mantiene el criterio de los 14 años para que el menor pueda consentir el tratamiento de sus datos personales (artículo 7.1),¹⁰ pero añade que “se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto

¹⁰ El Reglamento 2016/679/UE fija en 16 años la edad a partir de la cual los menores pueden prestar por sí mismos el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, pero permite rebajar esa edad hasta los 13 años, para que cada Estado miembro de la UE establezca la propia (artículo 8.1). En España, la LOPDGDD ha fijado la edad en 14 años (artículo 7.1).

se recaba el consentimiento para el tratamiento” (segundo párrafo del artículo 7.1). Por consiguiente, y respecto al derecho de acceso a la historia clínica del menor de edad, tendremos que atenernos a la regulación de la LBAP sobre el consentimiento informado de este, de la que se deduce que la mayoría de edad del paciente se presume a los 16 años (no a los 14), siempre y cuando el menor sea maduro. Es decir, que la LBAP recurre a los criterios de edad y madurez y le da preferencia a este último. Como veremos a continuación, la solución parece adecuada y aplicable al derecho de acceso a la historia clínica.

El derecho de acceso a la historia clínica del menor de edad

Las pautas a seguir en cuanto al derecho de acceso a la historia clínica del menor de edad son distintas en función de la edad y de la madurez del paciente menor:

- a) Como regla general, los menores que han cumplido 16 años tienen acceso a su historia clínica, y sus representantes legales solo podrán hacerlo si han sido autorizados por ellos. La LBAP presume que a partir de los 16 años los menores son maduros para prestar el consentimiento médico y, por lo tanto, los padres deben respetar la intimidad de los menores; se les exige la autorización de los hijos si quieren acceder a sus datos de salud. En la misma línea, la mayoría de las comunidades autónomas que han regulado esta materia han fijado en 16 años la edad para que puedan ejercitar el derecho de acceso, sin necesidad de estar representados por los titulares de la patria potestad.¹¹
- b) Cuando los padres emiten el consentimiento en representación de sus hijos mayores de 16 años, también podrán acceder a toda o a una parte de la historia clínica de los hijos sin necesidad de su autorización. La situación se puede producir por la falta de madurez del hijo mayor de 16 o por tratarse

¹¹ El artículo 12-4 del Decreto del País Vasco 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica, establece que, en caso de pacientes menores de 16 años, “el ejercicio del derecho de acceso a su historia clínica requerirá contar en todo caso con la autorización expresa de sus progenitores o de sus representantes legales. En caso de duda entre los intereses del o de la menor y los motivos de la persona solicitante, se actuará priorizando los intereses del o de la menor”. Puede verse también el artículo 15.1 del Decreto de Castilla y León 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica.

de una actuación que entrañe grave riesgo para la salud del menor (por ejemplo, por problemas psiquiátricos, de drogas, de alcohol o de conductas suicidas).¹²

- c) En el caso de los menores que no han cumplido los 16 años, los titulares de la patria potestad tienen derecho a acceder a la historia clínica de sus hijos, pero si el facultativo estima que el menor es maduro para consentir un acto médico este podrá pedir que no se autorice a sus padres el acceso a los datos de salud relativos a dicho acto, pero los titulares de la patria potestad sí podrán acceder al resto de la historia clínica del menor.¹³ En esta línea se expresa el artículo 15.2 del Decreto de Castilla y León 101/2005, en el que se regula la historia clínica. Sin embargo, algunos autores estiman que, en estos supuestos, los titulares de la patria potestad deben seguir teniendo acceso a la historia completa del hijo hasta que cumpla 16 años, porque el principio del interés del menor justificaría una capacidad más amplia de acceso de los padres que su capacidad para consentir.¹⁴

Alcance del derecho de acceso de los titulares de la patria potestad a la historia clínica del menor

Para respetar la intimidad de los menores es necesario establecer ciertos límites de acceso a los titulares de la patria potestad sobre la historia clínica de sus hijos, principalmente en el caso de los menores que han cumplido 16 años, quienes podrán oponerse a que sus padres accedan a datos como, por ejemplo, los relacionados con su vida sexual o con algunos problemas psiquiátricos.¹⁵ Esta limitación del derecho de acceso es viable si en opinión de los profesionales sanitarios no se trata de información relevante que determine la conducta de los padres en interés del menor.

¹² Además, en todos estos supuestos, es fundamental que los padres estén informados para que puedan ayudar a sus hijos mediante la detección precoz o el tratamiento, Troncoso, *La protección...*, p. 1238.

¹³ Carmen González León, “La protección de los datos de salud del menor de edad y el derecho de acceso a su historia clínica electrónica”, *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, pp. 80-81.

¹⁴ Troncoso, *La protección...*, p. 1234.

¹⁵ José Luis Rodríguez Laín, 2016, “Urgencias infantopediátricas: aspectos legales”, *Diario La Ley*, núm. 8795, 1 de julio de 2016, LA LEY 4527/2016, laleydigital.es, consultada en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5559666>.

El acceso parcial a la historia clínica es más fácil si esta tiene formato electrónico, lo que permite organizar la información en carpetas o módulos para los que se puede establecer un régimen de acceso diferente.¹⁶ En concreto, el Grupo de Trabajo del artículo 29 (GdT29), en su Documento sobre los historiales médicos electrónicos, de 15 de febrero de 2007,¹⁷ recomienda la creación de un módulo de acceso restringido, destinado a datos particularmente sensibles y que afectan especialmente a la intimidad (como los relativos a la sexualidad, la psiquiatría, el VIH, los abortos o la genética), con unos requisitos de acceso y de control más estrictos que el resto de los módulos de la historia clínica (módulos de datos de vacunación, de datos de medicación o de datos de urgencia). En un sentido similar se expresa el artículo 16 del Decreto de Galicia 29/2009, de 5 de febrero, en donde se regula el uso y el acceso a la historia clínica electrónica. Esta norma incorpora los denominados módulos de custodia especial donde se recogen datos que afectan esencialmente a la intimidad, entre los que deberían estar los datos relativos a la vida sexual del menor.

Respecto a los datos que afectan a las relaciones sexuales de los menores, también se debe tener en cuenta que el artículo 183.1 del Código Penal español (CPE) fija la edad para el consentimiento sexual en 16 años. Por tanto, los padres no tendrán derecho a acceder a la información sexual recogida en la historia clínica del menor con esos años cumplidos, solo que tuviesen que prestar el consentimiento para un acto médico relacionado con la vida sexual del menor, ya sea porque el facultativo lo estime necesario en atención a la falta de madurez del menor o a la existencia de un riesgo grave para su salud.

Más dudas suscita el caso de las relaciones sexuales de menores que no tienen 16 años, sobre todo tras la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015.¹⁸ La regulación anterior atribuía a los menores cierta capacidad de decisión para tener relaciones sexuales a partir de los 13 años. Por ello, antes

¹⁶ Vid. Carmen González León, "Privacidad e historia clínica electrónica: la autonomía del paciente y el ejercicio de los derechos ARCO", *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, pp. 57-61.

¹⁷ Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, *Documento de trabajo sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud en los historiales médicos electrónicos (HME)*, 00323/07/ES WP131, disponible en https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp131_es.pdf.

¹⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, núm. 77, 31 de marzo.

de la reforma no era necesario informar a los padres ni se les permitía el acceso a los datos sexuales clínicos de los hijos menores de 16 años que, según el criterio del médico, fueran maduros para consentir tratamientos respecto a sus relaciones sexuales. En esos casos se entendía que debía primar el derecho a la intimidad del menor y que no tenía sentido permitir a los padres acceder a estos datos y limitar una facultad que a los menores les atribuían las leyes. Tras la reforma de 2015 se incrementó la edad para el consentimiento sexual a 16 años (artículo 183.1, CPE), pero se autoriza el consentimiento del que no haya cumplido esa edad cuando la relación sexual se mantenga con una persona de edad o grado de madurez similares a la del menor por edad.¹⁹ Esta modificación plantea importantes problemas de interpretación, porque no aporta pautas legales para fijar la diferencia de edad admisible cuando se mantiene contacto sexual con un menor que no ha cumplido los 16 años ni para determinar la madurez, que son los dos criterios a los que se refiere el Código Penal.²⁰ España, por ejemplo, no tiene un parámetro exacto. Algunos países señalan un rango de edad para indicar si dos personas están próximas entre sí. Una persona próxima al menor por desarrollo o madurez pretende un equilibrio para juzgar si hubo consentimiento o si se trata de un delito. Hay muchos criterios de los tribunales españoles y juristas, pero no existe unanimidad para calificarlo cuando existe esa proximidad de desarrollo que para algunos es un criterio físico y la madurez que para ciertos autores es de tipo emocional. Esto ha generado incertidumbre en los médicos y en los menores, porque no puede afirmarse que todo contacto sexual de un menor de 16 años esté prohibido por la legislación española, pero tampoco lo contrario.²¹

¹⁹ El fundamento de esta excepción es evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez.

²⁰ González Agudelo critica la nueva regulación y considera que la ley no debería impedir que los menores de 14 a 16 años puedan tomar libremente la decisión de tener relaciones sexuales, “Los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva de los menores de edad y la validez de su consentimiento después de las últimas modificaciones legislativas”, *Derecho y Salud*, 2016.

²¹ La Fiscalía General del Estado ha dictado la Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal, en la que recoge algunas pautas para facilitar la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 183 quater del mismo Código. La Circular 1/2017 fija marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), *haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 15 años* (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), o *se trate de menores de 14 y 15 años* (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a los jóvenes hasta 20 años inclusive).

En definitiva, el menor que haya cumplido 16 años podrá ejercitar por sí mismo el derecho de acceso a sus datos de salud, y los titulares de la patria potestad solo podrán acceder si han sido autorizados por su hijo. Ahora bien, cuando los padres emiten el consentimiento en representación de los menores que han cumplido 16 años (sea por su falta de madurez o porque existe una situación de grave riesgo para la salud del menor) pueden, también, acceder a la historia clínica de sus hijos, sin necesidad de su autorización, pero solo en la medida necesaria para otorgar el consentimiento informado y velar por el menor, respetando en lo demás su intimidad. Los menores que no han cumplido 16 años, pero que sean maduros para consentir un tratamiento o actividad médica, pueden solicitar que no se autorice a los padres el acceder a los datos relativos a la misma, pero los padres tendrán derecho a acceder al resto de la historia clínica del menor sin necesidad de su autorización.

CONCLUSIONES

La tendencia actual es garantizar al menor la mayor participación posible en su asistencia sanitaria, pero siendo compatibles su derecho a la vida y a su salud con el deber de cuidado que los padres deben ejercitar como titulares de la patria potestad. En el ámbito sanitario no es lo mismo ser informado, ser oído, dar el consentimiento médico o acceder a la historia clínica. Por ello, la edad y la capacidad que se requieren para cada uno de estos actos son diferentes, como se desprende de la regulación contenida en la LBAP.

El menor tiene derecho a ser oído si tiene 12 años o si se le considera maduro, aunque no haya llegado a esa edad. En estos casos deberá ser informado sobre su estado de salud y tendrá derecho a expresar su opinión, aunque sean sus padres los que vayan a prestar el consentimiento por representación.

El menor que no ha cumplido 16 años pero que de acuerdo con la interpretación del médico es maduro para comprender el alcance y las consecuencias del tratamiento a que se le va someter, puede otorgar el consentimiento y solicitar que no se autorice a los titulares de la patria potestad acceder a los datos relativos a dicho tratamiento, aunque los padres tendrán derecho a acceder al resto de la historia clínica del menor sin necesidad de su autorización.

A los menores que hayan cumplido 16 años se les presume maduros y podrán prestar el consentimiento informado, salvo que el facultativo aprecie que no tienen madurez suficiente para otorgarlo o se trate de una situación de riesgo grave para su salud. En estos dos casos, a pesar de que el menor los haya cumplido o esté emancipado, serán los padres los que presten el consentimiento en representación de sus hijos. En cuanto al acceso a la historia clínica, el menor con 16 años podrá acceder, y los titulares de la patria potestad solo podrán hacerlo si han sido autorizados por sus hijos. No obstante, si el menor no es maduro o se trata de una situación de grave riesgo para su salud, los padres tendrán que acceder a la historia clínica de sus hijos sin necesidad de su autorización, pero solo respecto a aquellos datos que necesiten conocer para otorgar el consentimiento en representación, respetando en lo demás la intimidad del menor.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Española de Protección de datos (AEPD). 2014. Informe jurídico 0222/2014. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2004-0409.pdf>.
- . 2006. Informe jurídico 0227/2006. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2006-0227.pdf>.
- . 2008. Informe jurídico 0114/2008. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2008-0114.pdf>.
- . 2010. Informe jurídico 0046/2010. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2010-0046.pdf>.
- Arbesú González, Vanesa. 2016. El consentimiento del menor en medicina voluntaria. A propósito de la reforma operada por la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos de información y documentación clínica, *Derecho y Salud*. Vol. 26.
- Díez García, Elena. 2016. Comentario al artículo 162 del Código civil. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch Tratados.

- González Agudelo, Gloria. 2016. Los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva de los menores de edad y la validez de su consentimiento después de las últimas modificaciones legislativas, *Derecho y Salud*. Vol. 26.
- González Carrasco, María del Carmen. 2015. La (adecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, Centro de Estudios de Consumo, <https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/09/La-adecuada-limitaci%C3%B3n-a-la-autonom%C3%ada-sanitaria-del-menor-introducida-por-Ley-26-2015.pdf>.
- González León, Carmen. 2015. “Privacidad e Historia Clínica Electrónica: la autonomía del paciente y el ejercicio de los derechos ARCO”. En Juan Pablo Aparicio Vaquero y Alfredo Batuecas Caletrío (coords.), *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Granada: Comares.
- . 2018. La protección de los datos de salud del menor de edad y el derecho de acceso a su historia clínica electrónica. En Alfredo Batuecas Caletrío y Juan Pablo Aparicio Vaquero (coords.), *Algunos desafíos en la protección de datos personales*. Granada: Comares.
- Lomas Hernández, Vicente. 2015. La (inadecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor, introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, Centro de Estudios de Consumo, consultado el 18 de octubre 2021, https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/09/La-inadecuada-limitaci%C3%B3n-a-la-autonom%C3%ada-sanitaria-del-menor-introducida-por-la-Ley-26-2015__.pdf.
- Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo. 2016. Menores y tratamientos médicos, *Derecho y Salud*. Vol. 26.
- Rivera Álvarez, Joaquín María. El consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿Autonomía privada vs. interés superior del menor?, *Revista de Derecho Privado*, Núm.2, mar-abr, 2015, pp. 71-88.
- Rodríguez Laín, José Luis. 2016. Urgencias infantopediátricas: aspectos legales, *Diario La Ley*. Núm. 8795 (1 de julio de 2016, LA LEY 4527/2016, laleydigital.es). Consultada en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5559666>.
- Troncoso Reigada, Antonio. 2010. *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch, Tratados.

LA FAMILIA EN LA *CONSTITUCIÓN POLÍTICA* DE LOS *ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*

ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS
MARÍA ISABEL GÓMEZ ANEL¹

INTRODUCCIÓN

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* contiene diversas disposiciones en favor de la familia; así, desde 1917, se reguló su primer derecho, el patrimonio de familia en la fracción XXVIII del artículo 123, para proteger sus bienes, quedando afectos a un fin con las características de ser inalienable e inembargable.

Fue hasta 1974 cuando se volvieron a incluir los derechos de la familia en el artículo 4º, al cual se le hicieron dos adiciones importantes:

La primera se refiere a lo que hoy es su párrafo primero, cuyo texto original fue reformado recientemente para decir que: “La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

En la segunda, con motivo de las deliberaciones de la Conferencia Mundial de Población, se insertó un tercer párrafo, hoy segundo, que textualmente señala: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”, dando paso a una nueva política demográfica; postulado que destaca la paternidad y la maternidad responsables, para que todas las niñas y los niños que nazcan en el país sean fruto de la libre decisión de sus progenitores, conscientes de las condiciones necesarias de subsis-

¹ Profesores del Sistema de Enseñanza Abierta (SEA), Universidad Veracruzana.

tencia que le puedan otorgar, siempre dentro de un marco de responsabilidad y compromiso.

Así se fueron incorporando diversos párrafos en el artículo 4º, hasta llegar a constituir el precepto más importante en materia de familia.

Es verdad que es la disposición más importante en materia de derecho de familia, pero no la única, ya que existen otros preceptos que tutelan a la familia, tales como:

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

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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Así, el artículo 16 señala que nadie puede ser molestado en su persona ni en su familia. No solo con base en esta norma constitucional, sino en atención a diversos tratados internacionales se protege el derecho humano a la vida privada y familiar,

que conlleva a explicitar que el Estado no puede intervenir injustificadamente en las decisiones que solo conciernen a la familia.²

Cabe señalar que en los asuntos de carácter familiar se ha establecido jurisprudencia, obligando al juez a suplir la deficiencia de la queja por considerarse de orden público, toda vez que la suplencia es una institución de derecho familiar procesal, para no afectar derechos fundamentales y da al juez atribuciones suficientes para lograr un equilibrio en el proceso, siempre en atención a la reforma que adicionó un tercer párrafo al artículo 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, al señalar que “las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”, y el derecho de protección a la familia previsto por el artículo 4º constitucional.³ También existe jurisprudencia para suplir la falta de agravios o las deficiencias de los que se hubieren expresado.⁴ En específico, la deficiencia de la queja protege en toda su amplitud los intereses de menores de edad y de los incapaces y opera desde el escrito de demanda hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, búsqueda oficiosa de pruebas; esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio para lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz.⁵

² *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, 1a. Sala, T/A CCXI, Libro 49, t. I, Constitucional, p. 407.

³ *Ibid.*, 10a. Época, PC.I.C. J/88 Libro 64, t. III, Civil, p. 2366; en otra T/A se señala que el juez de lo familiar puede intervenir de oficio e incluso debe suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, dentro de las controversias sometidas a su potestad, en las que se afecte a la familia, pues la intención del legislador fue la de ir más allá del principio “*da mihi factum dabo tibi ius*” (dame los hechos que yo te daré el derecho), toda vez que no solo debe subsanarse la imprecisión en la cita de los preceptos legales, sino que se debe evitar una inadecuada defensa que pudiera afectar a la familia, sin que con ello se pretenda variar la esencia de lo pretendido por las partes, habida cuenta que lo que se busca es interpretarlo, entenderlo y perfeccionarlo en la medida de lo legalmente posible, pues el objeto de la figura de la suplencia en los planteamientos de derecho es subsanar o sustituir a las partes en el juicio con el afán de resolver el conflicto en la forma que más beneficie o menos afecte a los miembros de la familia, *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. Época, I, 3º C. 850 C. T/A, t. XXXII, p. 2986.

⁴ Esto indica que en ningún caso puede desestimarlos por inoperantes, insuficientes o inatendibles; por el contrario, debe corregir, perfeccionar o suplir todos los motivos que conduzcan a un fallo que salvaguarde los derechos de los sujetos, a favor de los cuales se suple la omisión advertida, *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, VI, 2º C. J/17, Libro 29, t. III, Civil, p. 2129.

⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. Época, 1a. Sala, J/191, t. XXIII, Civil, p. 167.

El artículo 29 prescribe que los derechos y las garantías no podrán restringirse ni suspender su ejercicio en proteger a la familia, los derechos de la niñez, entre otras más.

El artículo 107, fracción III, inciso a), párrafo cuarto, dispone que, al reclamarse una sentencia definitiva en amparo contra actos que afecten derechos de menores o incapaces al estado civil o al orden o a la estabilidad de la familia, no es exigible que el quejoso haya hecho valer las violaciones a las leyes del procedimiento durante la tramitación del juicio mediante el recurso o el medio de defensa que señale la ley ordinaria.

El artículo 4° de la Constitución consagra la protección a la familia y prescribe que corresponde a la ley establecer lo relativo a su organización y desarrollo, sin que se decante por un modelo o estructura específico al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger como realidad social, a efecto de cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto a la realidad existente.⁶

El derecho de familia es un conjunto de principios y valores que proceden de la Constitución, de los tratados internacionales, de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, que regulan y delimitan las relaciones entre los miembros de la familia, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.⁷

En los renglones siguientes se exponen algunos principios que imperan dentro del derecho de familia.

DIGNIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El artículo 1° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, entre otras cosas, señala que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos, reconocidos tanto por ella como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; además, prohíbe “toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales,

⁶ *Ibid.*, 9a. Época, Pleno, T/A XXIII, t. xxxiv, Constitucional/Civil, p. 871.

⁷ *Ibid.*, 9a. Época, I 5° C. J/11, t. xxxiii, Civil, p. 2133.

el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que la dignidad humana es el fundamento de cualquier institución jurídica y social –parámetro constante y clave en la interpretación constitucional–; por ello, es fundamental que se respete, así se salvaguarda el incuantificable valor que tiene toda persona por el solo hecho de serlo, lo que condiciona el disfrute de los demás derechos.

Señala que la dignidad se garantiza en la serie de derechos que tienen ese objetivo, como el libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental superior para que la persona alcance un estado de plenitud física y mental y le permita elegir y materializar los planes de vida que estime conveniente; implica el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiera ser, sin coacción ni controles o impedimentos externos injustificados, con el fin de cumplir las metas y los objetivos que se ha fijado; por tanto, es la persona quien decide el sentido de su existencia de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etc., cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros.

El libre desarrollo de la personalidad, si bien es cierto que no se encuentra establecido expresamente en la Constitución, también es cierto que está implícito en los instrumentos internacionales suscritos por México y, sobre todo, se entiende derivado del reconocimiento al derecho a la dignidad humana que previene el artículo 1º constitucional.

... constituye la expresión jurídica del principio liberal de “autonomía de la persona”, de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de estos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución...⁸

Principios que, como se verá más adelante, impactan a las instituciones del derecho de familia, como el matrimonio, el divorcio y la filiación, entre otras.

⁸ *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, T/A. CCCLXV, t. 1, Constitucional, p. 975.

Impedimento para contraer matrimonio

Los impedimentos para contraer matrimonio son las prohibiciones que señala la ley para su celebración, cuya violación origina la nulidad o la ilicitud del acto. Dentro de esas prohibiciones se encuentra la prevista para los divorciados de abstenerse de contraer nuevas nupcias sino hasta pasado un año de la ruptura del vínculo. El Segundo Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, en referencia al artículo 163 del Código Civil para el Estado de Veracruz, indica que tal proscripción temporal “restringe injustificadamente la potestad autónoma de toda persona a elegir su plan de vida” y su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Matrimonio

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución del juicio de inconstitucionalidad 2/2010, que promoviera el procurador general de la república en contra de la reforma del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, y que permite el matrimonio de personas del mismo sexo, argumentó que la dignidad humana es un derecho fundamental superior, reconocido por el sistema jurídico mexicano, del cual deriva “el libre desarrollo de la personalidad”, que consiste en *que toda persona tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, y comprende la libertad de contraer matrimonio o de no hacerlo, de procrear hijos y de decidir cuántos, o bien, de determinar no tenerlos; de escoger su apariencia personal, así como de decidir sobre su sexualidad.*⁹

Además señaló en dicha resolución que la naturaleza humana es sumamente compleja, y que uno de los aspectos que la caracteriza es la preferencia sexual de cada individuo, misma que indudablemente orienta también su proyección de vida, “la que desee o no tener en común con otra persona, ya sea de diferente o de su mismo sexo”. Esa orientación sexual, como parte de su identidad personal, es un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y, como en el caso de cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o de distinto sexo y, por ello, no debe ser limitada en la búsqueda y el logro de su felicidad.

⁹ *Ibid.*, 9a. Época, Pleno T/A, t. XXIII, Constitucional, p. 991.

Agregó que entre los derechos fundamentales se encuentran el derecho a la *identidad personal* y el derecho a la *identidad sexual*; se entiende en el primero el derecho de todo individuo a ser él mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los demás, de acuerdo con sus caracteres externos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y le permiten ser identificado. El derecho a la identidad sexual se refiere a su preferencia u orientación sexual y, por tanto, se inscribe dentro de la autodeterminación de las personas e incide en el libre desarrollo de las mismas al ser un elemento que innegablemente determinará sus relaciones afectivas y/o sexuales con personas del mismo o de diferente sexo y su elección de decidir con quién formar una vida común y tener hijos, si es que desea hacerlo.

A mayor contundencia, ha sostenido recientemente que es discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio con las preferencias sexuales, y que no es una medida idónea para cumplir con la finalidad constitucional de proteger a la familia como realidad social; por ende, es inconstitucional cualquier legislación interna que declare que el matrimonio es entre hombre y mujer. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.¹⁰ En el mismo sentido, la Primera Sala ha insistido en que la finalidad del matrimonio no es la procreación, porque hay parejas heterosexuales que deciden no tener hijos o parejas del mismo sexo que pueden tener hijos biológicos o adoptivos; de así hacerlo se vulneran los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1° de la Constitución, además de que se les priva de obtener los beneficios tangibles e intangibles que otorga dicha institución a estas parejas y a los niños que decidan criar.¹¹ Señala que las normas que definen al matrimonio, como el celebrado entre “un solo hombre y una sola mujer”, contienen una distinción con base en una categoría sospechosa, toda vez que la distinción que trazan para determinar quiénes pueden utilizar el poder normativo para crear un vínculo matrimonial se apoya en las preferencias sexuales de las personas.¹² Ade-

¹⁰ *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, J/43 Libro 19, t. 1, Constitucional/Civil, p. 536.

¹¹ *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, J/85, Libro 25, t. 1, Constitucional/Civil, p. 184.

¹² *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, J/84, Libro 25, t. 1, Constitucional/Civil, p. 186.

más, si se impide el matrimonio a las parejas del mismo sexo se les priva de obtener los beneficios materiales, económicos y no económicos¹³ que las leyes adscriben al matrimonio.¹⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, señala también que la preferencia sexual se encuentra protegida por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que prohíbe terminantemente la discriminación en general, incluyendo, en la misma, categorías como la orientación sexual y la identidad de género. En tal virtud, ninguna disposición, decisión o práctica puede disminuir o restringir derechos a las personas a partir de su orientación sexual.¹⁵

Concubinato

El inicio, la permanencia y la terminación de una relación de concubinato entre una pareja, sea del mismo o de diferente sexo, forman parte de un plan de vida elegido de manera autónoma por las personas y, por ende, entra dentro de la tutela del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y no se encuentra sujeta a ninguna formalidad.

Parejas estables coexistentes con otro vínculo

La mujer que procreó y se dedicó al cuidado de los hijos de un hombre del que depende económicamente, aun cuando no se configure el concubinato o matrimonio, basta que exista el vínculo jurídico que surge de la relación padre-hijo-madre y que no pueda proveerse a sí misma los ingresos necesarios para subsistir, tendrá derecho a una prestación familiar como los alimentos, porque de lo contrario implicaría una discriminación.¹⁶

¹³ Entre estos destacan los siguientes: 1) beneficios fiscales; 2) beneficios de solidaridad; 3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; 4) beneficios de propiedad; 5) beneficios en la toma suabrogada de decisiones médicas; y 6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros.

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, 1a. Sala, J/86, Libro 25, t. 1, Constitucional/Civil, p. 187.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ficha técnica, 21 de noviembre de 2012, consultado el 20 de octubre de 2019. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e.

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, T/A 1, I. 3° C.69 C. Civil, Libro XVII, t. 2, Civil, p. 1303.

A mayor abundamiento, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que en todos aquellos casos en que se acredite la existencia de una pareja que conviva de forma constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua, deben aplicarse las protecciones mínimas¹⁷ que prevé el derecho de familia para el matrimonio y el concubinato, como las obligaciones alimentarias, conforme al último párrafo del artículo 1° constitucional, y se les debe otorgar alimentos o pensión compensatoria.¹⁸ De lo contrario, se estaría discriminando por razón de sexo y estado civil e infringiendo el principio de igualdad entre dos mujeres.¹⁹

Divorcio

Por la propia naturaleza del principio del *libre desarrollo de la personalidad*, el Estado no solo debe abstenerse de interferir en el desarrollo autónomo del individuo; por el contrario, debe garantizar y procurar las condiciones más favorables para que todos alcancen sus aspiraciones y, por tanto, su realización personal y de vida, ya que si la libre voluntad es un elemento esencial del matrimonio,²⁰ también debe ser fundamental para decidir, legalmente, si dicha unión conyugal seguirá

¹⁷ Tiene derecho a recibir indemnización la pareja del trabajador fallecido, al demostrarse que mantuvo una relación sentimental prolongada y estable e, inclusive, que procrearon hijos, por lo que no puede considerarse como una simple relación efímera o pasajera, carente de tutela o protección legal, *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, T/A VIII.1° C.T.2 L, Libro 54, t. III, p. 2578.

¹⁸ Esta pensión compensatoria se puede hacer extensiva a aquellas mujeres amas de casa que hubiere tenido una relación estable y procreado un hijo con otro hombre estando casada, ya que no es ni razonable ni objetivo una exclusión basada en el género, al impactar en el proyecto de vida de aquellas mujeres que se dedicaron preponderantemente a las labores de hogar, cuidado y educación de sus hijos, y no pudieron hacerse de una independencia económica, *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, T/A VII.2° C.145 C, Común, Libro 54, t. III, p. 2698.

¹⁹ Aunque el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que no vulneran los derechos humanos de igualdad y no discriminación de la mujer por su estado civil, contenidos en los artículos 2, inciso d) y 13, inciso a), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, T/A I.12° C.5 C, Libro 50, t. IV, p. 2203.

²⁰ Es una unión voluntaria y libre de un hombre y una mujer —así se consignó en ese momento, aunque todos sabemos que hoy puede ser entre personas del mismo sexo—, con igualdad de derechos y obligaciones, con la posibilidad de procrear hijos (solo una posibilidad) y de ayudarse mutuamente, y se extingue por el divorcio, la muerte o la presunción de esta, de uno de de uno de los cónyuges por declaratoria de nulidad.

existiendo o se disuelve, pues no puede ser reconocida solo al momento de celebrarse el matrimonio.²¹

En tal sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, a la dignidad humana, se vulneran cuando se exige una causal de divorcio para disolver el matrimonio, porque la única causa determinante que puede considerarse como constitucionalmente válida es la libre voluntad de querer divorciarse.

En este orden de ideas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación catalogó a la acreditación de causales como inconstitucional, porque vulnera y restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad,²² ya que incide en su contenido *prima facie* y basta que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno,²³ pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil constituye la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida; es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida.²⁴

No discriminación. El artículo 1º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* dispone que todo individuo gozará de los derechos humanos reconocidos en ella y que no pueden restringirse ni suspenderse, sino solo en los casos y las condiciones que la misma Constitución establece y, por ende, queda prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La dignidad humana es un derecho fundamental del cual se derivan todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad, como el derecho al estado civil de las personas, toda vez que “... es un derecho de la persona elegir de forma libre y autónoma, su proyecto de vida, contraer matrimonio o de no hacerlo, proyectar y vivir su vida y solo a él y nada más que a él lo puede decidir en forma autónoma”.²⁵

²¹ *Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, III.2º C.25 C. T/A, Constitucional, t. 3, p. 2076.

²² *Ibid.*, criterio que ha seguido sustentando en diversas resoluciones como cuando se refirió a los artículos 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz (y ordenamientos análogos), cuando se resolvió sobre divorcios que exigen la acreditación de causales si no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, 10a. Época, 1a. Sala, J/28, t. 1, Constitucional, p. 570.

²³ *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, T/A CCCLXV, t. 1, Constitucional, p. 975.

²⁴ *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, T/A LIX, t. 2, Constitucional, p. 1392.

²⁵ *Ibid.*, 2014, 10a. Época, XVIII.4º 10 C. T/A, t. 4, Constitucional, p. 3050.

De ninguna manera se conculca el artículo 1° constitucional que prevé el derecho fundamental a la no discriminación, porque no dan lugar a que, por motivos de edad, raciales, religiosos, políticos, de posición social, de estado civil, etc., se dé a alguno de ellos un trato de inferioridad que se traduzca en una forma de discriminación que proporcione ventajas a uno de los consortes respecto del otro.²⁶

Igualdad. La igualdad entre cónyuges es otro principio que se puede detectar en los juicios de divorcio, prescrito por el artículo 1° de la Constitución federal, en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no únicamente en cuanto a los derechos y las responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto el mismo; por ello, está prohibido todo trato discriminatorio respecto a los motivos y los procedimientos de separación o divorcio, incluidos los gastos de manutención y la pensión alimenticia, lo que desemboca en el deber del Estado de velar porque el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho humano a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos.²⁷

Impactan matrimonio, alimentos, filiación, adopción, concubinato, divorcio, patria potestad, convivencia y pareja estable coexistente con otro vínculo.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En 1980 se adicionó al artículo 4° el párrafo: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.

En 2000 se incorporó por primera vez que: “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”. “Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos...”

²⁶ *Ibid.*, 9a. Época, I. 4° C. 206 C. T/A, t. 31, Civil, p. 2108.

²⁷ *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, T/ALXIII, t. 1, Constitucional/Civil, p. 981.

Fue hasta 2011, con la reforma sobre derechos humanos, que se introdujo el hoy párrafo noveno al artículo 4° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* para incorporar el interés superior de la niñez como principio rector en todas las decisiones y actuaciones del Estado, garantizando plenamente sus derechos, principio que debe guiar el diseño, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Lo anterior constituye un derecho humano de los menores; luego entonces, parece natural que las niñas y los niños, al ser indefensos desde su nacimiento, se declare su protección²⁸ por parte de los generadores de la relación paterno filial: padre, madre, abuelos, etc., quienes tienen la obligación o el deber primario de cumplir con sus alimentos.

El mandato constitucional se refiere a las niñas y los niños sin ningún menoscabo de desigualdad, “cuyo mejor beneficio y menor perjuicio hay que encontrar”;²⁹ por su lado, el propio artículo 1° constitucional, párrafo quinto, aplicable también a la defensa e igualdad de los niños y niñas, señala que las garantías se otorgan a todo individuo (los menores son individuos sin capacidad de ejercicio) y prohíbe la discriminación por razón de edad. Mandato que se reflejaba en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en 2000, y en la relativa a cada entidad federativa, así como en la nueva Ley general para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, de 2014.

²⁸ La protección de la infancia ha sido una preocupación internacional, por lo que vale la pena mencionar algunos de los documentos supranacionales que protegen los derechos de niñas y niños, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que aprobó y proclamó en el artículo 25.2 que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y a una protección social, igual sean niños (y niñas) nacidos dentro o fuera de matrimonio. Protección que ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra, de 1924, sobre los Derechos del Niño, y en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (todo niño tiene derecho sin discriminación a las medidas de protección por parte de su familia, sociedad y estado), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y los adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición) y en la Convención sobre los derechos del niño, debidamente ratificada por México en términos del artículo 133 constitucional (Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación; que se atienda el interés superior del niño; el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, etc.).

²⁹ Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, p. 20.

Los tribunales han refrendado el sentir constitucional a través de la Primera Sala de la SCJ, la cual sostiene que *el sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores*, lo que se refleja, tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde se deriva que el interés superior del menor “implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana se realicen de modo que, en primer término, *se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos*”.³⁰

Esa misma Sala emitió los alcances y las funciones normativas del interés superior del menor al señalar que van dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos como criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de su vida, conforme a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y a la Convención sobre los Derechos del Niño, donde sus “dos funciones normativas son: a) como *principio jurídico garantista*, y b) como *pauta interpretativa* para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores”.³¹

Se ha dicho que el interés superior por el menor es un concepto de difícil definición;³² no obstante, hoy inunda todo el régimen legal e irradia energía jurídica y los tribunales federales han intentado explicar que se trata de un catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjarles un desarrollo humano integral y una vida digna, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.³³

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señala que no es fácil su aplicación, y requiere encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste y, de manera paralela, determinarlo en concreto en los casos correspondientes; por lo que cabe estructurarlo en tres zonas: la primera, de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. La segunda, de certeza negativa, consiste en estar fuera del concepto indeterminado; y la última,

³⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. Época, I.5° C. J/14, Civil, t. xxxiii, p. 2187.

³¹ *Ibid.* 10a. Época, 1a. Sala, t. Libro IX, t. 1, p. 261.

³² Francisco Rivero Hernández, *El interés...*, p. 28.

³³ *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. Época, I.5° J/16. t. xxxiii, p. 2188.

intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde se deben tomar varias decisiones.

En esta última zona, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven; por lo tanto, no siempre es el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues varía en función de las circunstancias personales y familiares, más aún cuando se pasa del plano jurídico al cultural; por esta razón, son los tribunales quienes deben establecer con exactitud los límites del interés superior del menor para cada hecho planteado, haciendo uso de valores o criterios racionales.

Esos criterios deben satisfacer no solo las necesidades materiales vitales del menor, sino las espirituales, afectivas y educacionales, atender los deseos, los sentimientos y las opiniones del menor, interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento y, si es posible, mantener su *statu quo* material y espiritual y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.

Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecerlo.

Este principio permea en instituciones del derecho de familia como es la filiación, la adopción, la patria potestad, la convivencia y los alimentos.

DERECHO DE IDENTIDAD

El párrafo más reciente, adicionado al artículo 4º, se realizó en junio de 2014, y a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento”.

Lo anterior nos conduce a recordar el postulado de los artículos 7 y 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Este derecho a la identidad es relevante para el individuo, toda vez que debe darse prioridad al innegable derecho de un menor a conocer su filiación; esto es, la identidad de sus ascendientes que satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo pleno e integral, y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aun en el caso de estar separados, salvo que vaya en contra del interés superior de la niña y del niño,³⁴ toda vez que la Primera Sala de la SCJ sustenta que el menor debe conocer su origen biológico porque incide en la formación de su personalidad; en caso contrario, le puede acarrear problemas personales, psiquiátricos y de desarrollo de la personalidad. Por ello, el conocimiento de dichos orígenes está protegido tanto por el derecho a la identidad como por el derecho a la salud mental, ya que ese conocimiento puede revelar información relevante para prevenir o tratar afectaciones médicas.³⁵

El derecho a la identidad también entraña el reconocimiento jurídico-social de toda persona como sujeto de derechos, de su pertenencia a un Estado, territorio, sociedad y familia; en otras palabras –señala la Primera Sala–, es una condición necesaria para preservar tanto la dignidad individual como la dignidad colectiva de las personas.³⁶ En otra tesis se afirma que abarca el compromiso político del Estado, tendiente a garantizar a los niños la preservación de los vínculos familiares.³⁷ Indica que el derecho a la identidad se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales, y de los valores y principios que le transmiten las personas para él significativas, en sus primeros años de vida, lo que define su personalidad.³⁸

³⁴ *Ibid.*, 10a. Época, T/A I.3o.C.120 C, 10a. Época, p. 2431.

³⁵ *Ibid.*, 10a. Época, T/A, 1a. XLIV, p. 274.

³⁶ *Ibid.*, 10a. Época, Tesis III.2° C.37 C, p. 1700.

³⁷ *Ibid.*, 10a. Época, 1a. Sala, XXIV I, p. 649.

³⁸ *Ibid.*, Tesis 1a. LXXIII, 10a. Época, p. 580.

CONCLUSIÓN

Las reformas en materia de derechos humanos en nuestro país han propiciado que principios como la dignidad, el interés superior del menor, el derecho a la identidad, la no discriminación, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad impacten en instituciones del derecho de familia.

Sin lugar a dudas, los principios han transformado el matrimonio, la filiación, el divorcio, el concubinato, la patria potestad y el derecho a los alimentos, con la carga potencial del respeto de los derechos humanos de cada uno de los miembros que conforman un grupo familiar, garantizando el ejercicio de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Convención sobre los Derechos del Niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile. Ficha técnica. 21 de noviembre de 2012. Consultada el 20 de octubre de 2019] Disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=e.

Declaración de los Derechos del Niño.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Rivero Hernández, Francisco. 2007. El interés del menor. Madrid: Dykinson.

Semanario Judicial de la Federación. 2005. 9a. Época, 1a. Sala, J/191, t. xxiii, Civil.

———. 2010. 9a. Época, I, 3° C. 850, C. T/A, t. xxxii.

———. 2010. 9a. Época, I, 4° C. 206 C. T/A, t. 31, Civil.

———. 2011. 9a. Época, Pleno, T/A XXIII, t. xxxiv, Constitucional/Civil.

———. 2011. 9a. Época, I 5° C. J/11, t. xxxiii, Civil.

———. 2011. 9a. Época, Pleno T/A, t. xxiii, Constitucional.

———. 2011. 9a. Época, I, 5° C. J/14, t. xxxiii, Civil.

———. 2011. I.5°. J/16. t. xxxiii.

———. 2012. 10a. Época, 1a. Sala, , Libro IX, t. 1.

———. 2012. 10a. Época, Tesis 1a XLIV.

Semanario Judicial de la Federación. 2013. T/A 10ª, I. 3º C.69 C. Civil, Libro XVII, t. 2, Civil.

- . 2013. 10a. Época, Tesis I.3o.C.120 C.
- . 2014. 10a. Época, XVIII.4º 10 C. T/A, t. 4, Constitucional.
- . 2015. 10a. Época, III.2º C.25 C. T/A, t. 3, Constitucional.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, J/28, t. 1, Constitucional.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, T/A CCCLXV, t. 1, Constitucional.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, T/A LIX, t. 2, Constitucional.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, T/A, CCCLXV, t. 1, Constitucional.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, J/43 Libro 19, t. i, Constitucional/Civil.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, J/85, Libro 25, t. i, Constitucional/Civil.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, J/84, Libro 25, t. i, Constitucional/Civil.
- . 2015. 10a. Época, 1a. Sala, J/86, Libro 25, t. i, Constitucional/Civil.
- . 2016. 10a, VI, 2º C. J/17 Libro 29, t. III, Civil.
- . 2016. Tesis III.2º C.37 C 10ª Época.
- . 2016. 10a. Época, 1a. Sala, T/ALXIII, t. 1, Constitucional/Civil.
- . 2017. 10a. Época, 1a. Sala, T/A CCXI, Libro 49, t. i, Constitucional, p. 407.
- . 2017. Tesis: 1a XXIV I.
- . 2017. Tesis: 1a LXXIII.
- . 2018. 10a. Época, T/A VIII.1º C.T.2 L, Libro 54, t. III.
- . 2018. 10a. Época, T/A VII.2º C.145 C, 10ª Común, Libro 54, t. III.
- . 2018. 10a. Época, T/A I.12º C.5 C Libro 50, t. IV.
- . 2019. 10a. Época, PC.I.C. J/88, Libro 64, t. III, Civil.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA

CARMEN ROSA IGLESIAS MARTÍN¹

INTRODUCCIÓN

Después de la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del CC ESPAÑOL y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en materia de separación y divorcio, donde se introdujo tímidamente la institución de la guarda y custodia compartida (artículo 92 del cc), se fue observando una lenta y progresiva tendencia de nuestra jurisprudencia en favor de su otorgamiento. De esta manera se intentó responder la exigencia de mantener unas relaciones de coparentalidad, en donde la primacía del principio del interés superior del menor se ha traducido en la utilización de fórmulas para hacer efectiva la necesidad que tienen los menores por parte de ambos progenitores. El propósito es darles cierta estabilidad (vital y emocional) en una situación de por sí tan difícil como lo es la crisis matrimonial, y pretende, por supuesto, reflejar la obligación permanente de los padres en cuanto al cuidado y la protección de sus hijos.

Es necesaria una reforma que aborde una regulación acorde con la realidad social española. Las diferentes interpretaciones que existen por parte de nuestros tribunales se producen por esta falta de claridad de la ley. Si esta no contempla los criterios jurisprudenciales, siempre más ajustados a la realidad, existe un problema de base que es fundamental solucionar. Este va a ser uno de los retos del derecho de familia en España.

¹ Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

BREVE DESARROLLO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Antes de la ya citada reforma de la Ley 15/2005 había un sector de la doctrina y de nuestra jurisprudencia que barruntaba la posibilidad de atribuir la custodia a ambos progenitores.² Tal y como estaba redactado el antiguo artículo 92.4 del cc, nada impedía que se pudiese otorgar la custodia compartida –no estaba expresamente prohibido; luego, era aceptable–. Existen algunas sentencias de las audiencias y, sobre todo, la Sentencia del Tribunal Superior (en adelante STC), STC 4/2001, de 15 de enero,³ en las que se establece que es el sistema más adecuado para la formación integral de los menores, justificado en la necesidad de garantizar la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de los progenitores para poder intervenir en todos de los momentos de su vida.

Estaba, pues, el terreno abonado para acometer la reforma e introducir la expresa referencia a la custodia compartida con base en el *favor filii* y la responsabilidad compartida.⁴

Fundamentos aplicables

En primer lugar, es fundamento de la guarda y custodia compartida el principio del interés superior del menor como estatuto jurídico propio e indisponible que tiene que ser respetado (la STC 141/2000, de 29 de mayo, así lo identifica⁵). En segundo lugar, el principio de igualdad, porque tanto el padre como la madre tienen iguales funciones respecto a la guarda, custodia y cuidado de los menores. Y, por último, el principio de coparentalidad o corresponsabilidad como base del ejercicio de la guarda y custodia. Si la potestad se enfoca más en el contenido activo de la relación jurídica, la responsabilidad, por el contrario, subraya el contenido pasivo, es decir, si se infringen los deberes de la relación jurídica considera lo que se le va a exigir al titular de la función. De la responsabilidad así entendida hemos pasado a hablar de la corres-

² Bernardo Cruz Gallardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, pp. 436-431.

³ Resolución del Tribunal Superior 2001/4, en adelante RTC.

⁴ María Carmen Gete Alonso y Calera y Judit Solé Resina (coords.), *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, p. 97.

⁵ RTC 2000/141.

ponsabilidad, porque los derechos y deberes de la función parental se proclaman de ambos progenitores por igual, tal y como los tenían antes de producirse la ruptura.

La conexión entre estos tres principios o fundamentos es obvia, ya que la jurisprudencia ha venido proclamando el propugnar un equilibrio de intereses, porque la prevalencia del interés superior del menor no significa que no se valoren otros intereses legítimos.⁶ Podemos afirmar que los ámbitos de aplicación del interés superior son de lo más variado, y en todos ellos se incorpora en ocasiones el sentido positivo, donde lo que se busca es su beneficio; otras, en sentido negativo, es decir, cuando se habla de procurar evitar un daño al menor.⁷ Esta indeterminación del concepto del *favor filii* nos permite un margen de adaptación de las normas a la hora de resolver los problemas, cuestión que podría provocar una cierta inseguridad jurídica; por ello, es la práctica jurídica diaria, y dentro de ella la judicial, la que determinará cuál es el interés del menor.⁸ Pero la jurisprudencia no establece un contenido del interés superior del menor para cualquier supuesto que se plantee; lo que hace es considerarlo como criterio básico y preferente a la hora de tomar decisiones tan importantes, como puede ser la guarda y custodia de los hijos menores, por ejemplo;⁹ así pues, el juzgador debe tener en cuenta toda una serie de factores externos que se manifiestan a lo largo del proceso judicial: la edad, el sexo, la personalidad de los menores, la capacidad de los progenitores para asumir sus responsabilidades, su predisposición para el diálogo y llegar a acuerdos.¹⁰

En la conjunción de estos tres principios básicos se potenciará: 1) La satisfacción de las necesidades del menor, tanto materiales como emocionales. Para lograr el adecuado desarrollo de la personalidad del menor van a estar implicados componentes físicos, intelectivos y morales; dependiendo de la edad y del sexo de los menores estos tendrán unas necesidades u otras que irán cambiando; las necesida-

⁶ J. Martínez Calvo, “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 257/2013, de 29 de abril”, *LA LEY Derecho de familia*, p. 7.

⁷ Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, *Temas de actualidad en derecho de familia*, pp. 13-84.

⁸ J. Santos Álvarez, “Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación a distintos supuestos procesales”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, pp. 227-228.

⁹ STS 96/2015, de 16 de febrero, RJ 2015/564.

¹⁰ D. Roda y Roda, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: el derecho del menor a ser oído*, pp. 80- 81.

des vitales tienen que estar cubiertas, las espirituales, intelectivas, afectivas, educacionales y formativas no solo tienen que cubrirse, sino que, además, tienen que potenciarse. 2) La atención a los deseos, sentimientos y opiniones del menor como manifestación de su derecho a ser oído e interpretado, de acuerdo con su madurez y discernimiento; el cambio de concepción (en los últimos tiempos) de los menores como sujetos activos supone muchas veces que el verdadero interés de los hijos no sea lo que los padres ni lo que los propios hijos consideren más beneficioso, sino la ponderación de todas las opiniones para llegar a la decisión más justa posible. 3) La evaluación de todas las circunstancias que rodean al menor, apreciar cómo le pueden afectar a su desarrollo las alteraciones en su entorno e intentar minimizar los riesgos, pero sin aislarle de la realidad.¹¹

Todo ello ha ido avanzando hacia el proceso de reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, LO 1/1996, de 15 de enero. Proceso que ha culminado en dos leyes: la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y, de acuerdo sus objetivos, la Ley 26/2015, de 28 de julio, con idéntico título que la primera. La reforma del artículo 2 de la LOPJM (por la LO 8/2015) ha supuesto concretar el principio del interés superior del menor tal y como acabamos de plantearlo.¹²

Así pues, es común la idea expresada en no pocas sentencias; por ejemplo, la STS 47/2015, de 13 de febrero, dice:

El interés prevalente del menor es la suma de distintos factores, que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura –de lo es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida–, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales. Todas estas circunstancias deben de ser objeto de valoración para evitar, en lo posible, un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que, a la postre, van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar sí parecido al que disfrutaban hasta ese momento...¹³

¹¹ STS 565/2009, de 31 de julio, RJ 2009/458.

¹² D. R. Guinea Fernández, “El interés superior del menor a partir del Proyecto de la LO de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia”, *LA LEY Derecho de familia*, pp. 1-11.

¹³ RJ 2015/681.

Premisas para solicitar la guarda y custodia compartida

La cautela con la que el legislador en 2005 consideró la institución de la custodia compartida se pone de manifiesto en la propia redacción del artículo 92 del CCE, estableciendo dos vías para su otorgamiento.

Por un lado la vía del párrafo quinto, en la que se plasma un primer supuesto: “La custodia compartida, que se puede decretar cuando los progenitores así lo convengan en el convenio regulador o cuando lleguen a dicho acuerdo en el procedimiento contencioso”, de donde subyace la acertada idea de que son los progenitores los mejor capacitados para interpretar qué puede ser lo más beneficioso para sus hijos; el proyecto de guarda compartida debe ser pormenorizado, sin imprecisiones ni generalidades. El juez, para homologarlo, deberá conocer completamente la realidad que rodea al menor para poder decidir si efectivamente es en su interés este tipo de guarda.¹⁴

En este sentido, podemos decir que el legislador se centró en la regulación positiva de la custodia compartida, desaprovechando la oportunidad de fijar otros criterios que permitieran concretar su conveniencia o no; la modificación del artículo 90 del CCE, motivada por la paralela reforma del artículo 92, no fue todo lo completa que la institución demandaba.¹⁵

Por otro lado, la vía del párrafo octavo, en la que si los progenitores no están de acuerdo se dispone que el juez podrá acordar, excepcionalmente, la custodia compartida a petición de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal si de esa manera se protege el interés del menor.

La polémica en cuanto a su redacción estaba servida, ya que desde el principio se pusieron de manifiesto dos grandes problemas:

1. El término “excepcionalmente” se empezó a interpretar en el sentido de que la custodia compartida solicitada por uno solo de los progenitores era una medida extraordinaria. Hasta que el TS, en dos sentencias, la STS 623/2009, de 8 de octubre,¹⁶ y la STS 94/2010, de 10 de marzo,¹⁷ manifestó: a) lo que se exige es que

¹⁴ Cristina Guilarte Martín-Calero, “Comentarios a la nueva redacción del art. 92 cc”, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005*, de 8 de julio, p. 160.

¹⁵ Ana Díaz Martínez, “Comentarios al art. 90 cc”, *Comentarios al Código Civil*, p. 888.

¹⁶ RJ 2009/4606.

¹⁷ RJ 2010/2329.

los tribunales motiven suficientemente las decisiones sobre guarda y custodia; y b) el rechazo a que sea necesario otorgar automáticamente la custodia a uno de los progenitores cuando uno la solicita y el otro se opone a la compartida. Pero fue la STS 579/2011, de 22 de julio,¹⁸ la que configura el actual modelo de guarda y custodia compartida como un sistema normal, uno más de los previstos en nuestro ordenamiento jurídico; la interpretación correctora que hace del término “excepcionalmente”, del párrafo 8º, en relación con el 5º, al señalar que se refiere a la falta de acuerdo, no a que existan circunstancias extraordinarias, porque si no hay acuerdo no se excluye la posibilidad de que el juez la conceda, pero en este caso se debe pactar. con el fundamento de que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

2. El otro gran escollo que hubo que salvar en la redacción de este párrafo octavo fue la necesidad de que el Ministerio Fiscal hiciese un informe favorable sobre el régimen de la custodia compartida para que el juez pudiera decretarla en los supuestos de que solo uno de los progenitores la solicitase. Se empezó interpretando por la mayoría de las audiencias que la emisión de este informe era requisito necesario para la concesión en estos supuestos. Pero la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, por auto de 13 de septiembre de 2006, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 92.8 del CCE por vulnerar los artículos 14, 24, 39 y 117 de la Constitución española. La STC 185/2012, de 17 de octubre,¹⁹ declaró inconstitucional y nulo el inciso favorable en el informe del Ministerio Fiscal; con esta sentencia se resuelve cualquier posible duda en cuanto a su interpretación. En este se lee:

La concesión al MF de esta facultad de veto en un área sometida a la potestad jurisdiccional es contraria al artículo 117.3 del CE, pues se trata de una facultad exorbitante que interfiere desde el poder Ejecutivo, en la función primordial del poder Judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atenta contra su independencia, ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público, sustrayendo a la jurisdicción este ámbito material sin posibilidad de revisión...

¹⁸ RJ 2011/5676.

¹⁹ RJ 2012/185.

En definitiva, lo importante es asegurar para cada caso concreto la opción que mejor convenga a los menores, ya sea una custodia compartida pedida por uno solo de los progenitores o por ambos. Como dice la STS 495/2013, de 19 de julio, la custodia compartida

... no es un premio o un castigo al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino que es una decisión compleja en la que se deben tener en cuenta unos criterios abiertos [...] si se considera excepcional el otorgamiento de custodia compartida cuando la solicita uno solo de los progenitores y se tiende a no concederla, estaremos abocando a una relación meramente protocolaria del no custodio con los hijos.²⁰

La importancia del Ministerio Fiscal en los procesos de matrimonio y de menores es evidente, no deja de tener gran protagonismo en su labor tuitiva y protectora del interés del menor, orientada por los principios de imparcialidad, legalidad e interés público y social. Su intervención resulta obligada por su posición garante y *ex lege*.²¹

Por otra parte, el párrafo noveno del artículo 92 expresa que el juez, antes de adoptar cualquier decisión de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictámenes de especialistas debidamente cualificados respecto de la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.²²

A pesar de que el precepto indica que no tiene carácter vinculante, sí influye en la práctica, ya que el juez lo sopesará junto con el resto de las pruebas practicadas. En este aspecto es importante resaltar el carácter interdisciplinar de las cuestiones familiares. En los conflictos que se plantean va a ser muy importante tener diversas perspectivas, no solamente jurídicas. Todo ello hará que sea imprescindible para el juez acudir a las pruebas de peritos con conocimientos especializados (que

²⁰ RJ 2013/5002.

²¹ Francisco Hernández Gil, “La intervención del Ministerio Fiscal en las reclamaciones de alimentos y en el establecimiento del derecho de custodia en los Convenios de Nueva York, de 20 de junio, y de La Haya, de 25 de octubre de 1980”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, pp. 769-794.

²² A. Díaz Martínez, “Comentarios al art. 92 cc”, *Comentarios al Código Civil*, p. 949.

el juez no tiene) que le van a dar una visión más amplia del problema y facilitarán su valoración.²³

La facultad de decisión del juez

En nuestro derecho positivo no se puede adoptar la custodia compartida de oficio; esta imposibilidad ha sido apoyada por parte de nuestra doctrina, que considera que un régimen de custodia impuesto por el juez está abocado al fracaso, incluso vulneraría el principio de rogación aplicable en Derecho Civil. La STS 400/2016, de 15 de junio,²⁴ nos deja muy claro que en el sistema actual del CC, para poder acordar la custodia compartida, esta la debe solicitar al menos uno de los progenitores: “Un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de, al menos, uno de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda”.

Pensamos que el planteamiento de esta cuestión debería ser que no es lo mismo que los progenitores se opongan a la custodia compartida a que simplemente prefieran una custodia exclusiva.

Es decir, cuando ambos progenitores se oponen a la compartida el juez no debería nunca concederla de oficio; pero si lo que solicitan es una guarda exclusiva para sí, probablemente no signifique que se opongan a la compartida, sino que prefieren tenerla en exclusiva, y si en este supuesto se les plantea si prefieren que el juez le atribuya la guarda al otro progenitor o la guarda compartida, la opción, casi con seguridad, sería la compartida. En tal caso no tendría sentido limitar las facultades del juez obligándole a que opte por la custodia exclusiva de uno de los dos progenitores, y más aun si se demuestra que de esta forma se protege mejor el interés superior del menor. Con todo ello, una vez más ponemos de manifiesto la gran complejidad que existe en las valoraciones del juez.

²³ M. A. García Llorente, “Atribución de la custodia: valoración judicial de la prueba pericial en el ámbito del derecho de familia”, *La nueva regulación del derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del TS*, pp. 160-161.

²⁴ RJ 2016/2780. Igualmente nos podemos apoyar en la STS 229/2012, de 19 de abril, RJ 2012/5909, o la trascendente STS 257/2013, de 29 de abril, RJ 2013/3269.

PAUTAS O CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Nos encontramos con una cierta divergencia en el ordenamiento jurídico español: por un lado, los criterios por los que han optado las legislaciones autonómicas y, por otro, los criterios desarrollados por nuestros tribunales (recordemos que la STS 623/2009, de 8 de octubre, sirvió como base para elaborar el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental). A pesar de la diversidad de criterios, en todos existe una base común que parte de que con la custodia compartida se pretende lograr la necesaria continuidad en las relaciones paterno-filiales después de la ruptura; para ello serán necesarias capacidades adecuadas y suficientes de los progenitores para el correcto ejercicio de las responsabilidades parentales en el futuro.²⁵ La referencia al Derecho Comparado es una constante en nuestra doctrina jurisprudencial, sobre todo en un tema como el presente, que ha sido desarrollado ampliamente por el derecho anglosajón. Los sistemas de guarda compartida vigentes en el Derecho Comparado adoptan métodos diferentes porque no hay un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales para cada uno de los progenitores (STS 623/2009). La STS 94/2010, de 11 de marzo,²⁶ llega a la conclusión de que en el Derecho Comparado se están utilizando criterios tales como

La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven...

Ya desde 2006, la jurisprudencia menor venía hablando de una serie de criterios que debían ser tenidos en cuenta para poder conceder la custodia compartida con

²⁵ Margarita Pérez-Salazar Resano, “La guarda custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar”, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 260.

²⁶ RJ 2010/2340.

cierta efectividad. Este cambio que se produce en las Audiencias Provinciales (por ejemplo, SAP Barcelona 696/2006, de 20 de diciembre, SAP Barcelona 165/2007, de 8 de marzo, SAP Barcelona, 13 de febrero de 2007, SAP Alicante, de 28 de abril de 2007, entre las más destacables) da lugar a un cambio significativo en la jurisprudencia del TS, que se inicia con la ya mencionada de 8 de octubre de 2009 y que culmina en la STS 257/2013, de 29 de abril.²⁷ Esta última sentencia ha sido clave en el conjunto de sentencias de los últimos tiempos, ya que ha dado un giro completo al tema de la custodia compartida; fija doctrina jurisprudencial en la interpretación del artículo 92 del CCE y los criterios y requisitos para atribuirla, y todo ello desde la idea de que “no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

*La competencia o la capacidad de los progenitores
en sus responsabilidades parentales*

La cuestión es que todas estas pautas de las que estamos hablando pueden resumirse en una, “ya que se trata de valorar las capacidades y posibilidades de uno y otro de los progenitores para ejercer el cuidado de sus hijos de manera adecuada en el futuro”. Una de las ideas fundamentales de este sistema es asegurar el desarrollo evolutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del menor, es decir, aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura y garantizar a sus padres, al mismo tiempo, la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y las obligaciones inherentes a la potestad y a la responsabilidad parental, y de participar en igualdad de condiciones en su desarrollo y su crecimiento, ya que, sin duda, sería lo más beneficioso para ellos, lo cual no significa que la capacidad de ambos progenitores sea igual ni que la dedicación pasada haya tenido la misma intensidad.

Cuando hablamos de competencia de los progenitores no estamos midiendo solo que sean capaces de otorgar un cuidado físico a los hijos, estamos midiendo sus capacidades morales que les aporten a los hijos una educación integral. Igualmente, estamos hablando de capacidad de diálogo donde no se tienda a persuadir a

²⁷ RJ 2013/3269.

los menores en contra de la otra parte, así como de la capacidad para llegar a acuerdos, evitando en todo momento el paradigma premio-castigo, es decir, otorgar la custodia al progenitor con mejor comportamiento para, de esta manera, castigar al progenitor más negativo y no para atender a las necesidades de los menores.²⁸

La ruptura supone un gran impacto psicológico en todo el entorno familiar, pero sobre todo en los menores; si los progenitores saben definir el nuevo sistema de relaciones puede ser una de las claves para que las dificultades vayan desapareciendo de manera progresiva.²⁹

Si queda demostrado que los progenitores son capaces de ejercer de manera adecuada el cuidado de sus hijos, las demás pautas o criterios se pueden incorporar o integrar para la valoración global de la conveniencia de una custodia compartida. No olvidemos que la integración de los distintos criterios en su aplicación práctica supone tener presente como hilo conductor al interés superior del menor, no como concepto abstracto sino individualizado, un menor que se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible y si le es más beneficioso.

La incorporación de otras pautas en la valoración de la custodia compartida

La pretensión fundamental es procurar que los menores no rompan con su entorno habitual; así pues, la consideración de la cercanía de los domicilios de los progenitores, su grado de ocupación laboral y la edad de los hijos son parámetros clave para conseguirlo.³⁰ Durante mucho tiempo se utilizó el criterio de la deslocalización para no conceder la custodia compartida, por el mero hecho del cambio de domicilio, pero podría ser igualmente erróneo conceder este sistema de guarda

²⁸ Es curiosa la SAP Córdoba 593/2018, de 18 de diciembre, en la que no se ponen en duda las capacidades de ambos progenitores, ya que, de hecho, se concede una custodia compartida, pero sí se cuestiona en apelación la posterior actitud del padre que, por sus problemas de tabaquismo, “pone en peligro la salud de sus hijos de forma totalmente irresponsable y sin mirar otra cosa que su adicción”, pues no es un problema de aptitud, sino de actitud, que lleva a “excluir la custodia compartida acordada en instancia y atribuir una custodia monoparental”.

²⁹ C. Guilarte Martín-Calero, “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del TS de 8 de octubre de 2009”, *InDret*, p. 13.

³⁰ B. Ureña Carazo, “Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia”, *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, pp. 49-69.

aun en los supuestos en los que no se puede compartir la cotidianeidad al asignar a un progenitor la totalidad de los periodos escolares y las vacaciones al otro.³¹ La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para el desarrollo armónico de la personalidad de estos, les aporta seguridad y aumenta su confianza, lo que, al mismo tiempo que permite una fluidez en las relaciones familiares, evita el aspecto tan negativo que supone que uno de los progenitores se vea obligado a asumir la totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia. La proporcionalidad a la hora de sopesar las circunstancias es clave para conseguir la estabilidad y la efectividad de las medidas. Ni la deslocalización para denegar siempre la custodia compartida –porque invariablemente se va a producir en una separación– ni considerar que la presencia de las dos figuras parentales es más importante que la estabilidad del espacio físico en el que el menor desarrolla su vida cumplen con la idea de proporcionalidad.³²

Si la ubicación de los domicilios es importante, igualmente lo será el grado de ocupación laboral de los progenitores; el compaginar horarios de los menores con los horarios laborales es uno de los temas más complejos, y mucho más sin que exista una efectiva conciliación entre la vida familiar y laboral. Es este punto uno de los que exigen mayor esfuerzo por parte de todos para lograr compartir responsabilidades; la posibilidad de delegar el cuidado en terceras personas es siempre cuestionable, su valoración positiva dependerá del compromiso que realmente asuma el progenitor en conflicto de que va a ser una delegación puntual, la responsabilidad es de los progenitores, la ayuda externa es útil y necesaria, pero deberá circunscribirse a determinados momentos.³³

La edad, la opinión manifestada por los menores que tengan capacidad para ello, el número de hijos, también son criterios a valorar.

La edad fija la etapa evolutiva en la que se encuentran los menores y es determinante para optar por un régimen u otro de custodia; la opinión manifestada por los menores va teniendo cada vez más protagonismo, su derecho a expresar su

³¹ STS 94/2010, de 11 de marzo, RJ 2010/2340; STS 370/2017, de 9 de junio, RJ 2017/150566.

³² Carmen Rosa Iglesias Martín, “Custodia compartida: presupuestos de atribución y régimen de funcionamiento”, *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, p. 1069.

³³ STS 276/2016, de 25 de abril, RJ 2016/1703.

opinión es una de las principales manifestaciones del principio del interés superior del menor.

El grado de madurez de un menor, en comparación con otro de la misma edad, variará según las circunstancias, habrá que sopesar las posibles influencias externas o los vínculos emocionales que pueden llegar a condicionarlos.

La influencia del número de hijos se manifiesta en el aspecto económico de la nueva situación; si con la ruptura de los progenitores se rompe el sistema económico que regulaba dicha relación, es difícil que se pueda mantener la misma estabilidad económica en los nuevos núcleos familiares. La mayor complejidad en compatibilizar horarios, actividades, cuidados, ocio, etc., hace que sea este uno de los criterios en los que la necesidad de ser valorado conjuntamente con el resto sea más evidente.

Además de todo, existe una realidad social que no podemos obviar, y es la de las familias reconstituidas. Son muchos y muy variados los casos en los cuales se suscita la problemática de las cuestiones sobre la convivencia diaria: las relaciones son más complejas, los límites y los criterios educativos pueden llegar a ser ambiguos y no existe un cauce jurídico para legitimar la actuación de las parejas del progenitor, que podríamos calificar como un guardador de hecho, y donde podríamos hacer extensible lo establecido en el artículo 68 del CCE sobre las responsabilidades domésticas y el cuidado y la atención de ascendientes y descendientes, a la colaboración de los cónyuges en el cuidado y la atención de los hijos no comunes dependientes del otro.

La problemática de la conflictividad entre los progenitores

La proyección de los derechos y deberes de los progenitores en el ámbito personal de los menores hace surgir una serie de decisiones que siempre va a tener el riesgo de provocar un conflicto. Qué duda cabe de que la coordinación, la cooperación y la implicación de ambos progenitores son el mejor precedente para un desarrollo adecuado de los menores; el régimen de custodia compartida es el más congruente con el desarrollo de esta idea. En las primeras decisiones que fueron tomando nuestros tribunales de justicia se exigían unas buenas relaciones entre los progenitores para conceder este sistema de guarda. Hoy en día hablamos más de una predisposición al diálogo, lo cual no supone una ausencia de conflicto,

sino una voluntad de superar todas las divergencias que surgirán en la toma de decisiones sobre los menores. Ya nos señala la STS 370/2013, de 7 de junio,³⁴ que “las relaciones de los progenitores por sí mismas no constituyen un obstáculo para la concesión de la custodia compartida”, es decir, no es tanto que las relaciones sean buenas o malas, sino distinguir si van a perjudicar a los menores. La STS 579/2011, de 22 de julio, dice: “Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”. En la guarda y custodia compartida aconseja, eso sí, que entre los progenitores existan unas condiciones semejantes en cuestiones personales, sociales, educativas y culturales.

La práctica nos demuestra que en un proceso de ruptura matrimonial la relación entre los progenitores no suele ser cordial, pero si deseamos por este motivo la custodia compartida de forma automática no se llegaría a aplicar prácticamente nunca, con el agravante de que la concesión de una custodia exclusiva no resolvería el conflicto. Lo más lógico será siempre que la relación entre las partes y su posible conflictividad sea valorada con el resto de circunstancias que engloban cada supuesto. Como muy bien establece la SAP Barcelona 102/2007, de 20 de febrero: “No pueden vincularse custodia compartida y falta de conflictividad familiar, sino que debe analizarse el origen de la disputa que, muchas veces, se encuentra en el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor”.³⁵ Muy importante ha sido a este respecto la STS 615/2015, de 16 de febrero,³⁶ sentencia en la que se antepone el estimular la cooperación entre los progenitores y que considera que con la custodia exclusiva el alejamiento y la discrepancia son cada vez mayores; en cambio, con la custodia compartida se va a fomentar el diálogo y el buen entendimiento. Una vez que la jurisprudencia nos ha dejado claro cómo afrontar el tema, que es partir del no rechazo *a priori*, lo que realmente debemos medir en estas situaciones es el grado de conflicto existente, que es determinante en el régimen que se adopte. Porque pasar de una conflictividad extrema a una violencia doméstica es factible, casi indiscutible, en donde la

³⁴ RJ 2013/3943.

³⁵ JUR 2007/101427.

³⁶ RJ 2015/564.

unanimidad sobre la no concesión, en estos supuestos de una custodia compartida, es patente. La protección integral y exhaustiva que requieren las víctimas de esta lacra, sobre todo los menores, por su especial vulnerabilidad, debe tener reflejo en una ley que establezca medidas efectivas que eviten las fisuras que han dado lugar a situaciones trágicas con unas consecuencias irremediables.³⁷

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

El plan de parentalidad

El principio de la autonomía de la voluntad, llevado al campo del derecho de familia, es de aplicación más compleja; aún así, se ha visto impulsado en los últimos tiempos. Así pues, con las debidas limitaciones, son: 1) el no dañar a los hijos, que no son parte del acuerdo; 2) no discriminar los derechos entre los cónyuges; 3) determinar cuestiones que resulten perjudiciales para una de las partes; 4) reunir las condiciones de validez del artículo 1261 del CCE. Es por ello que se aceptan los pactos en previsión de ruptura sobre cuestiones personales de la organización familiar. El prevenir e intentar solucionar este tipo de conflictos *a priori*, antes de que otro tipo de cuestiones enturbien la decisión, es su aspecto más positivo; aunque no podemos olvidar su aspecto más negativo, que es la posibilidad de que exista una desigualdad (económica y psicológica) entre las partes que condicione la decisión. Se pueden otorgar pactos en capitulaciones matrimoniales o, si es fuera de ellas, se harán en escritura pública para evitar, en la medida de lo posible, que nazcan viciados. Sin lugar a dudas, el mayor problema que pueden plantear es la intención de cumplirlos una vez devenida la crisis por parte de aquellos que los realizaron antes de la ruptura, ya que viene siendo muy habitual aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* para declarar nulos muchos de los pactos prematrimoniales, debido a que desde el momento de llevarse a cabo hasta que se aplican han cambiado significativamente las circunstancias personales, familiares o laborales que afectan a todo el

³⁷ Carmen R. Iglesias Martín, “La guarda y custodia de los menores en los supuestos de violencia doméstica”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 87-111.

núcleo familiar.³⁸ El TS, en sentencias de 17 de enero de 2013, 18 de enero de 2013 y 15 de octubre de 2014,³⁹ declara que “... exige para la aplicación de la cláusula *rebus*, una mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sea sobrevenida y que concurra aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada”.

Ante estos desacuerdos evidentes en la realidad práctica, no se producirá la necesaria homologación judicial para incorporarlos al convenio regulador o directamente a la sentencia.

Es por ello que podemos considerar como más efectiva la elaboración de un plan de parentalidad o plan contradictorio para que se organicen las responsabilidades parentales, pero en este caso producida ya la ruptura, anticipándose los criterios de solución a los problemas que previsiblemente puedan plantearse y evitando, de esta forma, el litigio, que indudablemente enturbiaría dichas soluciones.⁴⁰

La atribución de la vivienda familiar

La importancia de la vivienda familiar va más allá de servir de residencia a la unidad familiar. A la vivienda se ha podido acceder, o bien porque uno de los cónyuges es titular de la misma (como propietario o como arrendatario) o bien porque la propiedad ha sido adquirida por ambos (o arrendada por ambos), o porque un tercero ha cedido gratuitamente la vivienda. Las situaciones pueden ser muy variadas. En cualquier caso, la normativa específica en materia de vivienda familiar impone la necesidad de salvaguardar la vivienda, que constituye la residencia de la familia, de cualquier arbitrariedad, tanto durante como después del matrimonio.⁴¹ En los supuestos de crisis conyugal, los problemas se incrementan, y la vivienda en la que se ha desarrollado la vida familiar va a seguir siendo, probablemente, el lugar en el

³⁸ Ángel Carrasco Perera, *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*, pp. 52-53.

³⁹ RJ 2013/1819, RJ 2013/1604 y RJ 2014/6129, respectivamente.

⁴⁰ Elena Lauroba Lacasa, “Artículo 233-9”, *Persona y familia*. Libro Segundo del CCCat, p. 856 y ss.

⁴¹ M. López Lara, “La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del cc por el de otra distinta. STS Sala 1ª, de 16 de enero de 2015”, *LA LEY Derecho de familia*, p. 3. Véase también Ester Torrelles Torrea, “Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación”, *Revista de Derecho Privado*, 2017.

que se ejerzan las funciones de cuidado y atención a los hijos, pero ya no va a ser el centro neurálgico de la familia. Los criterios de atribución que establece el artículo 96 del CCE no contemplan la situación de que se otorgue una custodia compartida, por lo que han sido los tribunales los que deben hacer una aplicación analógica de los párrafos segundo y tercero de dicho artículo para intentar dar una solución lo más equitativa posible.

El juez, a la hora de decidir, tendrá que valorar no solo el interés más necesitado de protección, que siempre es el de los menores, sino también tendrá que valorar las circunstancias que convergen en cada caso, así como la capacidad económica de cada progenitor a quien pertenece la vivienda o si existen otra u otras viviendas de características similares. Podemos afirmar que la temporalidad es consustancial a la atribución del derecho de uso de la vivienda, sobre todo en estos supuestos de custodia compartida. Es destacable la STS 191/2011, de 29 de marzo, que fue la primera que interpreta el artículo 96 superando el rigor de su literalidad: “Lo único que se pretende es satisfacer el interés del menor a habitar una vivienda, no del progenitor en cuya compañía queda, pero si ese menor ya tiene cubierto este interés prioritario, el juez podrá asignar el uso de la vivienda al cónyuge no custodio”.

El Código tiende a dar prioridad a los acuerdos entre los cónyuges, y qué duda cabe de que si son ellos mismos los que han decidido sobre la atribución del uso se evitarán muchas controversias. Pero como la mayoría de los casos se ventilan en un procedimiento contencioso en el que es difícil el acuerdo, parece que abunda el decantarse a favor de acordar el uso en beneficio de un progenitor de forma temporal si, atendidas las circunstancias, es lo más aconsejable y su interés es el más necesitado de protección. Por ejemplo, la STS 522/2016, de 21 de julio,⁴² para el supuesto de que la vivienda es privativa de uno de los dos progenitores, y la capacidad económica de ambos es similar, el límite temporal es para que el cónyuge atributivo rehaga su situación económica y encuentre una vivienda en donde llevar a cabo sus funciones de guarda y custodia en los periodos que le correspondan; la atribución temporal debe ser dada por un plazo prudencial y en aplicación del principio de proporcionalidad. Otra de las soluciones de las que viene hablando la jurisprudencia es para los supuestos en los que la vivienda es ganancial y hay

⁴² RJ 2016/3445.

paridad económica entre los progenitores; así, por ejemplo, la STS 251/2016, de 13 de abril,⁴³ dice:

Los hijos ya no residirán habitualmente en un solo domicilio sino que con la periodicidad que determine el régimen compartido, habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, ya no hay una residencia familiar sino dos, por lo que ya no podrá haber adscripción de la vivienda familiar de forma indefinida, el progenitor que se mantenga en la vivienda que fue familiar será durante un periodo de tiempo a fin de facilitar la transición a la nueva residencia [...] tras este periodo de transición la vivienda quedará sujeta al periodo de liquidación de gananciales.

A pesar de la plausible labor de los jueces en la interpretación de la norma, se hace absolutamente necesaria una reforma y que se detalle si la vivienda se ha otorgado a consecuencia de la concesión de la custodia de los hijos (donde la temporalidad puede venir o bien hasta la mayoría de edad o la independencia económica de los hijos) o si se otorga la vivienda por necesidad de uno de los cónyuges (donde se determinará el plazo de duración de dicho uso) –CCCat.

La obligación de alimentos

Si partimos de lo expresado, la STS 678/2012, de 8 de noviembre, menciona:⁴⁴

La obligación de alimentos es una de las de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 del CE y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad [...] esta obligación tiene unas características peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias...

Esta obligación, inherente a la relación paterno-filial, se tiene que modular tras la ruptura de la convivencia, y eso es lo que hace el artículo 93 del CCE respecto a los hijos menores de edad; pero también hay que hacerlo respecto a los mayores de

⁴³ RJ 2016/1339.

⁴⁴ RJ 2012/10136.

edad o emancipados que convivan en el domicilio familiar, en cuyo caso se fijarán los alimentos conforme al artículo 142 del CCE y ss.

La obligación de alimentos engloba la cobertura económica de los hijos y la asistencia y cuidado directos de los mismos. Es una contribución que corresponde a ambos progenitores proporcionalmente a su capacidad económica y según las necesidades de los hijos, con lo que el establecimiento de una custodia compartida no va a hacer desaparecer, necesariamente, la fijación de la misma, sino que tendrá que adaptarse a sus particularidades.⁴⁵ La contribución de cada progenitor para cumplir con su obligación de alimentos no aumenta o disminuye en función del régimen elegido, porque si la cantidad fijada es la adecuada el cómputo total será el mismo, lo que cambiará es la forma de hacerse efectivo el pago; no olvidemos que sea cual sea el sistema de guarda elegido, lo que aplicamos es el artículo 93.1 del CCE, con lo que el juez, a la hora de determinar la contribución de cada progenitor, tendrá en cuenta los parámetros expuestos (circunstancias económicas de cada uno, necesidades de los menores). Por ello, lo que valoraremos en una custodia compartida serán los ingresos y el patrimonio de ambos progenitores y los periodos de permanencia de los progenitores con los hijos. Como dice la STS 55/2016, de 11 de febrero:

La custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos progenitores [...] ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe y al caudal y medios de quien los da. La limitación temporal en estos casos no tiene cabida ya que los menores no pueden quedar al “socaire de que uno de los progenitores pueda o no encontrar una estabilidad económica para hacer frente a su obligación.”⁴⁶

El derecho de alimentos de los hijos, que abarca una pluralidad de conceptos, supone que estos se tienen que ver afectados mínimamente por la crisis matrimonial, deben seguir disfrutando, en la medida de lo posible, de las mismas condiciones que tenían antes. Podemos decir que comprenderá todo aquello que sea indispensable y nece-

⁴⁵ María del Carmen García Garnica, “Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio”, *Aspectos actuales de la Protección Jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, pp. 971-990.

⁴⁶ RJ 2016/249.

sario para el sustento: la habitación, el vestido, la asistencia médica, la educación y la instrucción de los hijos. A estos gastos, que calificamos como gastos ordinarios, tenemos que unir otros gastos que, siendo también necesarios, o al menos convenientes, no se pueden prever, ya que se desconoce si se producirán; son los denominados gastos extraordinarios, que quedan fuera de la pensión alimenticia. De toda la casuística que nos hemos ido encontrando se considera que es una de las cuestiones más controvertidas, ya que, si bien los gastos ordinarios son más fáciles de calcular, los extraordinarios van cobrando cada vez mayor importancia y, al depender de las circunstancias de cada familia, van a variar mucho.⁴⁷ Podemos afirmar que la custodia compartida, al suponer un reparto más equitativo de las cargas económicas, a la larga podría evitar la falta de pago de alimentos. Tenemos que ser conscientes de que con la pensión de alimentos no se van a cubrir todas las obligaciones de los padres para con sus hijos; si con el tiempo surgen nuevas necesidades no cubiertas, o si el obligado a prestar alimentos se encuentra en una situación de precariedad, se tendrá que solicitar una modificación de medidas.⁴⁸

CONCLUSIONES

Finalmente, podríamos hacer la siguiente reflexión: la custodia compartida es el modelo de guarda en el que existe un compromiso y una colaboración mayores que en cualquier otro. Primero, porque se garantiza que los hijos puedan disfrutar de ambos progenitores de forma similar, esto lleva a que sea menos traumático para los hijos y los progenitores podrán seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones, equiparados en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, lo que previene situaciones de dependencia en sus relaciones con los hijos. Además, al compartir las cargas, los progenitores suelen adoptar una visión de conjunto respecto a la educación y el desarrollo de sus hijos al evitar disputas. Segundo, porque se impulsa el diálogo: si los progenitores cooperaran se favorece el que se llegue a acuerdos sin que exista la dinámica de perdedor-ganador. El compartir lo positivo

⁴⁷ Antonio José Pérez Martín, *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, 2005.

⁴⁸ SAP Salamanca 53/2016, de 17 de febrero, JUR 2016/58472.

y lo negativo de la convivencia condiciona el futuro desarrollo de las relaciones dentro de la normalidad y la estabilidad. Y todo ello sin que signifique que se pueda aplicar siempre este modelo de convivencia y de forma indiscriminada, dado que las circunstancias de cada familia serán determinantes en la valoración. Siempre habrá que estimar si la estabilidad de los menores puede verse comprometida por los continuos cambios que implica la custodia compartida.

BIBLIOGRAFÍA

- Aranda Álvarez, Elviro. 2011. Sinopsis del art. 39 de la CE, Congreso de los Diputados, diciembre de 2003, actualizada por S. Siera, enero.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. 1984. Comentario al art. 154 cc. *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Vol. II. Madrid: Técno.
- Berrocal Lanzalot, Ana Isabel. 2014. Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida, *LA LEY Derecho de familia*. Núm. 3, 1 de julio.
- Carrasco Perera, Ángel. 2006. *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*. Madrid: DILEX.
- Cruz Gallardo, Bernardo. 2012. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid: La Ley Wolters Kluwers.
- Díaz Alabart, Silvia. 2015. Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares, *Revista de Derecho Privado*. Año 99, mes 9-10.
- Díaz Martínez, Ana. 2017. Comentarios al art. 90 cc, y Comentario al art. 92 cc. En *VVAA*, Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Garnica, María del Carmen. 2008. Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio. En *VVAA*, García Garnica (dir.), Garrido Melero, Nasarre Aznar (coords.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinaria*. Barcelona: Bosch, pp. 971-990.
- García Llorente, M. A. 2010. Atribución de la custodia: valoración judicial de la prueba pericial en el ámbito del derecho de familia. En *VVAA*, *La nueva regulación del derecho de familia*, Legislación y doctrina jurisprudencial del TS, Asociación Española de Abogados de Familia. Madrid: Dykinson.

- GETE Alonso y Calera, María del Carmen y Judit Solé Resina (coords.) 2015. *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters (Legal).
- Gómez Sánchez, Y. 1992. Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución, *Revista de Derecho Político*. Núm. 36.
- Guilarte Martín-Calero, Cristina. 2005. Comentarios a la nueva redacción del art. 92 cc. En *VVAA*, Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, Ley 15/2005 de 8 de julio*. Valladolid: Lex Nova, p. 160.
- . 2010. Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del TS de 8 de octubre de 2009, *InDret*. Julio. Barcelona, p. 13.
- Guinea Fernández, D. R. 2015. El interés superior del menor a partir del Proyecto de la LO de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, *LA LEY Derecho de familia*. Núm. 7, 1 de julio.
- Hernández Gil, Francisco. 2001. La intervención del Ministerio Fiscal en las reclamaciones de alimentos y en el establecimiento del derecho de custodia en los Convenios de Nueva York, de 20 de junio y de La Haya, de 25 de octubre de 1980. En Martínez-Calcerrada y Gómez (coord.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Iglesias Martín, Carmen Rosa. 2018. Custodia compartida: presupuestos de atribución y régimen de funcionamiento. En *VVAA*, Llamas Pombo (dir.), *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*. Salamanca: Tirant lo Blanch.
- . 2018. La guarda y custodia de los menores en los supuestos de violencia doméstica, *Revista de Derecho Privado*. Noviembre-diciembre. Madrid: Reus.
- Lauroba Lacasa, Elena. 2011. Artículo 233-9. En *VVAA*, Roca Trías (coord.), *Persona y familia*. Libro Segundo del CCCat. Madrid: SEPIN.
- López Lara, M. 2015. La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del art. 96 cc por el de otra distinta. STS, Sala 1a. 16 de enero de 2015, *LA LEY Derecho de familia*. Núm. 6, segundo semestre, p. 3.
- López Ordiales, José Luis. 2007-2008. Custodia compartida. Cuestiones procesales. En *VVAA*, Saravia González y García Criado (dir.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, núm. 147. Madrid: CGPJ, Estudios de Derecho Judicial.

- Martínez Calvo, J. 2015. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 257/2013, de 29 de abril, *LA LEY Derecho de familia*. 4 de mayo.
- Martínez Rodríguez, Nieves. 2002. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Madrid: La Ley.
- Pérez Martín, Antonio José. 2005. *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*. Valladolid: Lex Nova.
- Pérez-Salazar Resano, Margarita. 2009. La guarda custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar. En *VVAA*, Tapia Parreño (dir), *Custodia compartida y protección de menores*. Cuadernos de Derecho Judicial II. CGPJ.
- Roca Trías, Encarnación. 2006. Familia y Constitución, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 10, Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad.
- Roda y Roda, Dionisio. 2014. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: el derecho del menor a ser oído*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Santos Álvarez, J. 1986. Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación a distintos supuestos procesales. En *VVAA*, Viladrich Bataller (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*. Navarra: Universidad de Navarra/EUNSA.
- Torrelles Torrea, Ester. 2017. Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación, *Revista de Derecho Privado*. Mar-jun.
- Ureña Carazo, Belén. 2015. Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia, *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*. Núm. 69, pp. 49-69.
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. 2006. Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos. En *VVAA*, *Temas de actualidad en derecho de familia*. Asociación española de abogados de familia. Madrid: Dykinson.

SEGURIDAD SOCIAL, GÉNERO Y FAMILIA

MÓNICA VICTORIA RUIZ BALCÁZAR
ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS¹

INTRODUCCIÓN

El derecho humano a la seguridad social en los esquemas contributivos tiene como propósito el que las personas en lo individual, y sus familiares derechohabientes, tengan acceso a prestaciones económicas o en especie que les permitan subsistir con dignidad cuando sufran una contingencia derivada de la edad o de la salud, de la situación económica o familiar o con motivo del trabajo o del lugar donde presten sus servicios.

Con independencia de los modelos contributivos, el derecho a la seguridad social es reconocido como un derecho humano para todos los miembros de la sociedad, de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25 prescribe:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

¹ Profesores del Sistema de Enseñanza Abierta (SEA), Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.²

Sin embargo, los roles de género impuestos por las prácticas sociales, y en muchos casos reconocidos por el derecho de familia, conservan un ámbito de protección muy acotado al mantener entre sus normas y principios varios requisitos que restringen el goce de las prestaciones y que impiden el pleno disfrute de las prestaciones de seguridad social a las mujeres, lo que se refleja en su calidad de vida.

A pesar de que se reconoce la incorporación paulatina de las mujeres a trabajos antes desempeñados exclusivamente por los hombres, así como la integración de estos a las labores del hogar, incluyendo la crianza de los hijos, aún no se logra eliminar por completo la clasificación que divide trabajos femeninos y masculinos porque se atribuyen a características biológicas inalterables, a pesar del compromiso internacional que existe por reconocer valor económico a las labores domésticas y de cuidado desempeñadas de forma preponderante por las mujeres.

PLANTEAMIENTO

El Convenio núm. 102 de Seguridad Social (Norma mínima) establece que el derecho a la seguridad social debe cubrir las prestaciones esenciales que comprenden la atención médica preventiva y curativa o la asistencia obstétrica por maternidad, los subsidios en caso de enfermedad general y desempleo, las prestaciones económicas por razones de vejez y riesgos profesionales, las prestaciones familiares por tener hijos a cargo, padecer una invalidez permanente que impida el desempeño de actividades laborales o provisional con motivo de la prolongación de una enfermedad, y las prestaciones para los sobrevivientes de un asegurado, como son las pensiones de viudez y orfandad.³

² ONU: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Véanse los artículos 22 y 25, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>.

³ Convenio 102 sobre la Seguridad Social (Norma mínima), 1952, en vigor desde 1955, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247.

De lo antes descrito se desprende que la seguridad social comprende las nueve ramas que identifica la Observación general número 19 realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativo al derecho a la seguridad social, y que son:

1. Atención de salud: mediante servicios en especie por enfermedades especialmente endémicas.
2. Enfermedad: en la cual se otorguen prestaciones económicas por la prolongación de un padecimiento y en su caso por invalidez.
3. Vejez: que dé lugar a pensiones.
4. Desempleo: para superar la falta de ingresos.
5. Accidentes laborales.
6. Prestaciones familiares.
7. Maternidad.
8. Discapacidad.
9. Sobrevivientes y huérfanos.⁴

No obstante lo anterior, en México el derecho a la seguridad social cumple parcialmente su objetivo, debido, por una parte, a los graves problemas financieros que enfrentan las instituciones, y por otra, a que algunas legislaciones mantienen una brecha entre los derechohabientes al observar diferencias por razones de género, a pesar de encontrarse prohibidas por la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, así como por los tratados internacionales de los cuales México es parte.

La diferencia antes mencionada tiene como punto de partida que el marco legal de la seguridad social, al igual que otras disciplinas jurídicas que reproducen la construcción social del género, reconocen derechos y obligaciones y otorgan prestaciones que atribuyen el trabajo productivo a los hombres y el reproductivo y de cuidados a las mujeres.

Los casos más típicos son las licencias de maternidad, los servicios de guarderías y las pensiones de viudez para las mujeres en función de su papel de madres,

⁴ ONU, Observación general núm. 19. El derecho a la Seguridad Social (artículo 9), Ginebra: Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales, 39º periodo de sesiones, 2008, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8791.pdf>.

esposas o concubinas, derechos que en un principio parecieran favorecer la posición de las mujeres, pero que en realidad solo contribuyen a fortalecer las inequidades de género presentes en la legislación.

Bajo ese contexto, el presente análisis se limita a comparar algunas prestaciones del modelo contributivo referido al binomio hombre-mujer, sin entrar al campo de estudio más amplio de las relaciones de género.

EL TRABAJO PRODUCTIVO Y REPRODUCTIVO: UNA CUESTIÓN DE CUIDADO

Existe una tendencia internacional por dejar de clasificar el trabajo de acuerdo con el sexo de las personas, pero aún se mantiene la visión tradicional que identifica el trabajo productivo como algo perteneciente a los hombres, mientras que el reproductivo es asignado a las mujeres, con lo cual prevalece un condicionamiento cultural de la mujer a ciertas tareas, avalado por algunas legislaciones.

Así también, hay muchos esfuerzos internacionales que reconocen que “la igualdad de derechos, de oportunidades y de acceso a los recursos, la distribución equitativa entre hombres y mujeres de las responsabilidades respecto de la familia y una asociación armoniosa entre ellos son indispensables para su bienestar y el de su familia”.⁵

En ese contexto, México, al presentar su informe sobre el consenso de Quito, en 2010, reconoce:

La sociedad tiene que organizarse alrededor de un modelo de familia distinto del hombre “proveedor” y la mujer “ama de casa”. Se requieren programas de conciliación trabajo-familia que refieren a conciliación hombre-mujer en el sentido de una corresponsabilidad en la familia, pero que trascienden el ámbito privado y atañen al público desde el mercado laboral y las políticas del Estado.⁶

⁵ ONU, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.

⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Informe de México sobre el cumplimiento del Consenso de Quito”, *XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe*, p. 68.

Lo anterior corrobora que la división del trabajo, que tiene su origen en una distribución de cargas de acuerdo con el sexo de las personas, es una fuente de desigualdad entre hombres y mujeres, lo que se traduce en una doble carga de trabajo para las mujeres que desempeñan trabajo productivo y tareas domésticas en sus hogares además de cuidar a sus hijos o, por razones de edad, de otros miembros de la familia, quienes, al llegar a una edad avanzada o sufrir alguna discapacidad, dependerán también de cuidado, casi siempre, de las mujeres del hogar.

El problema es que esa división sexual del trabajo que ocurre al interior de las familias tiene un serio impacto en las prestaciones que deben ser cubiertas por la seguridad social, en virtud de que provoca una segregación de las mujeres en el terreno económico, toda vez que ellas desempeñan labores domésticas o de cuidados que en muchos casos son trabajos gratuitos o mal remunerados.

Por lo anterior, es necesario “desagregar las funciones que realizan las familias para percibir con mayor claridad cuáles y cómo es posible ‘desfamiliarizarlas’ y ver qué implicancias tienen para las relaciones de género”,⁷ especialmente porque el envejecimiento de la población, motivado por la baja tasa de natalidad y la elevación de la esperanza de vida, impondrá nuevos desafíos que deberán enfrentarse ante el incremento inminente del número de adultos mayores que requerirán atención, pues mientras que en América Latina y el Mediterráneo se continúe bajo este modelo, se mantendrá el desequilibrio de responsabilidades entre hombres y mujeres respecto al cuidado de los hijos y las hijas, así como de adultos mayores.

En relación con el incremento de adultos mayores en España, y de acuerdo con las proyecciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), para 2030 el ciclo vital de los varones incrementará. Lo cual significará un mayor índice de envejecimiento demográfico, pues según las cifras publicadas la población de 65 años y más se incrementará de 24.9% en 2029, a 38.7% en 2064.⁸

Así, en caso de que las tendencias demográficas actuales continúen, la tasa de dependencia entre los españoles se elevará a 59.2% en 2029, y hasta 95.6% en 2064. Cabe indicar que se entiende como tasa de dependencia “el cociente, en tanto por ciento, entre la población menor de 16 años o mayor de 64 y la población de 16

⁷ Karina Batthyány Dighiero, *Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, p. 14.

⁸ Instituto Nacional de Estadística (INE), *Proyección de la Población de España 2014-2064*.

a 64 años”. Adicionalmente se incrementará la población de 100 años o más, de las 13 551 personas en 2014, a 372 000 en 2064.⁹

Por su parte, en México se prevé que la esperanza de vida de las mujeres en 2020 alcanzará 78.4 años, y 79.5 en 2030, y la de los hombres será de 73.7 años en 2020, y 75 años en 2030.¹⁰ De acuerdo con lo anterior, el Consejo Nacional de Población en México (Conapo) prevé que, para 2030, las personas adultas mayores (PAM), que son aquellas que cuentan con 60 años de edad o más, representarán 14.6%, lo que equivale a 20 millones 14 mil 853 personas del total de la población del país. Dentro de esas cifras, las mujeres PAM constituirán 15.6%, mientras que los hombres PAM serán 13.7% de la población.¹¹

De mantenerse las tendencias actuales, serán las mujeres quienes se harán cargo también de los adultos mayores, porque la dificultad estriba en la falta de corresponsabilidad habitual entre hombres y mujeres para la prestación de trabajos de cuidados mal remunerados o gratuitos en la mayoría de los casos, lo cual coloca a las mujeres en desventaja al realizar trabajo productivo, trabajo doméstico y cuidado de sus ascendientes y descendientes.

Al respecto, en América Latina la mayoría de los países hacen recaer el servicio de cuidados en las mujeres, en virtud que estos no se encuentran institucionalizados. Lo deseable es que el Estado, por una parte, sea capaz de ofertar servicios de cuidado con la calidad requerida para responder a la demanda social y, por otra, asuma la obligación de reconocer como actividad técnica o profesional el servicio prestado, además de favorecer que el desempeño de esas labores no recaiga necesariamente en las mujeres.¹² Es decir, porque durante su vida activa ellas se ven precisadas a dejar de cotizar en seguridad social, lo que afecta seriamente su calidad de vida y la de sus familias al carecer de ingresos suficientes y al llegar a ser adultas mayores no cuentan con pensiones dignas para cubrir sus necesidades más apremiantes, de lo que se desprende que la equidad de género, ausente en los trabajos de cuidado, sea una fuente de feminización de la pobreza.¹³

⁹ *Idem.*

¹⁰ Conapo, *Dinámica demográfica 1990-2010 y proyecciones de población 2010-2050*, p. 18.

¹¹ Secretaría de Desarrollo Social, *Análisis prospectivo de la población de 60 años de edad en adelante*, pp. 7-8.

¹² María Nieves Rico y Claudia Robles, *Políticas de cuidado en América Latina. Forjando la igualdad*, p. 8.

¹³ *Idem.*

En ese contexto, en México y en otros países hay reformas en las leyes de Seguridad Social que han homologado la edad para alcanzar pensiones jubilatorias para hombres y mujeres, lo que en principio parece llevar al terreno de la legislación la igualdad entre ellos.

El inconveniente de igualar la edad para obtener pensiones jubilatorias o similares, como son las pensiones por vejez, por cesantía en edad avanzada o por retiro anticipado, es que se omite considerar que, debido a la clasificación del trabajo hacia el interior de las familias, incide en la baja situación económica de las mujeres, quienes no pueden cotizar, ya que son ellas las que con frecuencia abandonan sus trabajos o ejecutan trabajos en tiempos parciales para poder cumplir el rol de género social y culturalmente asignado.

Ante la situación mencionada, las mujeres se ven obligadas a contribuir con menos cantidades de dinero y por menos tiempo, lo que se refleja en la cuantía de las pensiones que pueden llegar a recibir, por lo que ignorar la perspectiva de género, sumado a los modelos de seguridad social que, como los de México, están abandonando paulatinamente los sistemas de reparto para regirse por sistemas de capitalización individual, han creado una mayor desigualdad en la materia, aunado a que la mayor esperanza de vida de las mujeres es un factor que se conjuga para el cálculo de sus pensiones, pero que juega en su contra.¹⁴

Aunque la inequidad en la obtención de las percepciones de seguridad social pudiera parecer un problema exclusivo en países de América Latina, lo cierto es que en la Unión Europea la cuantía de las pensiones que reciben las mujeres son en promedio 40% inferiores a las de los hombres.¹⁵

En particular en España, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social indica que la pensión media de las mujeres en el régimen general por concepto de jubilación equivalía, hasta el 31 de agosto de 2018, a 973.48 euros, mien-

¹⁴ Al respecto, véase Tebelia Huertas Bartolomé, M. Cabezas González *et al.*, *La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas. Estudio sobre políticas de igualdad y medidas legales con impacto de género en los niveles contributivos de los sistemas de Seguridad Social*, 2016.

¹⁵ Según el Informe de adecuación de pensiones 2015: Adecuación de los ingresos actuales y futuros en la vejez en la UE, preparado por el Comité de Protección Social (SPC) y la Comisión Europea. Cfr. SPC y Comisión Europea, *The 2015 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age*, p. 20.

tras que en el caso de los hombres era de 1 391.78, con lo que se observa una franja de 418.3 euros en contra de las mujeres.

De forma similar, en el mismo periodo la pensión de viudedad de la legislación española en el caso de los hombres asciende a 541.72 euros, y para las mujeres es de 736.31, esta vez con una diferencia cuantitativa en contra de los hombres.

Sin embargo, como se puede observar en la tabla siguiente, en el caso de las viudas que tengan acceso a una pensión adicional por contar con hijos por quienes deban cobrar una pensión de orfandad, su pensión de viudedad se incrementa hasta en 401.55 euros por cada hijo o hija; lo que sumado resulta de mayor cuantía que una pensión de jubilación obtenida después de largos años de trabajo.

NÚMERO Y CUANTÍA POR SEXO, RÉGIMEN Y CLASE													
Datos a 1 de agosto 2018													
Regímenes	Incapacidad permanente						Jubilación						
	Hombres		Mujeres		No consta		Hombres		Mujeres		No consta		
	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	
General	435.880	1.035.90	278.735	888.58	4	574.97	2.752.799	1.391.78	1.453.611	973.48	19	736.52	
Trabajadores autónomos	84.372	752.35	38.176	643.30	1	404.77	746.173	829.05	542.349	610.77	28	729.53	
Trabajadores del mar	6.503	933.90	1.043	691.24			62.758	1.297.15	6.426	703.77	1	229.92	
Minería del carbón	2.773	1.546.41	36	1.647.14			36.494	2.190.04	519	1.470.90			
Accidentes de trabajo	71.811	1.135.20	12.844	970.39	1	955.48	44.929	1.182.74	7.142	987.54			
Enfermedades profesionales	8.375	1.197.51	3.684	859.12			9.671	1.725.30	1.193	1.187.66			
Sovi	423	399.27	8.596	397.04			29.699	401.92	247.610	390.10	4	367.94	
Total sistema	610.137	1.011.60	343.114	851.19	6	610.02	3.692.523	1.274.40	2.258.850	821.95	52	694.66	
Regímenes	Viudedad						Orfandad						
	Hombres		Mujeres		No consta		Hombres		Mujeres		No consta		
	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	
General	129.697	541.72	1.598.603	736.31	12	523.81	134.797	403.80	120.910	401.55	32	261.82	
Trabajadores autónomos	49.394	365.89	423.556	512.06	5	656.90	33.501	325.93	31.510	330.54	4	206.43	
Trabajadores del mar	480	464.36	42.856	673.82	1	843.26	2.777	447.66	2.268	463.20			
Minería del carbón	259	881.65	22.206	948.14	1	656.90	1.069	627.35	1.004	687.17	1	722.13	
Accidentes de trabajo	2.392	847.86	53.354	839.78	1	766.24	6.330	410.90	5.921	410.41	5	484.90	
Enfermedades profesionales	172	830.17	11.879	1.040.36			612	703.81	557	671.33			
Sovi	880	355.04	24.485	393.30	2	315.38							
Total sistema	183.274	497.98	2.176.939	693.95	22	566.70	179.086	392.51	162.170	391.63	42	294.06	
Regímenes	Favor de familiares						Total						
	Hombres		Mujeres		No consta		Hombres		Mujeres		No consta		
	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	
General	9.061	542.07	20.535	585.52			3.462.234	1.274.44	3.472.394	835.27	67	462.05	
Trabajadores autónomos	2.886	431.41	6.838	451.93			916.326	777.37	1.042.429	562.34	38	656.36	
Trabajadores del mar	375	551.33	700	590.93			72.893	1.224.61	53.293	667.72	2	536.59	
Minería del carbón	127	871.23	445	902.88			40.722	2.092.75	24.210	948.73	2	689.52	
Accidentes de trabajo	103	793.48	531	939.51			125.565	1.109.92	79.792	842.83	7	592.31	
Enfermedades profesionales	47	1.029.18	1.66	1.111.74			18.877	1.448.13	17.479	1.000.92			
Sovi							31.002	400.56	280.691	390.59	6	350.42	
Total sistema	12.599	524.19	29.215	568.64			4.667.619	1.173.70	4.970.288	752.38	122	529.51	

Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.¹⁶

¹⁶ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (Mitrmiss), Gobierno de España, actualmente Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Pensiones por sexo, regímenes y clases. Informes. Número y cuantía por sexo, régimen y clase, agosto de 2018, *Histórico de estadísticas de pensiones publicadas*, disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/3736/3737/3740>.

Lo antes mencionado crea situaciones contradictorias, pues si las mujeres pensionadas por haber sido trabajadoras obtienen ingresos muy similares a los que cobran las pensionadas por viudez, parecerá que es mejor seguir en el papel de beneficiaria de un hombre, quien es el titular de los derechos, con lo que se refuerza el modelo tradicional en el que las mujeres se dedican a realizar actividades domésticas y a cuidar de sus familias.

Es necesario que el trabajo de cuidados en su doble faceta, que consiste en el deber de cuidar y el derecho a ser cuidado —en el caso de los niños y las niñas, de los adultos mayores o discapacitados—, sea reconocido en dos espacios en los que se lleva o puede llevar a cabo:

Uno: el de las familias, que remite al deber de cuidar de las personas adultas, padres y madres respecto de sus hijos e hijas, así como de sus ascendientes, personas adultas mayores y dependientes, en los términos fijados en sus respectivos marcos normativos (constituciones, normas internacionales incorporadas al derecho interno, posteriormente trasladados a los códigos civiles y al derecho de familia).

Dos: los poderes públicos, en tanto que garantes de los derechos de personas menores y adultas mayores y dependientes y, por tanto, obligados a facilitar cuidados, en los términos fijados por sus ordenamientos jurídicos, a través de sus constituciones, tratados internacionales y leyes de desarrollo.¹⁷

Como puede observarse, el marco jurídico del derecho de familia es un instrumento para dinamizar la equidad de género en los trabajos de cuidados, capaz de transformar su reconocimiento y protección con impacto en la seguridad social.

LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. CUIDADO DE DESCENDIENTES Y ASCENDIENTES EN MÉXICO Y ESPAÑA

En México, desde el mes de marzo de 2016, el Instituto Nacional para las Mujeres (Inmujeres) firmó un convenio con el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), con el objetivo de promover la igualdad de género.

¹⁷ Tebelia Huertas Bartolomé, M. Cabezas González *et al.*, *La equidad de género...*, p. 26.

Cabe indicar que Inmujeres es la entidad del gobierno federal en la república mexicana responsable de coordinar la política nacional para lograr la igualdad sustantiva, la erradicación de la violencia contra las mujeres y de ejecutar acciones para la transversalización institucional de la perspectiva de género. En consecuencia, Inmujeres lleva a cabo proyectos conjuntos con el IMSS para coordinar la política de salud y de seguridad social con perspectiva de género.

En México, y de acuerdo con la legislación aplicable a los trabajadores en general, para los trabajadores del Estado y a las Fuerzas Armadas de México –denominadas Ley del Seguro Social (LSS), Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (Ley del ISSSTE) y Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (Ley de ISSFAM), respectivamente–, estas leyes consideran licencias exclusivas para la mujer al ocurrir el nacimiento de un hijo o una hija.

En particular, la LSS solo contempla licencias de maternidad por consanguinidad, ya que establece que en el caso de las trabajadoras estas tienen derecho a una licencia con 100% de su salario básico de cotización, consistente en 42 días antes del alumbramiento y 42 días posteriores, en los que pueden disfrutar también de prestaciones en especie. Lo anterior, porque el Reglamento de Servicios Médicos del IMSS define la maternidad como un “Estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana, en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y (se adiciona) la lactancia”, y con ello lo remite a una incapacidad laboral en función del factor biológico en vez de privilegiar la relación filial, tal como se desprende del Convenio 103 de la OIT, en donde la recomendación es proteger una situación específica desligada de la incapacidad.

En el caso de los hombres, la citada LSS carece de licencias para la paternidad consanguínea, y tratándose de la filiación por adopción o acogimiento se carece de licencias para mujeres y hombres.

Por su parte, La ley del ISSSTE remite al artículo 28 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B del artículo 123 constitucional para que, previa certificación de la fecha probable del parto, se conceda a la mujer un mes de descanso prenatal y dos meses después del alumbramiento, por lo que solo concede licencia de maternidad por consanguinidad.

Las licencias para los padres por el nacimiento de hijos o hijas consanguíneos no se prevén; ni para hombres ni para mujeres se autorizan licencias parentales por

adopción o acogimiento; lo que si regula la citada ley en la fracción V de su artículo 131 es que, tratándose de hijos adoptivos: “Solo tendrán derecho a la pensión por orfandad, cuando la adopción se haya hecho por el trabajador o pensionado antes de haber cumplido cincuenta y cinco años de edad”.

Respecto de la Ley de ISSFAM, su artículo 152 otorga un mes de licencia antes del alumbramiento y dos meses posteriores al mismo “para la atención del infante”, con goce de haberes y exclusiva para el personal militar femenino, por lo que las licencias prenatal y posnatal se vinculan al embarazo y al cuidado del infante.

Con lo anterior, el ISSFAM también ignora por completo los derechos y obligaciones filiales del padre, sin que se considere tampoco ninguna licencia para adopción o acogimiento. Pero en forma similar a la Ley del ISSSTE, se refiere a los hijos adoptivos exclusivamente para limitar sus derechos, pero con mayores restricciones, en virtud que en su artículo 47 señala: “Los hijos adoptivos solo tendrán derecho a los beneficios que establece esta Ley cuando la adopción se haya hecho por el militar antes de haber cumplido 45 años de edad”.

Solamente la Ley Federal del Trabajo, en su fracción XXVII bis, del artículo 132, contempla que los patrones otorguen un permiso a los hombres trabajadores, que consiste en cinco días laborables con goce de sueldo con motivo del nacimiento de sus hijos o de la adopción de un infante.

Como puede observarse, los trabajadores, al convertirse en padres no pueden, en términos de la legislación de seguridad social, gozar ni de la licencia ni de algún subsidio económico al respecto, porque el seguro de maternidad se vincula a la conformación biológica y no a la filiación como un derecho. Por otra parte, se observa que las leyes del ISSSTE y del ISSFAM no solo no atienden derechos para los hijos adoptivos, sino que de manera arbitraria privan de los derechos de seguridad social que les corresponden conforme al derecho de familia vigente en México.

En contraste con lo anterior, en España la seguridad social otorga licencias de maternidad y paternidad, ya que en ambos casos las y los trabajadores dejan de percibir ingresos cuando se interrumpen sus actividades laborales con motivo del nacimiento de sus hijos o hijas, al igual que en los casos de adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela sobre menores; en ese tenor, la prestación es para personas inscritas en el Régimen general o en regímenes especiales, por lo que puede tratarse de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y sin distinción de sexo.

De esta forma, el Régimen general concede un subsidio contributivo por maternidad biológica, más subsidios especiales por parto, gestación por sustitución, adopción o acogimiento múltiples. Se otorga así la licencia por adopción, por guarda con fines de adopción, o bien por acogimiento familiar permanente o no, de al menos un año, en los casos siguientes: *a)* menores de seis años, *b)* mayores de seis, pero no de 18 años con discapacidad, igual o superior 33%, o *c)* por adopción internacional.¹⁸

En el subsidio contributivo se otorgan 16 semanas en vez de las 12 semanas que otorga la seguridad social en México, además de la posibilidad de que la progenitora comparta hasta 10 semanas después del parto con el otro progenitor. Cabe la posibilidad de ampliar la licencia de maternidad en dos semanas por cada hijo, a partir del segundo, cuando se trata de: *a)* parto múltiple, *b)* hijos por gestación por encargo, *c)* adopción o acogimiento plural, *d)* discapacidad del hijo de al menos 33%, y *e)* parto prematuro o por un hijo que ha quedado hospitalizado en un periodo de siete días, en cuyo caso la ampliación se extiende hasta 13 semanas.

En todos los casos, la licencia en subsidios contributivos podrá disfrutarse en jornada completa o parcial, de forma simultánea o sucesiva por los progenitores, salvo las primeras seis semanas, que son de descanso obligatorio para la progenitora.

De forma adicional se prevén las licencias por paternidad que, previo cumplimiento de los requisitos, obtienen un descanso subsidiado¹⁹ en los mismos supuestos que la de maternidad, y se agrega la de tutela de un menor que por disposición legal no se pueda adoptar. Con las excepciones correspondientes, la licencia es de cinco semanas, las cuales podrán ampliarse en dos días por cada hijo adicional a partir del segundo, en los casos de parto múltiple, adopción o acogimiento, en las mismas circunstancias de pluralidad.

En caso de que exista una licencia de maternidad y la progenitora la hubiera disfrutado en su totalidad, la de paternidad corresponderá a favor del progenitor. Si se trata de dos progenitores en el caso de adopción o acogimiento el subsidio

¹⁸ Gobierno de España, *Maternidad. Paternidad. Riesgo durante el embarazo. Riesgo durante la lactancia natural*, disponible en <http://publicacionesoficiales.boe.es>.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, última actualización, 28 de enero de 2019, artículo 183.

corresponderá a un solo progenitor a elección de los mismos,²⁰ siempre que cumpla con los requisitos legales.

Cuando la madre resida en el extranjero y el hijo o la hija nazca fuera de España, también se podrá obtener el subsidio por paternidad. En caso de que se trate de un solo progenitor no podrá acumular el subsidio de maternidad. Lo mismo ocurre cuando se trate de adopción o acogimiento. No obstante, cuando se trate de un progenitor que ha disfrutado del subsidio compartido por maternidad este podrá disfrutar los de paternidad de forma independiente.

Por otra parte, se otorgan subsidios por tener bajo cuidado a un niño o a una niña enferma de cáncer u otras enfermedades que reglamentariamente sean calificadas como graves.²¹ El subsidio es de 100%, como si se tratara de una incapacidad temporal de riesgo profesional; se considera la reducción de la jornada de trabajo y se otorga a los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, previo cumplimiento de los requisitos legales si los dos trabajan. En todo caso, cuando ambos reúnan los requisitos el beneficio se concederá solo a uno de los progenitores.

La situación protegida es la reducción de la jornada de trabajo de al menos 50%, y el motivo debe ser “para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad”, situación que se deberá demostrar a través de un informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, lo cual se prolongará cuando cese la necesidad de cuidado o el hijo o la hija cumpla 18 años.²²

Finalmente, en España se contempla la excedencia, la cual consiste en un permiso de hasta tres años para dedicarse al cuidado de los hijos biológicos, adoptivos o por acogimiento, y hasta de dos años para “atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad,

²⁰ Elisa Sierra Hernáiz, “La incidencia del género en la regulación legal de las prestaciones por maternidad y paternidad de la Seguridad Social”, *Prestaciones de la Seguridad Social y Género*, pp. 13-14.

²¹ Artículos 190 al 192 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, *op. cit.*

²² Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *op. cit.*

accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”,²³ en cuyo caso se conserva durante el primer año el derecho a guardar el puesto de trabajo y, posteriormente, a ocupar de nuevo un puesto similar.

CONCLUSIONES

La seguridad social responde a realidades distintas; sin embargo, lo deseable es que, al menos, dentro de las fronteras de cada país, esta tendría que unificarse en vez de regirse por modelos fragmentados y de acuerdo con el régimen laboral al que se pertenezca, como son la clase trabajadora asalariada en México, la contratada por el Estado o las Fuerzas Armadas.

Lo anterior porque, a pesar de los avances sociales y legislativos, dentro de las familias el trabajo reproductivo y el de cuidados todavía suele regirse por la arcaica división del trabajo y de acuerdo con el sexo de las personas. Esto aplica tanto para México como para España, donde los reportes oficiales indican que las mujeres obtienen ingresos menores en sus pensiones, a pesar de haber laborado el mismo tiempo y con similares categorías.

Las soluciones son poco sencillas; sin embargo, hay dos consideraciones que deben tenerse presentes: la primera es el principio de transversalización de género, y la segunda el enfoque basado en derechos.

En cuanto al enfoque basado en derechos, es necesario: *a)* robustecer el marco normativo de las distintas ramas jurídicas, como el derecho de familia, para contribuir a la corresponsabilidad en el desempeño del trabajo reproductivo y el de cuidados para armonizar la vida familiar, y *b)* el Estado se debe hacer responsable de diseñar políticas públicas que permitan la conciliación del trabajo y la familia, puesto que su incidencia se refleja en la calidad de vida familiar, y en la personal, por razones del tiempo que se dedica al trabajo reproductivo y de cuidado y las percepciones que se obtienen con motivo de las prestaciones de seguridad social.

²³ Artículo 46.3 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, actualizado el 22 de julio de 2014.

Se deben implementar legislaciones que permitan “des-familiarizar” el trabajo de los cuidados que muchas mujeres desarrollan en sus hogares sin un salario retribuido, que es lo que les impide cotizar en las mismas circunstancias que los hombres.

Las leyes mexicanas deben considerar subsidios parentales que sean ajenos al hecho biológico del embarazo y el parto, y atiendan a la filiación por consanguinidad, adopción o acogimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Batthyány Dighiero, Karina. 2015. Las políticas y el cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales. Serie: Asuntos de género. Santiago de Chile: Naciones Unidas-CEPAL-Cooperación Española.
- Gobierno de España. 2018. *Maternidad. Paternidad. Riesgo durante el embarazo. Riesgo durante la lactancia natural*. 12a. ed. Madrid: Gobierno de España-Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social- Secretaría de Estado de la Seguridad Social-Instituto Nacional de la Seguridad Social. Disponible en <http://publicacionesoficiales.boe.es>.
- Huertas Bartolomé, Tebelia (coord.). 2016. M. Cabezas González, Margalef Almudena, Jorge Torrents y Eva Fernández Arrúe. *La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas. Estudio sobre políticas de igualdad y medidas legales con impacto de género en los niveles contributivos de los sistemas de Seguridad Social*. Madrid: Organización Iberoamericana de Seguridad Social.
- Nieves Rico, María y Claudia Robles. 2016. *Políticas de cuidado en América Latina. Forjando la igualdad*. Serie Asuntos de Género. Chile: Naciones Unidas-CEPAL-Cooperación Alemana.
- Sierra Hernández, Elisa. 2017. La incidencia del género en la regulación legal de las prestaciones por maternidad y paternidad de la Seguridad Social. En Eva María Blázquez Agudo (coord.), *Prestaciones de la Seguridad Social y Género*. Madrid: Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Documentos, leyes e instituciones

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 1995. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los

- Trabajadores publicado en el *BOE* número 75, de 29 de marzo de 1995. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7730>.
- . 2015. Real Decreto Legislativo 8/2015. De 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (NIPO-271-18-042-9). *BOE*, núm. 261, de 31 de octubre de 2015, y corrección de errores en *BOE*, núm. 36, de 11 de febrero de 2016. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-1320>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2010. Informe de México sobre el cumplimiento del Consenso de Quito. XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Brasil-Brasilia: CEPAL.
- Conapo. 2010. *Dinámica demográfica 1990-2010 y proyecciones de población 2010-2030*. México: Conapo.
- Convenio 102 sobre la Seguridad Social (Norma mínima). 1952. En vigor desde 1955. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247.
- Informe de adecuación de pensiones. 2015. Adecuación de los ingresos actuales y futuros en la vejez en la UE, preparado por el Comité de Protección Social (SPC) y la Comisión Europea.
- Instituto Nacional de Estadística. 2014. Proyección de la Población de España 2014-2064. España: Instituto Nacional de Estadística.
- Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (Mitramiss). Gobierno de España actualmente Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. 2018. Pensiones por sexo, regímenes y clases. Informes. Número y cuantía por sexo, régimen y clase. Agosto 2018. *Histórico de estadísticas de pensiones publicadas*. Disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/3736/3737/3740>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III), Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>
- . 1996. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Anexo 1*. Declaración de Beijing. Nueva York: ONU. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2008. Observación general núm. 19. El derecho a la Seguridad Social (artículo 9). Ginebra: Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales. 39º periodo de sesiones. <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8791.pdf>.
- Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol). 2017. *Análisis prospectivo de la población de 60 años de edad en adelante*. México: Secretaría de Desarrollo Social.
- Segob. Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de julio de 2003. Última reforma publicada en el *DOF* el 27 de enero de 2015. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo17018.pdf>.
- . Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de marzo de 2007. Última reforma publicada en el *DOF* el 16 de diciembre de 2020. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo13204.pdf>.
- . Ley del Seguro Social, Primera Sección del *Diario Oficial de la Federación*, 21 de diciembre de 1995. Última reforma publicada en el *DOF* el 23 de abril de 2021. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo9056.pdf>.
- . Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 constitucional, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de diciembre de 1963. Última reforma publicada el 23 de abril de 2021. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo17051.pdf>.
- . Ley Federal del Trabajo, Sección Segunda del *Diario Oficial de la Federación*, 1 de abril de 1970. Última reforma publicada en el *DOF* el 23 de abril de 2021. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo9059.pdf>
- SPC y Comisión Europea. 2015. *The 2015 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age*. Vol. 1. Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la UE.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA RUPTURA MATRIMONIAL: UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO

MARÍA ISABEL GÓMEZ ANEL
MÓNICA VICTORIA RUIZ BALCÁZAR¹

INTRODUCCIÓN

En la relación conyugal, cuando la pareja se une por lo general los motiva el amor y, por ello, los consortes le otorgan poca importancia a los bienes; pero cuando ese sentimiento desaparece, al igual que la afectividad, es campo fértil para que entre los cónyuges surjan problemas, los que, de ser irreconciliables, pueden provocar la disolución del matrimonio. El divorcio en la sociedad actual es cada vez más común: un escenario que hace a las parejas meditar sobre el aspecto económico; es decir, de contraer matrimonio: ¿cuál es el régimen conyugal que más les conviene? Bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, el divorcio impacta al cónyuge que, en comparación al otro, se dedicó en mayor medida a las labores domésticas, lo que no le permitió asegurar una estabilidad económica, aunada, además, a la desvaloración del trabajo del hogar, que comprende, entre otras actividades carentes de ingreso, el cuidado de los hijos. Lo antes dicho fue considerado por el legislador, quien, para tratar de paliar el desequilibrio producido por la ruptura de la pareja, creó un mecanismo específico a fin de considerar las circunstancias de la familia y la contribución en las cargas del hogar.

¹ Profesoras del Sistema de Enseñanza Abierta (SEA), Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana.

En 2000 se introdujo en el Código Civil para el Distrito Federal (hoy CDMX) la figura de la compensación económica. De forma similar, pero veinte años después, salieron publicadas en la *Gaceta Oficial del Estado de Veracruz*, del 10 de junio de 2020, algunas reformas al Código, en donde se contempla la citada figura. En ambos ordenamientos la regulación de la compensación económica encuentra su fundamento en el principio de igualdad. En ese contexto, el objetivo de este trabajo es analizar dicha compensación económica y precisar las diferencias que tiene su tratamiento jurídico en relación con el ordenamiento jurídico español.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La compensación económica es el derecho de uno de los cónyuges de poder reclamar al otro el resarcimiento económico por la afectación que sufre tras la ruptura de su relación, esto en el supuesto de que la pareja haya celebrado el matrimonio bajo el régimen patrimonial de separación de bienes y por la valoración del trabajo del hogar.

Algunos autores la conciben en atención al menoscabo económico padecido por alguno de los cónyuges al no haber podido desarrollar durante el matrimonio una actividad lucrativa, en virtud de dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar común.² Considerada de este modo por la doctrina, la compensación permite reparar el desequilibrio económico en que queda un cónyuge frente al otro, cuando aquel vio mermado su derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y estuvo imposibilitado de allegarse de recursos económicos propios, provenientes de realizar cualquier otra actividad distinta a la ocupación cotidiana, preponderante o no, del cuidado de los hijos y las labores propias del hogar. Sin embargo, el fundamento medular de la compensación radica en la justicia, la equidad y la igualdad, principios que deben prevalecer en las relaciones familiares, en particular cuando los cónyuges rompen con el vínculo matrimonial o acontece la separación del matrimonio. La desigualdad se da porque al momento de celebrar la

² Luis Alfonso Méndez Corcuera, “Compensación económica en el divorcio sin causales. Análisis sobre su configuración en Yucatán”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab*, 2015, <http://anahuacmayab.mx/injure>, p. 64, consultada el 18 de agosto de 2018; Cristián Lepin Molina, “Naturaleza jurídica de la compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena”, *Revista de derecho de familia y de las personas*, p. 481.

unión lo hicieron bajo el régimen patrimonial de separación de bienes y, además, porque durante la vigencia de su vida en común algún cónyuge tuvo una mayor dedicación al trabajo del hogar, lo que no le permitió adquirir bienes en igualdad de circunstancias con su expareja o los adquiridos son de valor inferior al patrimonio de aquel, y justo es que al llegar a la disolución conyugal no quede desprotegido, es decir, la justa retribución al desempeño del trabajo doméstico.

Otro sector de la doctrina³ estima que la compensación se sustenta en la necesidad de encontrar atenuante a la inequidad, causada en ocasiones al momento de liquidar el régimen matrimonial de separación de bienes, sobrevenido, como hicimos mención, por el supuesto de que los caudales adquiridos dentro de la unión conyugal estén a nombre de uno de los cónyuges por la actividad remuneratoria que este realizaba; no así el otro cónyuge, cuya condición económica no fue igualitaria porque durante la relación de pareja solo desempeñó labores domésticas y el cuidado de los hijos o, en la hipótesis de realizar doble actividad, una remunerativa en menor medida a la llevada a cabo por aquel, y la otra el trabajo de la casa.

En este orden de ideas, la compensación puede ser reclamada por cualquiera de los cónyuges en equidad de género, es decir, hombre o mujer, ya que en la actualidad podemos observar que los roles se han invertido. No obstante lo anterior, en la sociedad mexicana es la mujer quien mayormente se ocupa de manera exclusiva o preponderante del trabajo del hogar.

También podemos afirmar que son cada vez más frecuentes las celebraciones de enlaces civiles bajo el régimen patrimonial de separación de bienes, ya que se tiene la idea de que, en caso de ruptura matrimonial, este representa menores problemas al enfrentar el trámite de divorcio. Con todo, en parte es cierto cuando los cónyuges se encuentran en igual posición económica o alguno de ellos es dueño de mayor número de bienes y esto puede ocasionar conflicto. Aquí cabe mencionar que si la pareja optara por celebrar capitulaciones matrimoniales dentro de cualquiera de los regímenes patrimoniales previstos en el ordenamiento jurídico mexicano, se evitarían efectos perniciosos de la disolución del vínculo conyugal.

Así las cosas, se trata de una norma inspirada en la equidad resarcitoria en favor del cónyuge dedicado a las labores del hogar, quien, por encontrarse en un régimen patri-

³ Javier Tapia Ramírez, *Derecho de familia*, p. 153; Ma. Jesús Moro Almaraz, “Regímenes económicos para las familias del siglo XXI”, *Estudios prospectivos sobre derecho de familia*, p. 26.

monial de separación de bienes, no participa de las ganancias generadas por la actividad profesional del otro, al quedar este liberado de colaborar en los trabajos domésticos, lo que le ha permitido desarrollarse con el tiempo y esfuerzos necesarios.⁴

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 78/2004, al realizar el análisis de la procedencia de la compensación, la concibe en los términos siguientes:

Se trata de una compensación que el juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar la inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes [...] cuando un cónyuge se dedica preponderante o exclusivamente a cumplir con sus cargas familiares mediante el trabajo del hogar, ello le impide dedicar su trabajo a obtener ingresos propios por otras vías, así como obtener la compensación económica que le correspondería si desarrollara su actividad en el mercado laboral; por eso la ley entiende que su actividad le puede perjudicar en una medida que parezca desproporcionada al momento de disolver el régimen de separación de bienes.⁵

En efecto, el ejercicio parcial o total de las labores del hogar realizado por uno de los cónyuges en el multicitado régimen es factible que lo coloque en desequilibrio patrimonial, y la justa medida de lograr la igualdad es por medio del reclamo de la compensación. En este orden de ideas, son dos las pautas para la procedencia del instrumento en comento: el resarcimiento al valor del trabajo doméstico y la existencia del régimen patrimonial de separación de bienes cuando acontece la separación conyugal o la disolución del vínculo matrimonial.

NATURALEZA JURÍDICA

Podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la figura en estudio es *sui generis* por ser aplicable cuando el matrimonio se celebró bajo el régimen patrimonial de

⁴ Liliana Mijancos Gurruchaga, “Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 cc”, *Revista para el análisis del Derecho*, abril de 2015, http://www.indret.com/pdf/1133_es.pdf, p. 15, consultada el 20 de agosto de 2020.

⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, SCJN. 1a. J. 78/2004, 9a. Época, t. xx, diciembre de 2004, p. 107.

separación de bienes y haya habido dedicación a las labores del hogar o cuidado de los hijos; de ahí su especial naturaleza jurídica.

En opinión de Lepin Molina,⁶ la compensación fue establecida por el legislador a fin de proteger al cónyuge más débil o al que padeció mayor daño por la ruptura matrimonial, y exclusivamente por razones de equidad. Así el estado de la cuestión, se busca compensar al que más pierde con el divorcio o la separación, corrigiendo la desigualdad económica en la cual queda uno de los excónyuges cuando carece de bienes propios para afrontar su vida futura o, habiéndolos adquirido, son notoriamente menores a los del otro.

La doctrina afirma que constituye una obligación legal impuesta a alguno de los cónyuges a fin de corregir la disparidad económica producida por la ruptura del vínculo conyugal y, así, evitar el empeoramiento del cónyuge más débil.⁷

Tenemos entonces que la situación patrimonial de los cónyuges y el trabajo doméstico son los ejes rectores de la compensación, atenuante de la injusticia producida contra cualquiera de ellos, en especial de la mujer que contrajo matrimonio en el régimen de separación de bienes, tal vez no por convicción, sino influenciada por su pareja y confiando que la persistencia del matrimonio le daría seguridad en los derechos derivados de esta relación. Por tanto, no deja lugar a duda la especial naturaleza jurídica de la compensación, derecho inspirado en la equidad y la igualdad económica entre cónyuges.

DIFERENCIAS ENTRE PENSIÓN COMPENSATORIA E INDEMNIZACIÓN

La pensión compensatoria y la indemnización son temas de interés particular en las relaciones familiares que por sí solos requieren ser objeto de mayor análisis. Sin

⁶ Cristián Lepin Molina, “Naturaleza jurídica de la compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena”, *Compensación económica. Doctrinas esenciales*, p. 511.

⁷ Álvaro Rodrigo Vidal Olivares, “La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?”, *Derecho Civil y romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, p. 437, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/23.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2020; Carlos Céspedes Muñoz y David Vargas Aravena, “Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España”, *Revista chilena de Derecho*, p. 439, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300003&lng=es&nrm=iso, consultada el 20 de agosto de 2018.

profundizar en su estudio, solo nos ocuparemos de ellas en la medida de diferenciarlas de la compensación, por la posible confusión con la procedencia de estos derechos a disposición de cualquiera de los cónyuges en materia de divorcio o separación.

El divorcio produce diversas consecuencias entre los excónyuges y algunos de sus efectos son extensivos a la separación conyugal, sin que haya necesidad previa de disolver el matrimonio. Así tenemos, por ejemplo, el derecho a recibir alimentos. En este contexto podemos citar el artículo 252 del Código Civil del Estado de Veracruz, que regula la pensión compensatoria clasificándola como

... un deber asistencial y resarcitorio derivado del desequilibrio económico que pueda presentarse entre los cónyuges o concubinos al momento de disolverse el vínculo correspondiente, al colocar a una de las partes en una situación de desventaja económica que incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y que le impida el acceso a un nivel de vida adecuado.

Para reforzar que se trata de una pensión compensatoria, en el precepto legal antes citado se establece que: “El órgano jurisdiccional que determine la pensión compensatoria deberá tomar en consideración la pensión alimenticia, en caso de que se otorguen ambas”.

En términos similares, el Código Civil para el Distrito Federal regula la pensión compensatoria en los casos de divorcio al ocurrir algunos de los supuestos enunciados en la norma⁸ y bajo determinadas circunstancias, pero con la exigencia de tener la necesidad de recibir alimentos. En este contexto legal, en México a la pensión compensatoria por lo general se le refiere con dos acepciones: como pensión alimenticia o como una compensación económica-alimenticia, siendo la doctrina y la jurisprudencia donde se utiliza aquel nombre.

Pero afirmamos, la pensión compensatoria es de naturaleza diferente a la obligación de proporcionar alimentos; para tal efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis del rubro siguiente: “Pensión compensatoria. La obligación de proporcionarla es de naturaleza distinta a la obligación alimentaria que

⁸ Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), 26 de mayo de 1928, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>, consultada el 12 de febrero de 2019.

surge de las relaciones de matrimonio, pues el presupuesto básico para su procedencia consiste en la existencia de un desequilibrio económico”.⁹

En España la pensión compensatoria tiene distinto tratamiento jurídico: de modo comparativo podemos citar el artículo 97¹⁰ del Código Civil español, que atiende al desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con el otro y el empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. Asimismo, la norma establece que será determinada en el convenio regulador o en la sentencia.

En este orden de ideas, la finalidad de la pensión compensatoria es restablecer el equilibrio por la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más perjudicado por la ruptura conyugal. Caso contrario: cuando no se ha visto mermada la capacidad de trabajo por el matrimonio, y si la familia no le ha impedido trabajar y está en el mercado laboral, siendo su situación la misma que tenía durante el matrimonio y antes de contraer este, no tendrá derecho a la pensión compensatoria.¹¹

Por tanto, y derivado de algunas hipótesis, la pensión compensatoria ha venido a paliar el menoscabo económico sufrido por cualquiera de los cónyuges dentro del matrimonio. En el cc español el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, y en los códigos civiles del estado de Veracruz y del Distrito Federal la dedicación exclusiva o preponderante a las labores del hogar y el cuidado de los hijos, hicieron merma en el desarrollo profesional y en el ejercicio de una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo un consorte en menor medida de lo que podía o quería.

Ahora bien, tenemos entonces que el objeto de la pensión compensatoria es distinto al de la compensación, la primera busca restablecer el equilibrio entre los cónyuges, cualquiera que sea el régimen económico patrimonial; la segunda, por el contrario, se sustenta en la contribución de uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes. En este sentido lo pronuncia el Tribunal Supremo de España en la sentencia número 252/2017, de 26 de abril 2017, en el quinto fundamento de derecho.

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, SCJN, T. CCCLXXXVII, p. 725.

¹⁰ Código Civil español, artículo 97: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

¹¹ Liliana Mijancos Gurruchaga, “Las reclamaciones económicas...”, p. 7.

Por otro lado, tal y como lo expone la profesora Moro Almaraz,¹² la diferencia entre las figuras jurídicas comentadas es su finalidad diversa, porque la pensión compensatoria trata de remediar el desequilibrio producido por la ruptura de la pareja y considerando el futuro de ambos, y la compensación atiende a las circunstancias del matrimonio, su implicación en el sostenimiento de la familia, y pretende compensar analizando el pasado. Así la cuestión, no existe confusión en la procedencia de las figuras comentadas.

En cuanto al tema de la indemnización surge el planteamiento de si podrían ser resarcibles los daños patrimoniales o morales en las relaciones familiares. No es nuestro fin debatir tal cuestión, pero, tratándose de la responsabilidad civil entre cónyuges, tanto dentro de la vigencia del matrimonio como derivado del divorcio, la ley tipifica conductas culposas, negligentes o dolosas cometidas por un cónyuge en contra del otro, mismas que posibilitan el resarcimiento económico a través del pago de indemnización. Así, el artículo 206 del Código Civil del Estado de Veracruz dispone: “Los cónyuges serán responsables mutuamente de los daños y perjuicios que se causen por dolo, culpa o negligencia”. De manera similar, el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Familiar del Estado de Sonora regulan la reparación del daño a que tiene derecho el cónyuge que actuó de buena fe.¹³

En España, el Código Civil¹⁴ regula una indemnización en favor del cónyuge de buena fe, quien sufre determinados perjuicios económicos cuando está en presencia de la declaración de nulidad de matrimonio. En esta hipótesis se contempla de manera explícita el resarcimiento por los daños causados; por lo tanto, de causarse daños materiales a los intereses de alguno de los cónyuges es factible que el afectado ejercite en contra del otro una acción para reclamar la responsabilidad civil extracontractual por culpa, negligencia o dolo en los que este incurrió.

¹² Ma. Jesús Moro Almaraz, “Regímenes económicos...”, p. 38.

¹³ Véanse el artículo 194 Bis del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>, consultada el 12 de febrero de 2019, y el artículo 98 del Código de Familia del Estado de Sonora (CFS), 15 de octubre de 2009, http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/marco_normativo/CodigoDeFamilia.pdf, consultada el 12 de febrero de 2019.

¹⁴ Código Civil español, artículo 98: “El cónyuge de buena fe, cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

En cuanto a la diferencia de la indemnización con la compensación, Corral Talciani¹⁵ opina que en esta “no hay propiamente una reparación del daño como sucede en la responsabilidad civil, en que rige el principio de la integridad de la reparación: todo daño debe ser reparado”. En efecto, la compensación económica de ninguna manera constituye una forma de responsabilidad civil; entre ellas existen marcadas discrepancias que la doctrina ha señalado y se resumen de la manera siguiente:

- a) No concurre el elemento esencial del daño. Sería incorrecto hablar de víctima y victimario.
- b) La determinación de la compensación queda al margen de la culpa de alguno de los cónyuges.
- c) No existe el principio de la responsabilidad civil de restituir las cosas al estado anterior que tenían, como se requiere en la indemnización.
- d) La extensión o la cuantificación de la indemnización de perjuicios tiene su medida en la función de la magnitud del daño provocado.

La indemnización y la compensación tienen la finalidad de obtener resarcimiento económico, pero la causa que origina tal reclamo es diversa. Bien sabemos que los derechos humanos han permeado en todas las instituciones jurídicas, contribuyendo de esta manera a la evolución del derecho familiar y a las relaciones entre los integrantes de la familia; sin embargo, la compensación no debe considerarse como un instrumento para equilibrar patrimonios en caso de ruptura conyugal, sino que se trata de un derecho ejercitable con sustento en la dedicación al trabajo del hogar y cuando se está en presencia del régimen de separación de bienes.

EL TRABAJO DEL HOGAR Y SU VALORACIÓN

En el régimen legal del matrimonio los consortes deben contribuir al sostenimiento del hogar, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y la proporción que

¹⁵ Hernán Corral Talciani, “La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial”, *Revista chilena de Derecho*, 2007, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100003>, p. 14,

convengan y de acuerdo con sus posibilidades.¹⁶ Las cargas familiares van más allá de la relación conyugal y del aspecto económico; además, este régimen tiene en cuenta el interés general de la familia. Desde este enfoque incluye el sostén, la alimentación, el deber de cuidado, la educación de los hijos, las circunstancias del entorno en que la familia se desenvuelve, las actividades de recreación y de entretenimiento, entre otras. Para satisfacer lo anterior los cónyuges deben hacer contribuciones tales como las labores inherentes al hogar. Bajo esta tesitura los principios de igualdad y equidad deben prevalecer entre los cónyuges en el matrimonio constante, porque todos los derechos y obligaciones son iguales, sin importar quién mantenga el hogar o la cantidad económica que aporte para sostenerlo.

El trabajo doméstico implica labores que van desde la limpieza del hogar, el acicalado de la ropa, la atención de los hijos en todos los rubros (aseo, educación, comida, actividades extraescolares, llevarlos a la escuela o al médico), la administración de recursos en el hogar, la dirección de la casa, el cuidado de miembros de la familia;¹⁷ en fin, la lista puede ser interminable. Como bien afirma Moro Almaraz,¹⁸ la dedicación del hogar encierra un cúmulo de actuaciones que no desarrollará nunca algún empleado doméstico, porque estas van ligadas a la propia voluntad de los cónyuges de conformar una familia y mantenerla unida con el máximo bienestar; por ello, no debe identificarse solo con las labores domésticas más elementales realizadas por terceras personas.

Cualquiera de los cónyuges puede desempeñar el trabajo doméstico porque en la época actual los roles se han invertido; aun así, creemos que en mayor medida corresponde a la mujer realizarlo y son evidentes las actividades incluidas en su ejercicio: contribución a las cargas del hogar ejecutadas de manera personal o en colaboración parcial del otro cónyuge, o por medio de ayuda de servicio doméstico bajo la dirección y la organización del cónyuge que aporta para tal fin.

La normativa del Código Civil del Estado de Veracruz hace particular referencia al valor de las labores del hogar en la parte final del artículo 100, donde se alude a los cónyuges para indicar que: “Se reconocerá como aportación económica

¹⁶ Véase el artículo 100 del Código Civil del Estado de Veracruz, [http:// www. ordenjuridico.gob.mx/ publicaciones/DI2005/pdf/VER1.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/publicaciones/DI2005/pdf/VER1.pdf), consultada el 10 de febrero de 2019.

¹⁷ Liliana Mijancos Gurruchaga, “Las reclamaciones económicas...”, p. 17.

¹⁸ Ma. Jesús Moro Almaraz, “Regímenes económicos...”, pp. 32-33.

el trabajo que realicen en el hogar”; por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal establece en el artículo 164 Bis: “El desempeño en el trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar”.

En este precepto, el legislador no repara en cuál de los cónyuges lo realiza, solo tiene en cuenta el trabajo del hogar y le adjudica valor pecuniario, porque al llevar a cabo esas labores se fomenta el ahorro de recursos económicos que, de otra manera, se destinarían al pago de personal doméstico.¹⁹ Esto es del todo cierto cuando uno de los cónyuges se dedica de manera exclusiva al trabajo del hogar. Pero debemos hacer énfasis en las mujeres, porque hoy en día es común que además de ocuparse del trabajo de la casa realizan alguna otra actividad remunerada fuera del hogar; por tanto, desempeñan doble jornada, ya que al concluir esta y llegar a casa deben realizar las labores domésticas y, en su caso, las relativas al cuidado de los hijos, ello significa sobreaportación al bienestar común de la familia y, por lo tanto, debe ser compensada.

A modo de crítica, Anderson²⁰ atribuye al trabajo doméstico doble valor: obligada contribución al hogar y actividad que permite el reclamo de compensación económica. Subraya también que si el trabajo doméstico ha sido computado en carácter de contribución a las cargas del hogar resulta difícil compensar el haber cumplido una obligación. Judith Solé Resina²¹ afirma que queda a salvo de esa consideración la compensación cuando hay “sobrecontribución” del cónyuge acreedor, es decir, cuando la actividad sobrepasa la contribución paccionada o exigida por la ley.

Los argumentos de los citados autores son respetables, pero afirmamos: se parte de la base de que el trabajo del hogar carece de retribución; por ende, resulta justo su reconocimiento y valoración otorgados por la ley a fin de restablecer el equilibrio económico, la desigualdad y la equidad cuando el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes; de este modo es posible compensar al cónyuge la actividad desarrollada en el pasado y deberá ser cuantificada acorde con las circunstancias del asunto en particular.

¹⁹ María Claudina Treviño Pizarro, *Derecho familiar*, p. 88.

²⁰ Miriam Anderson, “El régimen económico matrimonial”, *Derecho de familia*, p. 212.

²¹ Judith Solé Resina, “El régimen de separación de bienes”, *Derecho de familia*, p. 261.

EL RÉGIMEN DE LA COMPENSACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En el ordenamiento jurídico mexicano algunos códigos civiles o familiares locales norman el derecho a la compensación económica; entre ellos el Código Civil del Estado de Veracruz y, particularmente, el Código Civil para el Distrito Federal, porque este ha sido un instrumento armonizador de otras normativas locales.

El Código Civil para el Distrito Federal fue reformado el 25 de mayo de 2000; con la reforma se adicionó el artículo 289 bis,²² quedando prevista en su texto la compensación económica por disolución del matrimonio, figura sin ningún antecedente legislativo. El citado precepto reconoció el derecho del cónyuge que se dedicó de manera preponderante al trabajo del hogar y de los hijos, permitiéndole demandar del otro hasta 50% del valor de los bienes adquiridos dentro del matrimonio.

Brena Sesma²³ refiere que el cambio no se redujo solo a los aspectos patrimoniales de la ruptura matrimonial, sino que la trascendencia de la reforma involucró la concepción de las relaciones conyugales, pues intentó establecer la equidad de género y proteger y valorizar el trabajo doméstico. Cierto es, la sociedad demandaba equidad e igualdad en la pareja dentro del matrimonio sin distinción de género; sobre todo porque cuando se trata de la mujer la desigualdad es más patente. Al respecto, el poder Judicial federal emitió varios pronunciamientos; entre ellos citamos el del rubro Matrimonio. Los bienes en él (legislación del estado de Zacatecas).²⁴

²² En la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro una indemnización de hasta 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, siempre que:

I. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes.

II. El demandante se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos.

III. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

El juez de lo familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo a las circunstancias especiales en cada caso.

²³ Ingrid Brena Sesma, “¿Retroactividad del artículo 289 Bis del Código Civil para el Distrito Federal? Una opinión basada en criterios emitidos por el Poder Judicial”, *Revista Mexicana de Justicia*, 2003. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8573/10599>, p. 327, consultada el 11 de julio de 2018.

²⁴ En la tesis citada, el Tribunal Colegiado precisó: “... el legislador aspira a que exista un equilibrio de facultades y deberes entre marido y mujer, y lleva a considerar que se pretende participar a los cónyuges

Años después, el 3 de octubre de 2008, el artículo 289 Bis del CCDF se derogó y su texto modificado fue introducido en la fracción VI²⁵ del artículo 267, entrando en vigor el 4 de octubre de 2008 con la última reforma llevada a cabo el 24 de junio de 2011. Al regular la compensación, en el citado artículo fueron enunciados los supuestos siguientes: a) la existencia del régimen de separación de bienes, y b) el trabajo del hogar y, en su caso, el cuidado de los hijos. Salvo algunas diferencias, el legislador volvió a establecer en la norma la equidad y la igualdad entre la pareja por la comunidad del matrimonio y otorgó reconocimiento a las labores del hogar, actividad que en el matrimonio constante debió ser ejercitada “preponderantemente”; este término no excluye el derecho a ejercitar el reclamo de la compensación económica a aquel cónyuge que haya dedicado alguna parte de su tiempo al trabajo remunerado fuera de la casa, lo cual implica el desempeño de una doble jornada o sobreaportación. Es claro que la dedicación a las labores del hogar no es excluyente ni exclusiva como ya mencionamos, porque el trabajo del hogar, además de poder ser ejecutado de manera personal, también implica la dirección, la administración, la atención de la casa y el cuidado de la familia, actividades realizadas por cualquiera de los cónyuges,²⁶ pero para la exigencia del derecho la labor debe estar en mayor medida a cargo del otro.

ges, de los bienes que se adquieran con el trabajo que realizan, lo que es justo y equitativo, aun cuando la mujer pueda no contribuir económicamente, en virtud de que su trabajo consista en el cuidado y dirección del hogar, la atención al marido y el cuidado de los hijos, si los hubiere, pues con su esfuerzo contribuye a los fines del matrimonio. Siendo obvio que en la sociedad conyugal los bienes adquiridos por los cónyuges pertenecen a la citada sociedad, y no se puede desconocer a alguno de ellos el derecho que tiene sobre el bien que se adquirió en comunidad con el otro; esto es que los bienes adquiridos, sin necesidad de convenio alguno, pertenecerán a ambos cónyuges, al igual que los adquiridos en común, aun cuando estuviesen casados bajo el régimen de separación de bienes, solo que, en este caso, los bienes se dividirán”, *Semanario Judicial de la Federación*, 1993, p. 479.

²⁵ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 267.VI: “En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior a 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso”.

²⁶ En estos términos, el artículo 4.46 del Código Civil del Estado de México otorga tratamiento legal al derecho a la compensación en el divorcio cuando existe el régimen de separación de bienes, y no solo cuando se haya realizado o ejecutado el trabajo del hogar podrá el cónyuge demandar la repartición hasta por 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio, sino también cuando tenga, de manera desproporcional, menos bienes que el otro cónyuge, en atención a los principios de equidad y proporcionalidad.

Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal regula el divorcio sin expresión de causa, al promoverlo deberá acompañarse de la propuesta de convenio con los requisitos enunciados en sus fracciones; entre ellas la fracción VI, relativa a la compensación económica; no hay duda de que el reclamo es extensivo a todos los procedimientos de ruptura conyugal y, de haber desacuerdo de las partes solicitantes el juez, al dictar la sentencia de divorcio, debe resolver sobre la procedencia del derecho en atención a las circunstancias especiales de cada caso.²⁷ Por tanto, debe prevalecer la valoración económica otorgada al trabajo del hogar realizado por cualquiera de los cónyuges sobre el interés individual del otro, que con seguridad se considera afectado al tener que entregar una parte de los bienes adquiridos por él, pese haber celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes; sin embargo, de ninguna manera existe tratamiento discriminatorio alguno, pues nadie está excluido del derecho a la compensación mientras se haya dedicado al hogar en forma cotidiana. En este sentido, la Tesis CXXIV/2018,²⁸ emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pronuncia el criterio de que “una vertiente del derecho a la igualdad implica que toda persona debe recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos, siempre y cuando se encuentre en una situación similar que sea jurídicamente relevante”, y la Corte estima que al ubicarse la persona en el supuesto normativo del artículo 267, fracción VI, del cc para la Ciudad de México, esta tiene el derecho de solicitar la compensación sin hacer distinción en razón de género u otra condición.

Ya en los últimos tiempos y en otras tesis,²⁹ la Corte y los tribunales colegiados interpretan de modo armónico las normas civiles locales que reglamentan la compensación y confirman los supuestos de aplicación, sin que exista duda al respecto.

No obstante, es necesario subrayar que las ejecutorias en los anales del *Semanario Judicial de la Federación*, en México, son menores en número en comparación con las del derecho español, donde encontramos un amplio repositorio de doctrina jurisprudencial. En el ordenamiento jurídico mexicano se requiere mayor

²⁷ Véase el artículo 283, fracción VII, del Código Civil para el Distrito Federal, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>, consultada el 12 de febrero 2019.

²⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, 2018, p. 842.

²⁹ *Ibid.*, p. 107, 2004; 2012, p.716; 2014, T. CCCLXXXVII, p. 725; 2018, T. CXXIII, p. 838; 2008, 3° Tribunal Colegiado del Primer Circuito, T. 168904, p. 1297.

número de jurisprudencia relativa al tema objeto de estudio; es medular, por un lado, porque los tribunales civiles o familiares, ante la ausencia de reglamentación local, deben resolver los casos de reclamo de compensación económica en atención al carácter obligatorio de la doctrina jurisprudencial; y por el otro, el legislador atenderá la necesidad de su ordenación.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En España, el artículo 1438 del Código Civil regula de manera discreta la compensación económica, a diferencia del artículo 232-5 del Código Civil de Cataluña, que la reglamenta con más amplitud. El distinto tratamiento legal otorgado a la compensación ha dado lugar a jurisprudencia mayor, es decir, la emitida por el Tribunal Supremo, contraria a la doctrina jurisprudencial de los tribunales de algunas Audiencias Provinciales.

El artículo 1438 del cc español norma la figura objeto de estudio en los supuestos siguientes:

Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

Del texto de la citada norma se desprenden los presupuestos exigidos para la procedencia de la compensación: *a)* el valor del trabajo del hogar, y *b)* la existencia del régimen de separación de bienes entre los cónyuges. Del mismo modo, en el artículo 232-5 del Código Civil catalán la compensación económica solo aplica en el régimen de separación de bienes, que tiene la consideración de ser supletorio,³⁰ y otro de sus requisitos es el trabajo del hogar.

³⁰ Véase el artículo 231-10 del Código Civil de Cataluña, Ley 25 (29 de julio de 2010), edición actualizada el 9 de diciembre de 2020, <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=150&modo=1¬a=08&tab=2>, consultada el 5 de octubre de 2021.

Estas pautas han sido analizadas por los tribunales españoles; ejemplo de ello, tenemos la sentencia 534/2011, de 14 de julio de 2011, dictada por el Tribunal Supremo, el que, al interpretar el artículo 1438 del cc, considera:

Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

1a. Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.

2a. Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 del Código Civil español.

3a. Regla: el trabajo para la casa no es solo una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

En efecto, en un plano de igualdad y equidad de género, el artículo 1438 regula la compensación económica como instrumento reparador del desequilibrio en que se encuentra el cónyuge en el momento de la ruptura matrimonial, situación provocada porque durante la vigencia del matrimonio contribuyó al sostenimiento del hogar con la aportación de su trabajo doméstico.

En contraste con el artículo 1438 del cc español, el artículo 232-5 del cc de Cataluña condiciona la compensación por razón del trabajo cuando el otro cónyuge obtuvo un incremento patrimonial superior en relación con aquel que más trabajó en las actividades domésticas. Tal circunstancia no representa exigencia legal para otorgar el derecho; por lo demás, creemos que es con el fin de determinar la cuantía de la compensación. Así el estado de la cuestión, poco o nada importa el enriquecimiento de alguno de los cónyuges motivado por la aportación del trabajo del hogar realizado por el otro, y así lo señala el Tribunal Supremo español en el fundamento de derecho quinto de la sentencia 534/2011, donde pronuncia:

Las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

En este mismo sentido lo ha señalado la jurisprudencia menor, es decir, la dictada por tribunales de Audiencias Provinciales en España, al abandonar toda referencia a la compensación como remedio sustituto del enriquecimiento injusto y estimar que su fundamento radica en el desequilibrio producido entre las economías de los cónyuges o convivientes, por el hecho de que uno de ellos desarrolle una tarea que no produce excedentes acumulativos y, por el contrario, el otro realice diversa actividad que sí los genera. Lo sustancial en el reconocimiento del derecho a la compensación es la valoración dada al trabajo del hogar y la existencia del régimen de separación de bienes. La polémica surge cuando el cónyuge demandante, además de las labores propias del trabajo doméstico, desempeña al mismo tiempo algunas otras actividades remuneratorias o ayuda en la actividad profesional desarrollada por el cónyuge demandado o en empresa propiedad de la familia de este, en donde el reclamante obtiene percepción económica menor.

El artículo 232-5.1 del Código Civil catalán norma esos supuestos al hacer referencia particular en cuanto a que “si un cónyuge ha trabajado sustancialmente más que el otro”; y en el apartado 2 extiende el derecho de la compensación económica en favor de aquel cónyuge “que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente”; al respecto, el artículo 1438 del Código Civil español es omiso. Las referidas discrepancias legales han dado lugar a diversas interpretaciones, recalçadas por el Tribunal Supremo y por algunas Audiencias Provinciales³¹ donde aquel sentó jurisprudencia mayor al dilucidar los términos contenidos en el artículo 1438 del Código Civil español.

³¹ SAP Albacete 95/2016 (secc.1), de 29 de febrero de 2016; RJ 185/2016; SAP Logroño 321/2012 (secc.1), de 3 de octubre de 2012; RJ 525/2012; SAP Madrid 531/2018 (secc. 24), de 24 de mayo de 2018; RJ 10669/2018); y SAP Zaragoza 284/2005 (secc. 4), de 20 de mayo de 2005; RJ 1385/2005, Centro de Documentación Judicial (Cendoj), Consejo General del Poder Judicial (España), www.poderjudicial.es/search, consultada el 22 de agosto de 2018.

El Tribunal Supremo confirma la doctrina jurisprudencial expresada en la STS 534/2011, de 14 de julio de 2011, reiterada en la STS 135/2015, de 26 de marzo 2015, y en la sentencia 136/2015, de 14 de abril de 2015, al señalar la exigencia de que la dedicación al trabajo doméstico debe ser exclusiva (solo con el trabajo realizado para la casa), lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el reclamante hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con actividad remuneratoria realizada fuera del hogar en tiempo parcial o en jornada completa.

El fundamento del derecho 3º de la STS 136/2015 concluye:

En el caso, son hechos probados de la sentencia que la esposa desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones, vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica que establece el artículo 1438 del CC.

Sin embargo, en contradicción al criterio reiterativo de jurisprudencia mayor, en la STS 252/2017, de 26 de abril de 2017, el Tribunal Supremo interpreta el artículo 1438 del Código Civil español al amparo del artículo 3.1 del mismo Código, precepto que enlaza la interpretación, no solo al sentido de las palabras y en relación con su contexto, sino refiriendo a la realidad social del tiempo en que las normas son aplicadas. Esclarece el Tribunal Supremo que cuando el legislador introdujo la compensación en la normativa del Código Civil era otra época, y en la actualidad es frecuente observar que uno de los cónyuges trabaja con mayor intensidad para la casa, pero al mismo tiempo colabora en la actividad profesional o empresarial del otro.

En ese contexto es factible la procedencia de la compensación, porque la actividad desarrollada fuera del ámbito doméstico, aun cuando medie remuneración, “se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia”. Por lo que el Tribunal Supremo matiza y adapta la jurisprudencia recogida, entre otras, en las sentencias 534/2011 y 135/2015, y dicta fallo en favor de la demandante por el supuesto de que, además de realizar las actividades propias del hogar, trabajaba en el negocio familiar donde percibía un salario moderado.

Con lo anterior podemos afirmar que se ha operado un cambio en la interpretación del artículo 1438 del cc español; el Tribunal Supremo, en atención a las circunstancias especiales del caso de su conocimiento y la realidad social actual, no excluye la procedencia de la compensación cuando uno de los cónyuges hace el trabajo de manera parcial por estar compaginado con otra actividad remuneratoria; pero si es exigencia legal de que el trabajo doméstico debe ser realizado en mayor medida por el otro cónyuge, se trata de “sobreaportación”, tal y como lo estima la SAP Zaragoza 284/2005, de 20 de mayo de 2015.

Ahora bien, algunas sentencias dictadas por Audiencias Provinciales³² determinan compensación adicional por la dedicación parcial a la familia y los hijos en aquellos casos en que el cónyuge realizó trabajo para el negocio familiar, compaginado con otro desempeñado por cuenta ajena; en tal escenario, esas actividades fueron conjugadas con las dedicadas al hogar y al cuidado de los hijos. Por ello, se declaran excluidos los bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio, los bienes obtenidos en sustitución de otros bienes privativos y los conseguidos después de contraer matrimonio a título gratuito, estos no dan derecho a compensación.

Así las cosas, y con algunas variantes, la compensación económica en el ordenamiento jurídico español constituye una norma de liquidación del régimen de separación de bienes, que permite a uno de los cónyuges resarcirse con cargo a las ganancias del otro por razón del trabajo doméstico desempeñado dentro del matrimonio. No obstante, la valoración otorgada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo difiere en mayor número de los criterios de las Audiencias Provisionales, las cuales atienden a la dedicación sustancial del trabajo del hogar y en esa medida proceden a fijar la cuantía al conceder el reclamo.

Como colofón, cabe destacar que en España³³ el reclamo de la compensación procede en todos los casos, es decir, aparte del divorcio también es factible en la

³² SAP Barcelona (secc. 12), 645/2018, 2018; RJ 5665/2018; SAP Barcelona (secc. 18), 426/2018; 2018; RJ 5765/2018; SAP Girona (secc. 1), 158/2018; 2018, RJ 330/2018, Centro de Documentación Judicial (Cendoj), Consejo General del Poder Judicial (España), www.poderjudicial.es/search, consultada el 22 de agosto de 2018.

³³ El artículo 232-5-1 del cc catalán hace referencia particular a la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad, muerte de uno de los cónyuges o del cese efectivo de la convivencia. El artículo 1438 del cc español no enuncia las hipótesis. Por lo demás, creemos que el ejercicio del derecho a la compensación económica puede ser reclamado además del divorcio en otros supuestos, siempre que exista el régimen de separación de bienes y la dedicación mayor de uno de los cónyuges al trabajo del hogar.

separación conyugal, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges o el cese efectivo de la convivencia, siempre y cuando la unión haya sido de régimen de separación de bienes. Por lo demás, este mecanismo paliativo no riñe con el de pensión compensatoria y la indemnización por daños y perjuicios irrogados cuando se está en presencia de los supuestos previstos en la ley.

CONCLUSIONES

La confianza de la pareja en que al optar por el régimen de separación cada uno de ellos es dueño absoluto de los bienes adquiridos dentro del matrimonio, y que al disolverse este tendrán la seguridad de contar con la absoluta propiedad, no exime a alguno de los cónyuges de la obligación de responder por los bienes comunes adquiridos en el lapso de la vigencia de la relación conyugal, en atención a la justa valoración del trabajo del hogar realizado por el otro cónyuge durante el matrimonio; en este orden de ideas, la compensación económica es un mecanismo paliativo de la desigualdad e inequidad al momento de la ruptura conyugal. Debemos considerar la importancia de la figura de las capitulaciones matrimoniales, cualquiera que sea el régimen elegido, porque es la mejor manera de evitar conflictos cuando acontece la ruptura conyugal.

Al permear los derechos humanos en todas las instituciones jurídicas es plausible la protección al cónyuge más desfavorecido en la relación familiar; sin embargo, se requiere una revisión profunda de la normativa a fin de otorgar una ordenación adecuada, tanto de la compensación económica como de la pensión compensatoria. El tratamiento legal que el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil de España le otorgan a la compensación es discreto, a diferencia del Código Civil catalán, cuya normativa puede ser considerada por el legislador en México con el fin de armonizar su reglamentación.

En el Código Civil para el Distrito Federal existe un parámetro en la cuantificación de la compensación, aspecto que omite el Código Civil de España, y deja este punto al arbitrio del juez. Por otro lado, el texto del artículo 1438 del cc español soslaya especificar la parcialidad del trabajo del hogar, dando lugar a varias interpretaciones por parte del Tribunal Supremo, creando sólida doctrina jurisprudencial que se ha ido adecuando al tiempo actual, a diferencia del cc del Distrito

Federal, que norma la dedicación mayor a las actividades domésticas por parte de uno de los cónyuges dentro de la constante relación conyugal. En lo que respecta al Código Civil de Cataluña, este sí se ocupa de establecer medidas para determinar la cuantía de la compensación económica y atiende a la dedicación sustancial del trabajo del hogar.

Por último, en la reforma al Código Civil del Estado de Veracruz, publicada el 10 de junio de 2020 en la *Gaceta Oficial del Estado*, los legisladores regularon la compensación. En particular, al ocuparse de regular el divorcio incausado, previsto en el artículo 142 del ordenamiento civil mencionado, se estableció como requisito para quienes hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes señalar la compensación para el cónyuge que, de forma preponderante, se haya dedicado durante el matrimonio al desempeño del trabajo en el hogar y, en su caso, al cuidado de las hijas y los hijos.

Con lo anterior, la normativa civil veracruzana se armonizó con criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus tribunales, además del Código Civil para el Distrito Federal. No obstante lo anterior, al haber establecido que el órgano jurisdiccional determine su otorgamiento según el prudente arbitrio, en la práctica puede ser causa de ineficacia debido al conflicto entre las partes en litigio.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, Miriam. 2011. El régimen económico matrimonial. En Carlos Villagrasa Alcaide (coord.), *Derecho de familia*. España: Bosch.
- Brena Sesma, Ingrid. 2003. “¿Retroactividad del artículo 289 Bis del Código Civil para el Distrito Federal? Una opinión basada en criterios emitidos por el Poder Judicial”, *Revista Mexicana de Justicia*. Núm. 2. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8573/10599>, consultada el 11 de julio 2018.
- Castillo Barea, Margarita y Ana Laura Cabezuelo Arenas. 2017. Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio. En Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, Vol. 2. Las crisis matrimoniales. 2a. ed. España: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Céspedes Muñoz, Carlos y David Vargas Aravana. 2008. Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y España, *Revista chilena de*

- Derecho*. Vol. 35, núm. 3. Chile. <https://www.scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n3/art03.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2018.
- Centro de Documentación Judicial (Cendoj). España: Consejo General del Poder Judicial. www.poderjudicial.es/search. Consultada el 22 de agosto de 2018.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial, *Revista chilena de Derecho*. Vol. 34, núm. 1, abril, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile-Facultad de Derecho. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100003>. Consultada el 24 de agosto de 2018.
- Crespo Allúe, Fernando. 2013. La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes. En Vicente Guilarte Gutiérrez (dir.), *Los conflictos actuales en el derecho de familia*. España: Thomson Reuters.
- González González, Aurora. 2007. El régimen de separación de bienes, *Manual de derecho de familia*. 2a. ed. España: Edisofer.
- Lepin Molina, Cristian. 2013. Naturaleza jurídica de la compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil Chilena. En Cristian Lepin Molina (dir.) y Karen Muñoz Villagra, *Compensación económica. Doctrinas esenciales*. Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters, 551 p.
- Lobo Sáenz, María Teresa. 2005. Divorcio la indemnización establecida en el artículo 289 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del 1 de junio de 2000, puede reclamarse en todas las demandas de divorcio presentadas a partir de su entrada en vigor, con independencia de que el matrimonio se hubiera celebrado con anterioridad a esa fecha. Análisis de la ejecutoria, *Revista de Derecho Privado*. Nueva época, Año IV, núm. 11, mayo-agosto. México: IJJ-UNAM. Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/jur/jur9.htm>.
- Méndez Corcuera, Luis Alfonso. 2015. Compensación económica en el divorcio sin causales. Análisis sobre su configuración en Yucatán, *Revista In Jure Anáhuac Mayab*. Año 3, núm. 6, <http://anahuacmayab.mx/injure>. Consultada el 18 de agosto de 2018.
- Mijancos Gurruchaga, Liliana. 2015. Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC, *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona: *InDret*, http://www.indret.com/pdf/1133_es.pdf. Consultada el 20 de agosto de 2018.
- Moro Almaraz, Ma. Jesús. 2014. Regímenes económicos para las familias del siglo XXI. En María del Carmen Valdés Martínez y Aníbal Guzmán Ávalos (coords), *Estudios prospectivos sobre derecho de familia*. Xalapa: UV-CA Estudios jurídicos-UV.

- Orrego Acuña, Juan Andrés. 2004. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil, *Revista de Derecho*. Año VIII, núm. 8. Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Finis Terrae. [www. //s73705fd50dada36d.jimcontent.com/./la_compensacion_Económica_articulo](http://www.s73705fd50dada36d.jimcontent.com/./la_compensacion_Económica_articulo), consultada el 2 de junio de 2020. [www. //s73705fd50dada36d.jimcontent.com/./la_compensacion_Económica_articulo](http://www.s73705fd50dada36d.jimcontent.com/./la_compensacion_Económica_articulo). Consultada el 2 de junio de 2018.
- Pastor Álvarez, María del Carmen. 1998. *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*. España: Universidad de Murcia.
- Pérez Martín, Antonio Javier. 2009. *Regímenes económicos matrimoniales*. T. v, vol. 2. España: Lex Nova.
- Solé Resina, Judith. 2004. El régimen de separación de bienes. En Carlos Rogel Vide (coord.), *Derecho de familia*. España: Manubas.
- Tapia Ramírez, Javier. 2018. *Derecho de familia*. México: Porrúa.
- Treviño Pizarro, María Claudia. 2014. *Derecho familiar*. México: IURE.
- Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. 2004. La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual? Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/23.pdf>. Consultada el 20 de agosto de 2018.

Códigos civiles y Sentencias

- Código Civil de Cataluña (CC). Ley 25. (29 de julio de 2010). Ed. Actualizada, 9 de diciembre de 2020. Disponible en <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=150&modo=1¬a=08&tab=2>, consultada el 5 de octubre de 2021.
- Código Civil para el Distrito Federal (CCDF). 2019. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>. Consultada el 12 de febrero de 2019.
- Código Civil de España (CCE). 2019. <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Consultada el 10 de enero de 2019.
- Código Civil del Estado de México (CCEM). 2019. <http://www.legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>. Consultada el 12 de febrero de 2019.
- Código Civil del Estado de Veracruz (CCV). 15 de septiembre de 1932. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/DI2005/pdf/VER1.pdf>. Consultada el 10 de febrero de 2019.

Código de Familia para el Estado de Sonora (CFS). 2019. http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/marco_normativo/CodigoDeFamilia.pdf. Consultada el 12 de febrero de 2019.

SAP Albacete 95/2016. Sección 1. 29 de febrero de 2016. RJ 185/2016.

SAP Barcelona 645/2018. Sección 1. 28 de junio de 2018. RJ 5665/2018.

———. 426/2018. Sección 18. 7 de junio de 2018. RJ 5765/2018.

———. 378/2018. Sección 18. 25 de mayo de 2018. RJ 5762/2018.

SAP Girona 158/2018. Sección 1. 26 de abril de 2018. RJ 330/2018.

SAP Logroño 321/2012. Sección 1. 3 de octubre de 2012. RJ 525/2012.

SAP Madrid 531/2018. Sección 24. 24 de mayo de 2018. RJ 10669/2018.

SAP Zaragoza 284/2005. Sección 4. 20 de mayo de 2005. RJ 1385/2005.

STS 534/2011. 14 de julio de 2011. Sala 1a. RJ 4874/2011.

———. 136/2015 de 14.04.2015. Sala 1a. RJ 1693/2015.

———. 135/2015 de 26.03.2015. Sala 1a. RJ 1490/2015.

———. 252/2017 de 26.04.2017. Sala 1a. RJ 1591/2017.

Semanario Judicial de la Federación. 1993. T/215520. 1º. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Octava Época, t. XII, p. 479.

———. 2004. J/78. 1a. Sala. Novena Época, t. XX, p. 107.

———. 2008. T/168904. 3º. Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Novena Época, t. XXVIII, p. 1297.

———. 2012. J/54, 1ª. Sala. Décima Época, t. I, p. 716.

———. 2014. T/CCCLXXXVII. 1ª. Sala. Décima Época, t. I, p. 725.

———. 2018. T/CXXIII. 1ª. Sala. Décima Época, t. I, p. 838.

———. 2018. T/CXXIV. 1ª. Sala. Décima Época, t. I, p. 842.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2018. Alimentos. *Temas selectos de derecho familiar*. México: SCJN.

DESARROLLO HUMANO INTEGRAL DE LA FAMILIA. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA ACTUALIDAD

MARÍA ELENA REYES MONJARAS
FRANCISCO JAVIER TEJERO BOLÓN¹

CONSIDERACIONES SOBRE LA FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La familia, como concepto universal e histórico, ha transitado por diversos procesos evolutivos que han impactado en su concepción, naturaleza, descripción, construcción, protección y defensa social. Pese a la diversidad de formas familiares existentes en la actualidad, el concepto general había permanecido más o menos estable hasta hace algunos años.

Es importante resaltar que este trabajo no pretende mostrar la evolución histórica desde tiempos ancestrales, ya que eso amerita un análisis histórico, antropológico, psicosociológico, entre otros, que excedería los alcances de este estudio; tampoco es menester profundizar en el significado etimológico de la familia. Más bien, es nuestro interés mostrar a la familia como el contexto principal del desarrollo humano, es decir, el primer acercamiento a la socialización y al desarrollo del hombre; por lo tanto, el referente medular de la construcción personal de valores, ideas, pensamientos, emociones, ideales, costumbres, creencias, conocimientos y comportamientos, cuyo impacto es evidente en las relaciones inter-

¹ Profesores investigadores de tiempo completo, Universidad Autónoma del Carmen.

personales y en los encuentros intergeneracionales, considerada, pues, como una institución social.

Si bien existen diversos puntos de vista donde se analiza la figura de la familia, con frecuencia es común observar su análisis desde una perspectiva teórica que la describe como un sistema (corriente sistémica); sin embargo, no es la única existente, pues para comprender los procesos familiares como parte de un fenómeno complejo que involucra una serie de situaciones en escenarios diversos se puede analizar desde la perspectiva de la interacción (corriente interaccionista) o de la construcción social (corriente construccionista).

Cada una de ellas se constituye por diversas teorías, a saber: la teoría del desarrollo familiar, la teoría de sistemas, la ecología del desarrollo humano (sistémica), el interaccionismo simbólico, la teoría del conflicto y la teoría del intercambio (interaccionismo), la fenomenología y la construcción social de la realidad, pensamiento crítico expresado a través del enfoque de género (construcción social), respectivamente.²

Para Nicolás León Ross, la familia ha sido desde siempre un núcleo fundamental de desarrollo, convivencia, aprendizaje y bienestar económico,³ un pilar en la construcción social de los individuos. La dinámica inherente a la globalización ha transformado la figura de la familia en cuanto a su estructura, formas, modelos, así como sus costumbres y tendencias, lo cual ha repercutido no solo en el ámbito social, sino también, y principalmente, en el ámbito jurídico, ya que se requieren adecuaciones legales que permitan su protección y defensa acordes con la modernidad.

Se trata de una institución social en constante transformación⁴ y cuya evolución ha llegado a generar cuestionamientos en torno a qué es y qué debe ser, sobre todo tratándose de las luchas por el reconocimiento del derecho a construir una familia por parte de personas con identidades sexuales y géneros no heterosexuales, es decir, la familia contemporánea es reconocida a partir no solo del matrimonio, sino de diversas estructuras; incluso algunos autores consideran que la familia puede

² Sandra Iturrieta Olivares, *Conflictos familiares. ¿Cómo resolverlos?*, 2001.

³ Nicolás León, *Consideraciones generales sobre la familia, políticas públicas e ideología de género*, 2014.

⁴ Karina Berenice Bárcenas Barajas, "Las familias mexicanas: de la institución al movimiento. Trayectorias, significados e imaginarios en la configuración de la diversidad familiar", *Sociedade e Cultura*, pp. 263-274.

ser integrada por una sola persona, otros afirman que se requiere de convergencia, aprendizaje e interacción, por lo tanto se construye a partir de dos personas.

La familia debe ser analizada desde una concepción fenomenológica holística para su mayor comprensión, es decir, considerar los aspectos biológico, psicológico, económico, sociológico y legal, para visualizar una concepción integradora.

Coincidimos con la definición propuesta por Oliva Gómez y Villa Guardiola respecto de la familia:

... es el grupo de dos o más personas que coexisten como una unidad espiritual, cultural y socioeconómica, que aun sin convivir físicamente, comparten necesidades psicoemocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos, cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal.⁵

Es innegable que se requiere un concepto multidisciplinario para comprender perennemente a la familia.

Si bien una característica del mundo posrevolución industrial es la separación creciente entre la esfera de lo público (Estado) y la esfera de lo privado (lugar al que se relega a la familia), es la evidente muestra del paso de la familia como espacio productivo y público y concebida, también, como espacio afectivo y privado; esto ha propiciado un gran reto que consiste en lograr la armonización de dichas esferas a través de las políticas públicas, donde se reconozcan mutuas dependencias e intereses comunes que permitan sentar las bases para crear sociedades abiertas, transparentes, democráticas y, por lo tanto, más eficientes.

DESARROLLO HUMANO INTEGRAL DE LA FAMILIA Y LOS DERECHOS HUMANOS INVOLUCRADOS

La familia, como ente o grupo social existente con anterioridad al Estado y a cualquier otra agrupación, cuenta con derechos propios e inalienables. Si partimos del

⁵ Eduardo Oliva Gómez y Vera Judith Villa Guardiola, “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, *Justicia Iuris*, p. 17.

reconocimiento que nuestra Constitución expresa su protección en su artículo 4º, indicando que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia;⁶ de acuerdo con el texto constitucional se observa un acercamiento a su protección y reconocimiento; sin embargo, en la realidad no es eficaz.

Se le ha considerado como el espacio que permite en forma integral a cada individuo, convivir, crecer y compartir con otras personas valores, normas, creencias, tradiciones, comportamientos, conocimientos, experiencias y afectos,⁷ todo esto es sumamente indispensable para lograr su pleno desarrollo en sociedad.

Para hablar de desarrollo humano integral de la familia es menester aludir al desarrollo social y de bienestar, los cuales tiene una estrecha relación entre sociedad y Estado, ya que este último es el responsable de que la sociedad los logre tener.

Por desarrollo, en términos generales entendemos la evolución de una economía hacia mejores niveles de vida,⁸ un desplazamiento ascendente de una sociedad donde se ubican, en un extremo, las sociedades avanzadas y, en el otro, las atrasadas.⁹ A todas luces el desarrollo es un avance, y tratándose de la familia implica la evolución de ese grupo social en su interacción con la sociedad; el desarrollo de cada individuo dependerá de lo que le haya sido transmitido a través de su familia; sin embargo, ocurre que, pese a ser uno de los principales puntos de referencia para el individuo, no siempre es un referente positivo donde se inculquen los valores, principios indispensables para un buen desarrollo integral, por lo que la sociedad, como subsistema existente, viene a suplir esas realidades a partir de la educación, la atención a la salud, los planes de asistencia social, las alternativas terapéuticas y psicológicas, entre otras, de ahí la importancia del Estado a través de sus políticas públicas.

Por cuanto a la implicación del desarrollo en la familia, aun cuando ha sido objeto de diversas acepciones durante la segunda mitad del siglo xx, en un significado moderno fue definido bajo un enfoque de enriquecimiento material, a diferencia de las décadas de los setenta y ochenta, donde tomó una dimensión humanista, centrándose más en la creación de un ambiente propicio para mejorar los diversos aspectos de la vida humana, tanto de la vida de manera individual

⁶ Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2016.

⁷ Eduardo Oliva Gómez, y Vera Judith Villa Guardiola, “Hacia un concepto interdisciplinario...”, p. 12.

⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, 2011.

⁹ Consuelo Uribe Mallarino, “Desarrollo social y bienestar”, *Universitas Humanística*, p. 13.

como colectiva, y es a partir de 1986 cuando es reconocido como derecho humano a partir de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, de ahí el innegable vínculo entre los derechos humanos y el desarrollo de las personas.

POLÍTICAS PÚBLICAS Y SU RELACIÓN CON LA FAMILIA

Existe la ineludible relación entre familia-sociedad-estado, en virtud de que la familia es la base de toda sociedad, y a partir de esta última el individuo logra su pleno desarrollo; sin embargo, el Estado también es fundamental en razón de su protección a través de las leyes y normas jurídicas aplicables, así como de sus diversas políticas públicas, ya que los derechos que se reconocen a la familia son derechos sociales y, por tanto, son susceptibles de operativizarse a través de la acción pública.

Ahora bien, para entender qué son las políticas públicas debemos diferenciar dos conceptos que en nuestro idioma no tienen traducción: *politics* (política) y *politicies* (políticas). El primero se refiere a las relaciones del poder, a los procesos electorales, a la relación entre la sociedad y el gobierno; el segundo tiene que ver con acciones, omisiones y decisiones por parte de los distintos actores involucrados en los asuntos políticos.¹⁰ Es sobre estas últimas en donde se centra nuestro trabajo, ya que se asumen como el diseño de acciones tomadas por los órganos de poder público para tratar o atender un problema o asunto de interés.

Las políticas públicas tienen que ver con la toma de decisiones de los agentes políticos de un Estado, las cuales deben transitar por varias etapas racionales de creación; de acuerdo con Herbert Simon, a saber: *a)* establecimiento de alternativas y priorización de objetivos; *b)* identificación y generación de todas las opciones; *c)* cálculo y valoración de las consecuencias de dichas opciones; *d)* comparación de las opciones; *e)* elección de la opción o conjunto de opciones que maximicen los objetivos priorizados;¹¹ sin embargo, pese a considerar que dichas etapas son lo más cercano a contribuir en la toma de decisiones en cuanto a políticas públicas, se

¹⁰ Carlos Ricardo Aguilar Astorga y Marco Antonio Lima Facio, “¿Qué son y para qué sirven las políticas públicas?” *Contribuciones a las ciencias sociales*, p. 2.

¹¹ Wayne Parsons, “Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica de análisis de políticas públicas”, cit. por Julio Franco Corzo, *Diseño de políticas públicas. Una guía práctica para transformar ideas en proyectos viables*, p. 86.

afirma también que la aplicación pura y exacta de este y cualquier modelo racional es poco factible debido a factores externos que influyen, tales como los instintos, la valoración subjetiva, los hábitos, la rutina, el entorno organizacional, entre otros.

Las políticas sociales cumplen cuatro funciones esenciales: protección, bienestar, realización de los derechos de ciudadanía y cohesión social.

La relación que las políticas públicas tiene con la familia es evidente, sobre todo al observar la interrelación entre esta y la sociedad, consecuentemente entre la sociedad y el Estado, un Estado democrático donde el poder público instrumenta estas acciones intencionales, causales, de naturaleza colectiva, permanentes y de acción sostenida en beneficio social.

Si analizamos qué tipo de acciones, llámense políticas públicas, que requiere la familia, debemos partir por señalar que el modelo burocrático asistencialista predominante en la década de los cincuenta muestra carencias para hacer frente a las nuevas demandas de la sociedad cada vez más compleja y dirigidas a la calidad de vida.¹² Una de estas propuestas novedosas, entre otras, es un sistema de redes y de intervención social de redes en las políticas públicas para lograr su eficacia.

Es dable aclarar que, aun cuando históricamente la idea de familia se encuentra asociada a la esfera de lo privado, las políticas públicas parecieran una contradicción a lo anterior al permitir la injerencia del Estado en la vida privada de la familia; sin embargo, como se ha señalado con antelación, la familia se desenvuelve en la sociedad, por tanto, se requiere incluirla como una colectividad que integra el Estado; asimismo, a través de las políticas públicas se plantean respuestas colectivas a problemas que afectan a la mayoría.

Por otra parte, aun cuando el origen, el desarrollo, las expectativas, los procesos institucionales de elaboración e implementación, así como el contexto histórico político en el que nacen o se implementan las diversas políticas públicas son relevantes, es necesario aclarar que estas cuestiones importantes desbordan el enfoque de la presente reflexión, por lo que solo nos referiremos a los fines de las políticas enfocadas a la familia, describiendo brevemente los resultados obtenidos además de tener como referente las experiencias de otros países en el tema.

¹² Manuel Herrera Gómez, "Familias, redes y política social", *RES. Revista Española de Sociología*, pp. 59-84; María Alemán Bracho y Manuel Herrera Gómez, "La intervención social en una 'sociedad' reticular", *Papers: revista de sociología*, pp. 229-247.

Siguiendo la postura de Luis Flaquer,¹³ adoptamos el término políticas familiares al considerar que es suficientemente amplio para abarcar las diversas modalidades de intervención pública.

Sin duda, las áreas fundamentales en relación con la familia son la vida, la salud, la educación, el trabajo, así como la garantía de ingresos, la economía, el acceso a las tecnologías de la información, la comunicación, entre otras.

POLÍTICAS FAMILIARES IMPLEMENTADAS EN LA ACTUALIDAD

En nuestro país no se han implementado políticas del Estado dirigidas en forma expresa a proteger y apoyar a las familias en su integridad, si bien inciden en los individuos de forma individual y en ocasiones utilizan a las familias como instrumentos para el alcance de sus miembros.

Es importante considerar que las políticas familiares se vinculan directamente con los recursos económicos que se aplican, mismos que proceden de los impuestos fiscales que paga la sociedad, así como del presupuesto asignado al Estado en cuestión; pero también debemos asumir que no todas las políticas familiares se implementan a través de la administración pública, es decir, existen agencias o instituciones privadas con o sin fines de lucro a través de las cuales se crean y desarrollan.

En las políticas familiares implementadas en la actualidad se alude a temas como apoyo alimentario, sistema de educación, servicios de salud, acceso a la seguridad social, políticas de población, entre otros. De acuerdo con diversos autores, se requiere que las políticas se planteen desde una perspectiva de género, considerando la pluralidad de las familias, así como el desarrollo humano integral; además, debe preponderarse que las intervenciones tengan en cuenta el bienestar de las familias, tanto en lo afectivo como en el desarrollo emocional individual y en el colectivo, principalmente este último.

Es relevante indicar que la transformación de las familias en América Latina repercute e impacta en el debilitamiento de los vínculos comunales y de parentesco debido a factores tales como: la urbanización, que ha generado un ritmo de vida

¹³ Luis Flaquer, *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, p. 12.

acelerado, grandes distancias y tiempo para la convivencia familiar y la atención emocional que demandan los miembros de la familia; la incorporación masiva de la mujer al campo laboral, si bien el empoderamiento de la mujer en la vida laboral ha permitido el aumento de la igualdad entre el hombre y la mujer en muchos aspectos, para la familia, en ocasiones representa una separación del vínculo necesario entre madre e hijos, lo cual genera estrés, frustración y fuertes sentimientos de culpa; otro factor es la creciente cultura en la economía de mercado cada vez más globalizada, donde predomina el individualismo, la competitividad y la tendencia a considerar a la persona como un recurso, un medio, un consumidor, es decir, se valoran más las relaciones sociales y económicas que las familiares; asimismo, los medios de comunicación masiva y las altas tasas de fertilidad en adolescentes representan amenazas hacia la familia, por ello los desafíos para las políticas públicas frente a esos cambios sociales son aún mayores y requieren un enfoque integrador que permita restablecer las formas armónicas entre espacios públicos y privados, de reconocimiento de intereses comunes y se sienten las bases para la construcción de sociedades abiertas, transparentes, democráticas y eficientes.¹⁴

Se puede considerar que, más que políticas públicas, se trata de intervenciones dispersas a través de programas en materia de salud, educación, seguridad social, combate a la pobreza, erradicación a la pobreza, y con limitados alcances, articulación y presupuesto, debido a que carecen de metodologías innovadoras y se encuentran disociadas a las realidades de las familias actuales.

Partiendo de que se trata de un ente colectivo en el que interactúan subjetividades donde se desarrollan reglas, límites, jerarquías, roles particulares reguladores de la convivencia y el funcionamiento interno de manera armónica, estas son las realidades diversas a las que se enfrenta la familia del siglo XXI; sin embargo, aun cuando comparten una dinámica interna, cuentan con una individualidad: biológica, física, psicológica, social, cultural, entre otras; por lo tanto, la manera de asumir éxitos, fracasos, retos y dificultades es distinta. Cuando nos referimos a la protección integral de la familia se incluye el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que se deben dictar y ejecutar por el Estado para lograr el desarrollo integral de la familia y de cada uno de sus miembros.

¹⁴ Martha Mauras, *La familia y las políticas públicas: hacia una "sociedad de redes"*, p. 6.

Empero, existen inconvenientes u obstáculos que se consideran: la desproporción en la magnitud de los objetivos, las tareas establecidas y los recursos que se les asignan para llevarlos a cabo; además, nos enfrentamos a las diferentes concepciones acerca del desarrollo social de la familia y del género, lo cual repercute en el distanciamiento entre el discurso y la práctica de los operadores o los burócratas en la puesta en marcha de las políticas y programas sociales, aunado a las diferencias en los enfoques tradicionales del tema, propios de las instancias sectoriales encargadas de políticas, y los menos tradicionales, como son las nuevas entidades del aparato estatal, tales como la Secretaría de Salud, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), mismo que se integró en el sexenio de Vicente Fox a la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol).

En lo que concierne a la tendencia a la que apuntan las políticas y los programas, esta es mayormente asistencial, lo cual obedece a que la atención se centra más en los problemas que en los derechos; ejemplo de ello es la pobreza, la desigualdad y la exclusión social, en lugar de enfocarse en la búsqueda de la igualdad y su reconocimiento a través de políticas y programas transversales.

El enfoque transversal, como estrategia y criterio de gestión de las políticas públicas, es fundamental para lograr el derecho efectivo a participar en condiciones de igualdad en los diversos ámbitos de la vida en sociedad, ya que permiten un punto de contacto entre las diferentes áreas gubernamentales y los actores políticos, en función de la satisfacción de una necesidad concreta de la ciudadanía y atendiendo a la necesidad de los problemas sociales, ya que, básicamente, las intervenciones dirigidas a las familias son de dos tipos: 1) legales, económicas y compensatorias, y 2) integrales y transversales, que son las más escasas.

Finalmente, consideramos que el desarrollo integral de la familia depende en gran medida de la eficacia de las políticas familiares que se implementen, permitiendo que este grupo siga permeando en la evolución de la sociedad, esto a partir de un adecuado diagnóstico que considere la heterogeneidad de situaciones y los cambios recientes experimentados por las familias latinoamericanas. Por lo que el Estado debe asegurarse de que a través de dichas políticas se respeten las especificidades de las familias y de sus integrantes, en especial sus derechos: la ciudadanía y la dignidad, respetar el pluralismo de las estructuras familiares, procurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, buscar el apoyo y el refuerzo de la función socializadora de las familias, considerar en las políticas el princi-

pio de universalidad y complementariedad, que se elabore una serie de medidas transformadoras que disminuyan la pobreza y que exista mayor y mejor acceso a los servicios básicos.

CONSIDERACIONES FINALES

La familia ha sido conceptualizada como base fundamental de toda sociedad y entendida como un concepto universal e histórico de la humanidad; a partir de su estructura el ser humano logra evolucionar en la vida colectiva, misma que ha transitado por diversos procesos evolutivos, abriendo un panorama a su concepción y permitiendo la inclusión de distintas formas de familia.

A través de las políticas públicas eficaces en torno a ella se logrará el desarrollo integral de sus miembros, y el enfoque transversal como estrategia y criterio de gestión de las políticas públicas es fundamental para lograr el efectivo derecho a participar en condiciones de igualdad en los diversos ámbitos de la vida en sociedad, ya que permiten un punto de contacto entre las diferentes áreas gubernamentales y los actores políticos.

En nuestro país no se han implementado políticas del Estado dirigidas en forma expresa a proteger y apoyar a las familias en su integridad, si bien inciden en los individuos de forma individual y en ocasiones utilizan a las familias como instrumentos para el alcance de sus miembros.

En virtud de que el desarrollo integral de las familias depende en gran medida de las políticas que se implementen, estas deben avocarse al pleno respeto a las especificidades y la pluralidad de las familias y de sus derechos, procurando la igualdad, el apoyo y el refuerzo de su función socializadora, considerando la relevancia de este grupo en la sociedad y bajo los principios de universalidad y complementariedad como mínimos indispensables para su eficacia.

Los enfoques y las tendencias que actualmente permean en el diseño de políticas y programas en materia familiar en México no aterrizan en la eficacia de los derechos, sino que tienden a enfatizar los problemas sociales emergentes, lo cual limita, desde nuestra percepción, el desarrollo integral de la familia al ser políticas y programas microsociales a corto plazo, intervenciones asistencialistas y fragmentarias que no coadyuvan al desarrollo integral referido.

En efecto, se requiere una perspectiva más amplia en la implementación de las políticas familiares que no se limiten a meras intervenciones dispersas, sino que incluyan la globalidad del fenómeno “familia” con todas sus especificidades de la realidad actual.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Astorga, Carlos Ricardo y Marco Antonio Lima Facio. 2009. ¿Qué son y para qué sirven las políticas públicas?, *Contribuciones a las ciencias sociales*. Septiembre, México.
- Herrera Gómez, Manuel y María Alemán Bracho. 2006. La intervención social en una “sociedad” reticular, *Papers: revista de sociología*. Núm. 81, pp. 229-247.
- Bárceñas, Barajas, Karina Berenice. 2012. Las familias mexicanas: de la institución al movimiento. Trayectorias, significados e imaginarios en la configuración de la diversidad familiar, *Sociedade e Cultura*. Vol. 15, núm. 2, jul-dic. Brasil: Universidade Federal de Goiás, pp. 263-274.
- Congreso de la Unión. 2016. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México.
- Real Academia Española. 2011. *Diccionario de la Lengua Española*. 23a. ed. En línea: <https://dle.rae.es>. España.
- Flaquer, Luis. 2000. *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Col. Estudios Sociales Núm. 3. Barcelona: Fundación “La Caixa”.
- Herrera Gómez, Manuel. 2007. Familias, redes y política social, *RES. Revista Española de Sociología*. Núm. 8, pp. 59-84.
- Iturrieta Olivares, Sandra. 2001. *Conflictos familiares. ¿Cómo resolverlos?* Chile: Universidad Católica del Norte-Antofagasta Ediciones.
- León Ross, Nicolás. 2014. *Consideraciones generales sobre la familia, políticas públicas e ideología de género*. Chile: Ideapaís.
- Mauras, Martha. 2005. *La familia y las políticas públicas: hacia una “sociedad de redes”*. Chile: CEPAL-ONU.
- Oliva Gómez, Eduardo y Vera Judith Villa Guardiola. 2014. Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización, *Justicia Iuris*. Vol. 10, núm. 1, ene-jun, México, pp. 11-20.

- Parsons, Wayne. 2007. Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica de análisis de políticas públicas. Buenos Aires: Miño y Dávila editores, cit. por Julio Franco Corzo, *Diseño de políticas públicas. Una guía práctica para transformar ideas en proyectos viables*, 2a. ed. México: IEXE, 2013.
- Uribe Mallarino, Consuelo. 2004. Desarrollo social y bienestar, *Universitas Humanística*. Vol. XXXI, núm. 58. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 11-25.

LA FAMILIA EN LA ISLA DE LOS DERECHOS: IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010 SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA CIUDAD DE MÉXICO

ARTURO MIGUEL CHÍPULI CASTILLO¹

INTRODUCCIÓN

En la Ciudad de México (antes Distrito Federal,² en adelante CDMX) los derechos de la población LGBTTTI³ han seguido un arduo proceso de reconocimiento progresivo que, si bien no ha estado libre de fuertes resistencias y problemas, sí la hacen destacar respecto de las otras entidades federativas mexicanas. De ahí que, para Rabea Weis,⁴ la CDMX represente una “isla de derechos”: una ciudad cosmopolita y de vanguardia que por sus particularidades contextuales y sociales ha tendido a la construcción de normas y programas de política pública progresistas frente a un mar de entidades federativas aún cerradas y conservadoras. Los temas de derechos familiares y de matrimonio igualitario no han sido la excepción. En primera instancia cabe citar que el 16 de noviembre de 2006 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* (DF) la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Fede-

¹ Investigador de tiempo completo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana. achipuli@uv.mx.

² En enero de 2016 se llevó a cabo la reforma política por medio de la cual el Distrito Federal (territorio bajo la soberanía del Estado federal) deja de existir, dando paso a la Ciudad de México, la cual se ostenta como una entidad federativa autónoma, la número 32 del Estado mexicano.

³ Lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, transexuales, travestís e intersexuales.

⁴ Rabea Weis, *El activismo LGBT en México: nuevos retos... viejas amenazas*, Fundación Heinrich Böll, disponible en https://mx.boell.org/sites/default/files/uploads/2014/10/act_lgtbi_mexico.pdf.

ral, la cual tiene por objeto, conforme a su numeral primero, establecer las bases y regular las relaciones de las denominadas “sociedades de convivencia”. Dichas sociedades se definen conforme al texto del artículo 2° de la propia ley como “un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”. La intención del legislador al integrar dicha figura fue construir un marco jurídico que contemplara y protegiera las más diversas formas de convivencia, distintas a la familia nuclear tradicional derivada del matrimonio. De manera específica buscó la protección de los hogares constituidos por parejas del mismo sexo al reconocer explícitamente que las personas de orientación sexual diversa enfrentan situaciones de discriminación.⁵

Derivado de lo anterior, y dadas las limitaciones de la figura antes citada,⁶ surgió la necesidad de replantear el propio concepto de matrimonio contenido en el Código Civil federal. El 29 de diciembre de 2009 la Asamblea Legislativa del DF realizó una serie de reformas al código citado a través de las cuales ampliaba el alcance de la figura del matrimonio. En este tenor, el artículo 146 de dicho dispositivo normativo fue modificado para señalar que el matrimonio es “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código”.⁷ Asimismo, y como consecuen-

⁵ *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Juicio de Amparo 19/2014, 2014.

⁶ Si bien las sociedades de convivencia reconocen derechos y obligaciones que surgen de determinado tipo de uniones *de facto*, equiparándolas en cierta medida con el concubinato, para la SCJN resultó evidente que dicha protección legal no alcanzaba a la especial situación que guarda el matrimonio, la cual, para la celebración de este, se encuentra vinculada a ciertos requisitos, solemnidades y derechos específicos. Al respecto, vale la pena citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre, carece de cualquier sentido, pero, además, puede establecer una diferencia estigmatizante o de subestimación. Opinión Consultiva OC-24/17, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 224, 2017.

⁷ Con 39 votos a favor, 20 en contra y cinco abstenciones, el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en lo general y en lo particular el dictamen que reforma el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para un análisis más puntual de la controversia y de las discusiones presentadas al interior del órgano legislativo véase la versión estenográfica de la sesión con fecha 21 de diciembre de 2009, disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-446e2bf46972fb4f031fdc32b42bab60.pdf>.

cia de dicha reforma, el legislador adecuó los alcances de la descripción jurídica contenida en el artículo 391, relativo a la adopción.⁸ La modificación antes aludida partió de una visión del legislador más inclusiva y acorde con el principio de igualdad y no discriminación que derivó, consecuentemente, en el reconocimiento de otros tipos de familia, superando el paradigma tradicionalista y ajustando la legislación a una realidad social dinámica y en constante cambio.

No obstante lo anterior, el procurador general de la república, en su papel de “agente del interés social” e invocando su facultad establecida en la Carta Magna, impugnó, mediante una Acción de Inconstitucionalidad, la reforma antes señalada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), aludiendo diversas violaciones a los preceptos constitucionales, entre ellos al artículo 4º constitucional, que establece el imperativo de protección a la organización y el desarrollo de la familia.

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010

En México, la Acción de Inconstitucionalidad es un mecanismo de control de la constitucionalidad que se encuentra a cargo de la SCJN, y es regulado por la fracción II del artículo 105 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, así como por la Ley Reglamentaria del Artículo 105, fracciones I y II. Su objetivo es plantear la posible contradicción entre una norma general o un tratado internacional y la Carta Magna en su integridad. Procedimiento mediante el cual puede declararse la invalidez total o parcial de dichas normas, siempre y cuando se demuestre que son contrarias al texto de la Constitución (o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por México). De acuerdo con el texto del artículo 105, fracción II, vigente en 2010, dicho mecanismo podía ser activado por 33% de los órganos legislativos federales, locales y del Distrito Federal (hoy CDMX), los partidos políticos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y los organismos estatales de protección de

⁸ “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo, y aunque solo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos”. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior. Código Civil para el Distrito Federal, artículo 391, 2009.

derechos humanos, además del procurador general de la república.⁹ Dichos entes podían interponer la demanda correspondiente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la cual le concierne de forma exclusiva llevar a cabo el análisis en abstracto de la norma general impugnada y resolver en definitiva sobre la validez o invalidez de la misma.

En relación con el tema del matrimonio igualitario, y como se señaló en el apartado anterior, el 27 de enero de 2010 el procurador general promovió una Acción de Inconstitucionalidad por medio de la cual solicitó la invalidez de los preceptos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, contenidos en el Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicados en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 29 de diciembre de 2009. Entre sus principales argumentos y conceptos de invalidez señaló:

- a) La violación al principio de legalidad contenido dentro del primer párrafo del artículo 16 de la Constitución federal,¹⁰ por presumirse como carente de la razonabilidad objetiva necesaria para todo acto legislativo, así como inobservar el interés superior del menor por el probable impacto de las reformas aludidas.
- b) La violación al párrafo primero del artículo 4º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,¹¹ al supuestamente contravenir el espíritu fundamental de protección a la familia consagrada por el poder constituyente, distanciando el concepto de familia del previsto por la Carta Magna, cuyas características especiales lo vinculan exclusivamente con el “modelo ideal” de familia (padre, madre e hijos).¹²

⁹ Hoy en día, el artículo 105 contempla a otros sujetos legitimados para promover tales acciones, como lo son: el ejecutivo federal, el organismo garante del artículo 6º constitucional federal y sus equivalentes en las entidades federativas, así como al fiscal general de la república. Este último vino a sustituir la figura del procurador general de la república a partir de la reforma constitucional de febrero de 2014.

¹⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 16: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”, Cámara de Diputados, 2018.

¹¹ *Ibid.*, artículo 4º: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

¹² *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Acción de Inconstitucionalidad: 2/2010; *ibid.*, 2010, párr. 99.

- c) La violación a los párrafos quinto y sexto del artículo 4° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,¹³ como consecuencia de la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal y que trae aparejada la posibilidad de legitimar la adopción de menores contenida en el artículo 391 del multicitado Código para las parejas del mismo sexo. En su escrito de demanda, el procurador general de la república consideró que la reforma antes citada se encuentra viciada de inconstitucionalidad al transgredir el principio del interés superior del menor, contenido en el precepto constitucional cuarto de la Constitución mexicana y en múltiples tratados y convenciones internacionales de las que México es parte (principalmente en la Convención de los Derechos del Niño), vulnerando la naturaleza jurídica de la adopción e inobservando el impacto que tales prácticas pueden tener sobre los menores adoptados.
- d) Violación de los principios de seguridad jurídica y legalidad contenidos en los artículos 14¹⁴ y 16¹⁵ de la norma fundamental. Derivada de la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo al Código Civil para el Distrito Federal, el procurador planteó que la reforma aludida generaba una carga desmedida para el gobernado y una grave inseguridad jurídica, la cual emanaba de la falta de certeza respecto de los efectos de los actos del estado civil celebrados en una entidad federativa, pero no reconocidos

¹³ El artículo 4°, párrafos sexto y séptimo, de la Constitución federal, señala que los niños y niñas tienen el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, y que los ascendientes, los tutores y los custodios tienen el deber de preservar esos derechos, por lo que el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

¹⁴ Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 14: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho”.

¹⁵ *Ibid.*, artículo 16: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

en otras.¹⁶ En este tenor, dicha autoridad se fundó en lo dispuesto por el artículo 121, fracción IV, de la Constitución federal,¹⁷ para argumentar tal contradicción entre las normas locales y el supuesto conflicto de leyes.

- e) Violación al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 133 constitucional,¹⁸ al prever en las normas impugnadas una forma distinta de integración y protección de la familia, y en consecuencia la posibilidad de la adopción, transgreden la jerarquía del orden jurídico nacional.

Como se puede advertir, los argumentos del procurador general se sustentan en diversos y muy controvertidos puntos de vista: primero, la concepción del matrimonio como una institución “por medio de la cual [...] un hombre y una mujer, deciden compartir un proyecto de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia, en principio, a través de su propia descendencia”.¹⁹ Segundo, que la concepción de familia que protege la Carta Magna en su artículo 4º proviene del “modelo ideal” compuesto por el padre, la madre y los hijos, planteado por el Constituyente Permanente.²⁰ Tercero, que la modificación legislativa trae aparejada una serie de vicios formales y materiales que se advierten inconstitucionales y que derivan en una afectación a la sociedad en lo general, y a los menores de edad en lo particular.

Pese a los argumentos vertidos por el procurador la acción fue desestimada por la Suprema Corte, que reconoció la validez de los artículos impugnados del Código Civil y la necesidad de mantener instituciones jurídicas progresistas y acordes con las normas imperativas del derecho internacional que permitieran la inclusión gradual de grupos históricamente excluidos y en situación de desventaja. Entre los

¹⁶ *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párr. 157.

¹⁷ *Ibid.*, artículo 121, IV: “...Los actos del estado civil ajustados a las leyes de una entidad federativa, tendrán validez en las otras”.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

¹⁹ Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010..., párr. 9.

²⁰ *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010..., párr. 12.

principales argumentos señalados en la sentencia de la citada Acción de Inconstitucionalidad destacan los siguientes:

1. Que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal es válido y otorga un nuevo alcance al concepto de matrimonio, mismo que ha evolucionado y superado su concepción tradicional, reconociendo que en él no impera la función reproductiva.²¹ En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el significado de la palabra “matrimonio” no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades, sino que, por el contrario, ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Asimismo, que el argumento basado en la finalidad reproductiva del matrimonio para negar el acceso a esta institución es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas (casadas o no) que carecen de capacidad o interés en procrear.²²
2. Que la garantía de protección señalada en el artículo 4º de la Carta Magna no opera para un solo tipo de familia (el “modelo ideal” en términos del procurador), sino que protege todos los modelos de familias, mismas que pueden estructurarse de formas muy diversas. Al respecto, es oportuno señalar que, al igual que en el caso del matrimonio, el concepto de “familia” requiere de una interpretación evolutiva que considere el desarrollo de las sociedades y observe sus particularidades.²³ En diversas ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado en su jurisprudencia que el concepto de “familia” debe ser entendido de forma flexible y amplia, ya que una interpretación restrictiva que excluya de la protección al vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo frustraría el objetivo y fin de la Convención Americana: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.²⁴

²¹ *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, “Reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. Reformas que facultan el matrimonio entre Personas del mismo sexo y su derecho a la adopción de Menores en el DF”, disponible en https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/cronicas_pdf_sr/TP-160810-SAVH-02.pdf.

²² Opinión Consultiva OC-24/17..., párrs. 177, 221-222.

²³ *Ibid.*, OC-24/17..., párr. 189.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Panel Blanca”, Paniagua Morales y otros vs. Guatemala (Reparaciones y Costas) párr. 86; y Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Reparaciones y Costas), párr. 92.

3. Que más allá de los argumentos vertidos por el procurador general de la república, la labor de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sí cumplió con los elementos formales requeridos para reformar la legislación vigente local; incluso, más allá de las cuestiones procedimentales, se cumplió con los requerimientos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a todos los estados en materia de igualdad y no discriminación. En este sentido, tildar de legítimas las pretensiones del procurador se habría desconocido el cabal cumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde los estados deben realizar todas las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en dicho documento.²⁵
4. Que la Constitución federal no establece un marco específico para el concepto del matrimonio, razón por la cual los estados tienen la libertad conceptual para poder legislar al respecto. Así, la solución de los posibles conflictos que pudiesen presentarse entre la ley impugnada y la normatividad que sobre el matrimonio existe en las entidades federativas deberá atender a las reglas de competencia y de aplicación que contiene el artículo 121 constitucional.²⁶ Al respecto, es menester señalar que el principio general que rige es el de entera fe y crédito de los actos celebrados en una entidad federativa por parte del resto, derivado de lo cual se encuentran obligadas a dar plena validez a las actas de matrimonio de personas del mismo sexo expedidas en el Distrito Federal.
5. Que el interés superior del menor requiere de la perfección de los procedimientos y los trámites para la adopción, los cuales deben de velar por la protección y la garantía de los derechos de niños y niñas, asegurando siempre las mejores condiciones para su desarrollo, sin que esto implique que los matrimonios o parejas solicitantes sean excluidos en razón de sus preferencias. El interés superior del menor debe ser entendido como un

²⁵ El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos, Opinión Consultiva: OC-18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 100.

²⁶ *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, “Reforma a...”, p. 4.

concepto dinámico, construido a partir de tres dimensiones: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento, cuyo objetivo es la consideración de la máxima prioridad de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes por parte de las autoridades y de los responsables de la toma de decisiones, las cuales deben dar la más alta importancia a sus necesidades, velando por la concesión de lo que sea mejor para ellos.²⁷ El cuestionamiento *a priori* de que las parejas del mismo sexo afectan el interés superior del menor es discriminatorio y se apoya en prejuicios,²⁸ ya que las consideraciones basadas en estereotipos y derivadas de la orientación sexual, como precondiciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales, o el supuesto impacto que estos puedan tener en las niñas y niños, además de no encontrar sustento en documentos o análisis científicos, tampoco puede ser utilizado como elemento decisorio en asuntos relacionados con la guarda y la custodia de menores, y mucho menos para justificar la negativa o la restricción de derechos reconocidos a todas las personas.²⁹

En el caso de la adopción, la jurisprudencia mexicana ha señalado que el principio de interés superior del menor exige que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes sobre la base de su idoneidad, evaluando las condiciones que representen su mejor opción de vida y sin que dichos criterios se construyan a partir de la orientación sexual de los posibles adoptantes.³⁰

Derivado de lo antes expuesto, el pleno del máximo Tribunal de México votó por la validez de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, reafirmando el compromiso de las y los legisladores locales que impulsaron la incorporación de una concepción más inclusiva del matrimonio en el contexto normativo nacional. Aunado a lo anterior, 2009 fue especialmente benéfico para la consolidación de la agenda de derechos humanos en la Ciudad de México, pues entra en vigor el denominado Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 14, párrs. 6 y 39.

²⁸ *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010..., párr. 335.

²⁹ Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, párr. 301.

³⁰ *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Tesis P./J. 13/2011, p. 872.

POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA CIUDAD DE MÉXICO

Las políticas públicas, a partir de su primera conceptualización en la década de los cincuenta del siglo xx, cambiaron la forma en que los gobiernos intervenían en los problemas considerados como públicos, y poco a poco fueron centrándose en la aplicación de los conocimientos de múltiples disciplinas para crear estrategias de intervención más eficaces. Esto motivó a que en la mayoría de los países de América Latina se desarrollara un proceso de revisión del funcionamiento de los organismos estatales, cuestionando la capacidad de la administración, así como su eficacia directiva, a fin de reestructurarlos y volverlos más eficientes. Pese a lo anterior, tales propuestas de reforma a la administración pública han redundado en el diseño y en la implementación de políticas públicas “ciegas” a los derechos humanos.³¹ Para subsanar tal situación, y desde luego para cumplir con las obligaciones asentadas en la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, diversos actores provenientes de la academia y de la sociedad civil organizada han pugnado por la incorporación del enfoque de derechos humanos en las políticas y programas públicos. El enfoque de derechos humanos representa un aporte de carácter sustantivo para los contenidos de las políticas públicas que pone énfasis en las obligaciones estatales, consagrándose como directrices de contenido, de tal forma que las políticas públicas se vislumbran como medios de satisfacción de derechos y no solo como mecanismos para la solución de problemas y demandas insatisfechas.³² De modo que los derechos humanos no son pensados hoy solo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas.³³

Asimismo, dicho enfoque trae aparejada una consecuencia que resulta fundamental: el reconocimiento de las personas como titulares de derechos, mismo

³¹ Laura Pautassi, “Políticas públicas y derechos humanos”, *Guías de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia*, p. 4.

³² Pedro Salazar, “Capítulo 7. La Reforma y las Políticas Públicas”, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, 2014.

³³ Víctor Abramovich, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y política de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, p. 38.

que obliga al abandono del paradigma asistencialista y determina una línea de construcción de la planificación estatal a partir de la aceptabilidad, el principio transversal de participación, el empoderamiento de las personas y el cumplimiento de los estándares internacionales.⁵⁴

Para incorporar tal perspectiva a las políticas públicas es necesario tener presentes diversos elementos: *a)* los estándares internacionales de derechos humanos, y *b)* los elementos transversales. Los primeros parten de la base de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) representa un marco conceptual que es aceptado por la comunidad internacional, y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas que contribuya a definir con mayor precisión las obligaciones de los estados frente a los derechos humanos.⁵⁵ Por su parte, los elementos transversales aluden a otra serie de principios medulares que, quienes toman las decisiones, deben observar en todo el entramado de programas, políticas y acciones estatales. Entre estas encontramos, fundamentalmente: el principio de igualdad y no discriminación, la perspectiva de género, el acceso a mecanismos de exigibilidad, la articulación entre niveles y órdenes de gobierno, la cultura de los derechos humanos, entre otros.⁵⁶

Bajo los principios expuestos brevemente en las líneas que anteceden, y a raíz del Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal, de 2008, en agosto de 2009 se publica el Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, el cual tiene como antecedentes directos, por un lado, el diagnóstico realizado en el ámbito nacional por la representación en México de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), en 2003 y, por otro, los dos programas realizados por el Ejecutivo federal en materia de derechos humanos (2004 y 2008).⁵⁷

A partir de los obstáculos identificados en el citado diagnóstico, el programa se plantea como objetivo general proponer soluciones a través del establecimiento

⁵⁴ Luis Daniel Vázquez y Domitille Delaplace, “Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. Un campo en construcción”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011.

⁵⁵ Abramovich, “Una aproximación...”, p. 36.

⁵⁶ Vázquez y Delaplace, “Políticas...”, p. 44.

⁵⁷ Comité Coordinador para la elaboración del Diagnóstico y Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, en adelante CCRDHF, Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, disponible en <http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/3226.pdf>, p. 39.

de estrategias, líneas de acción, plazos y unidades responsables, mismas que se encuentran construidas a partir del enfoque de derechos humanos y que representan el pilar de la legislación, las políticas públicas y el presupuesto.³⁸ Con base en lo anterior, dicho programa constituye “una herramienta que recopila una serie de acciones encaminadas a superar los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas que habitan y transitan en el Distrito Federal”.³⁹ Asimismo propone una serie de estrategias transversales aplicables a todos los órganos, entidades y dependencias públicas, sentando las bases para establecer una política de Estado en materia de derechos humanos.

El citado programa constituyó un importante paso a nivel nacional en materia de derechos humanos y la primera gran experiencia de su tipo por cuanto hace al diseño e implementación de una política pública de dichas características. Sin embargo, y como es sabido, uno de los elementos que ha ido ocupando cada vez más interés de los analistas de políticas públicas es la parte de la evaluación. De manera que los resultados arrojados por la evaluación del programa y el posterior diagnóstico de la situación de los derechos humanos en la Ciudad de México pusieron en evidencia los logros, obstáculos y los nuevos desafíos del programa. Aunado a lo anterior, en junio de 2011 se llevó a cabo una importante reforma constitucional que asume a los derechos humanos como el pilar del sistema jurídico en el ámbito nacional. En dicha reforma, el artículo 1° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* incorpora a los tratados y las convenciones internacionales en materia de derechos humanos al sistema jurídico nacional, ubicándolos a la par de la Carta Magna y estableciendo pautas de observancia general, como lo son el principio pro persona y la interpretación conforme. Asimismo, en el mismo artículo se introducen los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, así como las obligaciones de respeto, garantía, protección y promoción de los mismos. Cuestiones que se suman a la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos humanos en el ámbito nacional y que se relacionan directamente con el ámbito de los programas de política pública.

³⁸ CCPDHDF, *op. cit.*, p. 71.

³⁹ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) *et al.*, Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos, *Manual operativo para servidoras y servidores públicos*, p. 34.

En vista de lo señalado en el párrafo anterior, en 2016 se publica la “Actualización y Programa de Derechos Humanos de la Ciudad de México 2016-2021”, en donde se incorporan las lecciones aprendidas del proceso anterior, se replantean, se suman objetivos y se fortalece la implementación de las acciones públicas dirigidas a materializar las obligaciones en materia de derechos humanos. Dicho programa se divide en cinco tomos: Marco Contextual, Democracia y Derechos Humanos, Núcleo de Seguridad Humana, Núcleo de Sistema de Justicia y Grupos de Población. En el siguiente apartado se abordará especialmente este último rubro.

DIVERSIDAD FAMILIAR EN LA POLÍTICA PÚBLICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Como se estableció en las líneas precedentes, todas las autoridades del Estado mexicano se encuentran obligadas, en términos del párrafo tercero del artículo 1° de la Carta Magna, a cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos, de tal manera que el legislador, los jueces y los servidores públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben velar porque los derechos humanos no sean vulnerados; pero, además, deben establecer los medios para su adecuada garantía. Las políticas públicas con enfoque de derechos humanos representan un mecanismo de exigibilidad de estos, mediante los cuales pueden materializarse las obligaciones y los compromisos asumidos en tratados y convenciones internacionales. Notablemente, el tema de los derechos de las personas de la comunidad LGTBTTI ha sido fundamentalmente desarrollado en la CDMX. A partir del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal (PDHDF), así como de la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 y el posterior Programa de Derechos Humanos de la CDMX (PDHCDMX), se observa la progresiva inclusión de estrategias y acciones de políticas públicas dirigidas a reconocer la diversidad familiar y los derechos de los matrimonios LGTBTTI. Esto como parte del reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación, lo que constituye un elemento transversal cuya incorporación a los programas de política pública es fundamental.

Dos visiones de la igualdad confluyen en la literatura del DIDH, cada una con un contenido y alcance distintos que influyen sobre su protección: igualdad como no

discriminación e igualdad como no sometimiento u opresión.⁴⁰ En las siguientes líneas nos centraremos en la primera de ellas.

La igualdad o no discriminación se funda en la identificación del trato igual o desigual que reciben las personas por pertenecer a ciertos grupos sociales o a una de las denominadas categorías sospechosas.⁴¹ Desde esta perspectiva, la igualdad se define en relación con los individuos que integran a la sociedad y se relaciona fundamentalmente con la universalidad de derechos, la cual expresa la exigencia de que todos gocemos de todos los derechos fundamentales en igualdad de circunstancias.⁴² Se clasifica en dos formas: formal (igualdad en la ley) y material (igualdad en los hechos). La primera refiere que a todas las personas se les reconoce a través de diversas fuentes, pero principalmente en la legislación, los mismos derechos.⁴³ Por su parte, la igualdad material pone énfasis en la forma en que las categorías sospechosas pueden ser determinantes para el goce efectivo de los derechos de las personas, a pesar de su reconocimiento formal. Asimismo, la discriminación puede presentarse de dos modos distintos: directa, cuando los individuos reciben un trato menos favorable que otros en situaciones similares por causas relacionadas con los motivos prohibidos de discriminación; e indirecta, cuando las leyes, las prácticas o las políticas aparentan ser neutrales pero influyen de manera desproporcionada en los derechos de los individuos por motivo de las categorías sospechosas.⁴⁴

⁴⁰ Esta segunda visión pone énfasis en las estructuras sociales, centrándose en las prácticas de exclusión y perpetuación de la inferioridad. Así, lo que importa es la igualdad estructural, la cual aborda necesariamente la economía, la política y las identidades como formas de asignación asimétrica de poder en ciertos grupos, y que son determinantes para que otros sectores de la sociedad se encuentren en una situación de subordinación, opresión o desventaja histórica. Sandra Serrano, “Guía de Estudio de la Materia Introducción al Estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Guías de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia*, p. 23 y 50.

⁴¹ Son aquellos rubros prohibidos de discriminación, los cuales se deben entender como “focos rojos” para las autoridades. Las categorías sospechosas son clasificaciones ilegítimas o irrazonables que se basan en alguna de las siguientes características: sexo, género, preferencias/orientaciones sexuales, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, estado civil, raza, color, idioma, linaje u origen nacional, social, étnico, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, pp. 57-58.

⁴² Carlos de la Torre Martínez, “El derecho fundamental a no ser discriminado: estructura y contenido jurídico”, *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Constitucional*, p. 267.

⁴³ *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo...*, p. 34.

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación General núm. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, pp. 4-5.

La igualdad representa un principio de *ius cogens*,⁴⁵ que debe observarse de manera irrestricta por los estados. De tal forma que los programas de política pública deben poner énfasis en este elemento transversal, el cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el principio de universalidad y con el elemento institucional de accesibilidad. Por lo cual, tanto en la definición del problema como en el diseño de la intervención (y en todas las instancias del ciclo de las políticas públicas), la inclusión de la igualdad y la universalidad no es un tema menor, pues a través de estas es posible determinar la población y los factores causantes de un problema público, teniendo en consideración las brechas de desigualdad sobre las que es posible intervenir⁴⁶ y estableciendo estrategias que prioricen el acceso a los derechos de los grupos en situación de desventaja, garantizando condiciones de igualdad y removiendo obstáculos para la realización del derecho.⁴⁷

Teniendo en cuenta lo antes vertido, el reconocimiento de los derechos en la norma es fundamental; sin embargo, no asegura por sí misma su materialización, de ahí que haya que poner énfasis en las problemáticas que generan la inobservancia *de facto* de los derechos. Los programas de política pública son una forma de erradicar tales obstáculos, de ahí el interés en sus estrategias y líneas de acción. Los programas en análisis han adoptado diversas estrategias tendientes al logro de la igualdad sustantiva. En el caso del matrimonio de parejas del mismo sexo, el PDHDF, en su punto 25.6 (igualdad y no discriminación de la población LGBTTTI), señaló diversas estrategias tendientes a su garantía, entre las cuales destacan:

- Reconocer y respetar la conformación y la diversidad de las familias en el Distrito Federal. Dicha estrategia establece tres líneas de acción: 1. Impul-

⁴⁵ La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, ha reconocido, en su artículo 53, la existencia de normas de *ius cogens*, mismas que identifica como disposiciones imperativas de derecho internacional. Estas establecen límites en el ejercicio del poder por parte de los estados, incorporando valores fundamentales para la comunidad internacional, mismos que se imponen por encima del consentimiento del Estado. El principio de igualdad y no discriminación forma parte del dominio de las normas de *ius cogens*, en cuanto posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos, derivado de lo cual acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los estados, independientemente de que sean parte o no en determinado tratado internacional. Opinión Consultiva: OC-18/03..., pp. 37 y 134.

⁴⁶ Julieta Rossi y Javier Moro, *Ganar Derechos. Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos humanos*, p. 57.

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre pobreza y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.164, Washington, D. C., Organización de Estados Americanos, 2017, párr. 195.

sar foros de discusión al interior de la Asamblea Legislativa del DF para analizar las reformas legislativas requeridas para que las parejas del mismo sexo puedan iniciar procesos de adopción (acción 1980); 2. Reformas institucionales para incorporar en todos los planes y los programas de las dependencias del gobierno del Distrito Federal; 3. El reconocimiento, el respeto, la protección y la promoción de los derechos de las familias de la diversidad sexogenérica (acción 1981); y 4. Establecer programas que favorezcan la convivencia democrática y armónica en las familias, así como la prevención de violaciones a los derechos por orientación o preferencia sexual, y por identidad o expresión de género, cometidas dentro o fuera del ámbito familiar por parte de individuos o de instancias gubernamentales (acción 1982).⁴⁸

- Ampliar los derechos de las parejas del mismo sexo, a fin de lograr el reconocimiento del matrimonio homosexual y lésbico. Estrategia que se compone de dos líneas de acción: la 1983 y la 1984, ambas de carácter legislativo, que buscaban el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Código Civil para el Distrito Federal, así como el establecimiento de la figura de las sociedades de convivencia.⁴⁹ Como puede advertirse, esta acción fue la que generó las ya citadas reformas en materia de sociedades de convivencia y, posteriormente, el replanteamiento del concepto de matrimonio dentro del Código Civil ya señalado.
- Incrementar la participación y la promoción laboral de las personas LGTBTTI en las diversas dependencias de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en el Distrito Federal. Particularmente, la línea de acción 1944 señala: “Diseñar, presupuestar, implementar y evaluar acciones afirmativas,⁵⁰ como la creación de un programa que compense la falta de acceso a la seguridad

⁴⁸ CCPDHDF, *op. cit.*, p. 804.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 805.

⁵⁰ Las acciones afirmativas procuran la igualdad de resultados. Se refieren a mecanismos correctivos de una situación anómala, con el fin de disminuir las distancias económicas, sociales y de cualquier otra índole entre integrantes de una sociedad. Establecen medidas temporales encaminadas a favorecer a determinados grupos de personas, con el propósito de corregir discriminaciones o desigualdades que resultan de los sistemas sociales, políticos o económicos. Isabel Torres, “Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad”, *Revista IIDH*, p. 235.

social de las parejas del mismo sexo, en tanto no se garantiza dicho derecho para este sector”.⁵¹

- Crear los mecanismos necesarios para reconocer el derecho a la salud de la población LGBTTTI a fin de visibilizarlas, darles reconocimiento institucional y adecuada atención. Concretamente, la línea de acción 1951 establece la obligación de diseñar, presupuestar, implementar y evaluar un programa de seguridad social con enfoque de derechos humanos y perspectiva de género para las parejas del mismo sexo.⁵²

Por otro lado, y como se señaló líneas arriba, en 2016 se llevó a cabo el PDHCDMX, el cual actualiza el diagnóstico y replantea los objetivos de la política pública local. El tomo 5 del programa se titula Grupos de Población y establece en su capítulo 30 lo referente a la población LGBTTTI. En materia familiar el programa parte del reconocimiento e impacto de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, y la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 respecto del matrimonio igualitario. Asimismo, reconoce que a partir de la citada reforma y la declaración de constitucionalidad el acceso al matrimonio igualitario ha sido una realidad y ha implicado un avance en el acceso a dicha institución en los siguientes términos: en 2010 hubo 689 matrimonios de personas del mismo sexo, de los cuales 380 fueron entre varones y 309 entre mujeres; en 2011, 802, 457 entre hombres y 345 entre mujeres; en 2012, 936 matrimonios; en 2013, 1883; en 2014, 1687; en 2015, 1827 y, finalmente, en 2016, 2387.⁵³ Asimismo, y respecto del tema de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, el programa reconoce que “se han emitido actas de adopción en las que las personas adoptantes son gays y lesbianas, datos que están siendo procesados por ser un logro reciente y se han llevado a cabo capacitaciones con perspectiva de los derechos de las personas LGBTTTI a los 51 jueces del Registro Civil”.⁵⁴

⁵¹ CCPDHDF, *op. cit.*, p. 794.

⁵² *Ibid.*, p. 796.

⁵³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Consulta interactiva de datos. Nupcialidad. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/est/lista_cubos/consulta.aspx?p=adm&c=6.

⁵⁴ Secretaría Ejecutiva del Mecanismo de Seguimiento y Evaluación del Programa de Derechos Humanos de la Ciudad de México, Diagnóstico y Programa de Derechos Humanos de la Ciudad de México, 2016, disponible en <http://pdh.cdmx.gob.mx/storage/app/media/capitulos%20pdf/Capitulo%2030.%20Derechos%20LGBTTTI.pdf>.

Por su parte, y referente al ámbito de la participación y la promoción laboral, en abril de 2016 la vicepresidenta de la Comisión de la Diversidad de la Asamblea Legislativa de la CDMX exhortó a que el jefe de gobierno instruyera a las dependencias de dicha capital para que contraten dentro de su plantilla laboral a por lo menos 1% de personas trans, siempre y cuando acrediten cumplir con las habilidades técnicas y los conocimientos requeridos para ocupar el puesto, lo cual ha sido referido por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una buena práctica que ha abonado al avance en la garantía de los derechos de la comunidad LGBTTTI.⁵⁵

Aunque el panorama en relación con el matrimonio y con el desarrollo gradual de los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido positivo, el propio diagnóstico actualizado reconoce que en el plano de la seguridad social es donde se encuentran los mayores retos, ya que las instituciones públicas han sido renuentes a aceptar nuevas modalidades de familia, cuestión que ha comportado una falta de acceso al derecho a la salud, a la pensión, entre algunos otros.⁵⁶ Motivado por los datos antes señalados, el PDHCDMX contempla diversas acciones encaminadas a fortalecer los derechos de la población LGBTTTI. Principalmente se pueden mencionar los siguientes:

- Lineamientos para la generación de protocolos que orienten la atención de la población LGBTTTI a fin de erradicar prácticas discriminatorias, elaborados por la Red Interinstitucional de Atención a la Diversidad Sexual de la Secretaría de Desarrollo Social de la Ciudad de México.
- Modificar las reglas de operación de los programas del Instituto de Vivienda de la Ciudad de México para la incorporación de la población LGBTTTI como parte de los grupos prioritarios.
- Difundir los programas y los servicios públicos de salud hacia la población LGBTTTI.

Como puede apreciarse, el programa establece nuevos contenidos en materia de derecho a la salud, a la vivienda y a la seguridad social, cuyas metas se plantean

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH saluda avances en materia de derechos humanos de las personas LGBTI”, Organización de Estados Americanos (OEA), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/116.asp>.

⁵⁶ Secretaría Ejecutiva..., Diagnóstico..., p. 646.

hacia 2021, donde nuevamente se desarrollará un diagnóstico de la situación de derechos humanos de la población LGBTTTI y de qué manera ha contribuido el programa a la materialización de sus derechos.

El reconocimiento de parejas del mismo sexo, mediante las figuras jurídicas de matrimonio igualitario o enlace conyugal, no solo es un logro simbólico en torno a la integración de la diversidad sexual, implica también el reconocimiento de derechos y la igualdad ante la ley de las familias homoparentales y lesbomaternales respecto a las parejas heterosexuales, así como el acceso a los beneficios materiales que dichas figuras jurídicas otorgan, como son: seguridad social, beneficios tributarios, acceso a la adopción legal, entre otros.⁵⁷ La trascendencia de este reconocimiento ha llevado a múltiples naciones a incorporar, dentro de su marco normativo, la figura del matrimonio igualitario, en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación.

En el continente americano, Canadá fue el primer país en reconocer esta unión a través de una ley (el *civil marriage law*). Por su parte, en América Latina existen importantes esfuerzos para reconocerlo dentro de los diversos sistemas normativos y ampliar su cobertura de forma gradual. Argentina (2010) y Uruguay (2013) son ejemplos de legalización del matrimonio igualitario. Por su parte, Brasil,⁵⁸ Colombia,⁵⁹ Estados Unidos⁶⁰ y México lo han realizado por la vía jurisprudencial.

En este último caso, la SCJN emitió jurisprudencia genérica el 19 de junio de 2015, determinando que es inconstitucional la figura del matrimonio que excluya a las parejas del mismo sexo, en virtud del principio de igualdad y no discriminación.⁶¹

Sin embargo, y como se ha manifestado a lo largo del presente texto, la labor legislativa es tan solo uno de los eslabones en la construcción de las condiciones de igualdad necesarias para la garantía de los derechos. De ahí que, además del reconocimiento explícito de las normas, deben establecerse políticas que permitan la consecución de la igualdad material y el desmantelamiento de estructuras y obs-

⁵⁷ Instituto Nacional de Desarrollo Social, Derechos de las personas LGBTI en la política pública, p. 82.

⁵⁸ Véanse las Acciones Constitucionales ADI 4277/DF y ADPF 132/RJ del Supremo Tribunal Federal de Brasil.

⁵⁹ Véase la Sentencia SU-214/2016 de la Corte Constitucional Colombiana.

⁶⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, 2015, Obergefell *et al.* vs. Hodges, director, Ohio Department of Health *et al.* Sentencia del 26 de junio de 2015, disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

⁶¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, véase la Tesis 43/2015, 2015.

táculos que impiden el goce de los derechos familiares ya esbozados. La Ciudad de México representa un ejemplo de la integración del principio de igualdad como no discriminación dentro del marco de las políticas públicas que debe tenerse en cuenta para el esbozo de otras políticas locales.

CONCLUSIONES

La política pública de la Ciudad de México ha sido un importante precedente en materia de derechos humanos, constituyéndolo como una excepción frente a las otras entidades federativas que mayormente siguen construyendo políticas públicas ciegas a los derechos humanos. Retomando la idea de Rabea Weis, la Ciudad de México constituye una “isla de derechos”, o bien, una “isla de derechos humanos”. El establecimiento del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal fue el parteaguas para la garantía de derechos de las personas LGBTTTI, pues constituyó uno de los primeros programas de política pública que se fundó en los estándares internacionales para generar acciones de igualdad sustantiva. Asimismo, y con base en las acciones emprendidas, propuso el replanteamiento del matrimonio asentado en el Código Civil, mismo que se materializó de manera progresiva a través del trabajo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y de la protección de los derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

Esta última permitió legitimar la incorporación del matrimonio igualitario en el contexto del derecho familiar local, estableciendo criterios progresistas como el interés superior del menor, la ampliación del concepto de familia y la necesidad de acciones afirmativas, de la mano con lo establecido por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia y opiniones consultivas, y echando abajo criterios arcaicos y transgresores de los derechos humanos planteados por el procurador general de la república.

Dichas acciones se enmarcan dentro del razonamiento de que para el ejercicio efectivo de los derechos humanos no basta con el establecimiento de normas, sino que se requiere de la voluntad del Estado a través de programas y presupuestos que, con la incorporación de los principios y estándares de los derechos humanos, permitan su materialización y progresivo desarrollo. En este sentido, el programa

de derechos humanos de la CDMX representa un ejercicio digno de replicar en las demás entidades federativas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor. 2006. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y política de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*. Núm. 88, abril.
- Bazúa, Fernando. 2010. *Estado, gobierno y política pública. Elementos para un marco conceptual básico*. Col. Guías de la Especialidad en Política y Gestión Educativa. México: FLACSO.
- Código Civil para el Distrito Federal. 2009. Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2016. CIDH saluda avances en materia de derechos humanos de las personas LGBTI. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/116.asp>.
- . 2017. Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.164 (Washington, D. C. OEA).
- Comité Coordinador para la elaboración del Diagnóstico y Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal (CCPDHDF). 2009. Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, <http://egservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/3226.pdf>. Consultada el 13 de julio de 2018.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). 2009. Observación General núm. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párr. 2, del PIDESC), E/C.12/GC/20. Ginebra: ONU.
- Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación General núm. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3°, párr. 1), CRC/C/GC/141. Ginebra: ONU.
- Cámara de Diputados. 2018. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 1998. Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf.
- . 2001. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala (Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de mayo de 2001. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_76_esp.pdf.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2003. Opinión Consultiva OC-18/03. Costa Rica: OEA, 2003. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>.
- . 2017. Opinión Consultiva OC-24/17. Costa Rica, OEA, 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
- . 2018. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 9 de marzo de 2018. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf.
- Instituto Nacional de Desarrollo Social (Indesol). 2018. *Derechos de las personas LGBTI en la política pública*. México: Instituto Nacional de Desarrollo Social.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) et al. 2010. Políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos. *Manual operativo para servidoras y servidores públicos*. México: OACNUDH.
- Pautassi, Laura. (s/d). *Políticas públicas y derechos humanos*. Col. Guías de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia. México: FLACSO.
- Rossi, Julieta y Javier Moro. 2014. *Ganar derechos. Lineamientos para la formulación de políticas públicas basadas en derechos humanos*. Argentina: Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur.
- Salazar, Pedro. 2014. Capítulo 7. La Reforma y las Políticas Públicas. En *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos: una guía conceptual*. México: Instituto Belisario Domínguez.
- Secretaría Ejecutiva del Mecanismo de Seguimiento y Evaluación del Programa de Derechos Humanos de la Ciudad de México. 2016. Diagnóstico y Programa de Derechos Humanos de la Ciudad de México. T. 5. Ciudad de México. <http://pdh.cdmx.gob.mx/storage/app/media/capitulos%20pdf/Capitulo%2030.%20Derechos%20LGBTTI.pdf>. Consultada el 20 de junio de 2018.
- Serrano, Sandra. 2016. *Guía de estudio de la materia Introducción al Estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Col. Guías de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia. Ciudad de México: FLACSO.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). 2009. Reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. Reformas que facultan el matrimonio entre Personas del mismo sexo y su derecho a la adopción de Menores en el D.F. https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/cronicas_pdf_sr/TP-160810-SAVH-02.pdf. Consultada el 13 de julio de 2018.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). 2010. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/MATRIMONIO%20MISMO%20SEXO%20AI%202-2010_0.pdf.
- . 2011. Tesis P./J. 13/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. T. XXXIV, Novena Época, agosto, p. 872.
- . 2013. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. México: SCJN.
- . 2014. Juicio de Amparo 19/2014. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2014/1/2_163437_2259.doc.
- Torre Martínez, Carlos de la. 2006. El derecho fundamental a no ser discriminado: estructura y contenido jurídico, *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Torres, Isabel. 2008. Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad, *Revista IIDH*. Núm. 47, ene-jun.
- Vázquez, Luis Daniel y Domitille Delaplace. 2011. Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. Un campo en construcción, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 8, núm. 14, junio.
- Weis, Rabea. 2014. El activismo LGBT en México: nuevos retos... viejas amenazas. Fundación Heinrich Böll. https://mx.boell.org/sites/default/files/uploads/2014/10/act_lgtbi_mexico.pdf. Consultada el 14 de junio de 2018.

IMPPLICACIONES DE LA REASIGNACIÓN SEXOGENÉRICA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA

ALEJANDRA ZÚÑIGA ORTEGA¹

IRVIN URIEL LÓPEZ BONILLA²

INTRODUCCIÓN

El espectro de la diversidad sexogenérica, así como el reconocimiento de nuevas formas familiares, han sido producto de la lucha por la visibilidad y la persecución de la legalidad de inéditas realidades sociales.

Ante el reto del garantismo de los derechos humanos al que se enfrentan todas las autoridades y la sociedad en general, es urgente construir escenarios que evidencien la necesidad de actualizar la normatividad jurídica para incluir el tratamiento jurídico de comportamientos palpables pero marginados, incluso durante siglos.

En México, hablar de la protección de las familias diferentes a la tradicional o nuclear o pronunciarse en favor del reconocimiento jurídico de núcleos familiares no heterosexuales o edificados con base en la diversidad sexogenérica, hasta finales de la década de los noventa, era impensable.

Sin embargo, a través del activismo jurídico se han logrado interpretaciones progresistas de los operadores del Derecho, especialmente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que inexcusablemente ha tomado el texto de la *Cons-*

¹ Profesora del Sistema de Enseñanza Abierta (SEA), Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana.

² Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana.

titución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) para ceñir un bloque de regularidad constitucional a partir de instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y las interpretaciones que de esta ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con el fin de hacer dúctil un sistema normativo que, en ocasiones, segrega a los justiciables respecto de su orientación, expresión o identidad sexogenérica.

LA DIVERSIDAD SEXOGENÉRICA –TRANSEXUALIDAD–: EL IMPACTO SOBRE LA HETEROGENEIDAD EN LAS FAMILIAS

La aparición de la Teoría Queer y su emblema de la libre opción sexual, su instauración en el mundo a principios de la década de los noventa y la consecuente deconstrucción del concepto de género para vincularlo como una edificación puramente cultural, produjo un quebrantamiento de las ideas arquetípicas de la existencia de dos sexos y dos géneros, únicos e irrefutables.

El sabotaje al discurso predeterminado, que catalogaba a la heterosexualidad como el resultado del ayuntamiento entre sexo y género, dio lugar a la creación de una identidad discontinua, es decir, a una diversidad sexual que no respondía a la ecuación predeterminada que significaba que el destino era producto de la misma biología. A partir del divorcio entre las acepciones del sexo, género y deseo se reconocieron múltiples expresiones concernientes a una sexualidad no manufacturada que admite otro involucramiento de la orientación, la identidad y la expresión sexual.³

La concepción del sexo como producto anatómico biológico, del género como una fabricación sociocultural dependiente del espacio histórico y geográfico que endosa roles precisos con atención a la morfología del ser, y del deseo como una conducta de afección hacia otra persona, dan cuenta de que la manifestación de la suma de la dirección erótica afectiva, la definición sexual propia y la proyección del comportamiento sexual, en muchas ocasiones no encuadran con la heteronormatividad ni con las prácticas convencionales de la sexualidad.

³Judith Butler, *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, p. 275.

Estas exteriorizaciones diversas de la sexualidad producen, *inter alia*, la llamada transexualidad. Esta es una realidad patente, innegable en la sociedad mexicana, que no ha sido atendida o por lo menos abordada de forma adecuada, aun cuando Duskova afirma que cerca de 0.06% de la población mundial es transexual,⁴ *i.e.*, aproximadamente seis de cada 10 000 personas mantienen una discrepancia entre su sexo físico y el psíquico.

Hasta el comienzo de la década de los noventa el único exponente identificado de la diversidad sexual era la homosexualidad; se pensaba que toda persona homosexual lo que buscaba en realidad era ser y parecer del género contrario. Sin embargo, con el reconocimiento paulatino pero inclusivo de manifestaciones sexuales, diversas a las binarias hombre-mujer y heterosexual-homosexual, se ha caído en cuenta que la homosexualidad y la transexualidad no son sinónimos.

El *Diccionario de la Lengua Española* apunta que el término “homosexual” se refiere a la relación erótica que tiene lugar entre individuos del mismo sexo,⁵ mientras que el transexual es una persona que siente pertenecer a otro sexo y adopta sus atuendos y comportamientos,⁶ además de que mediante un tratamiento hormonal o una intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto.

Concisamente, la transexualidad se dirige a la disociación entre el sexo físico y el psíquico, por tanto, el tropiezo con las conductas convencionales se presenta con la identidad y la expresión de género; por su parte, en la homosexualidad se mantiene un ensamble entre el sexo morfológico y el conductualmente exteriorizado, de tal suerte que el choque con las prácticas sexuales habituales se redime solo a la orientación de su deseo carnal.

No obstante, se hable de homosexualidad, de transexualidad o del largo etcétera que pudiera insertarse en la diversidad sexogenérica, lo cierto es que el ejercicio de derechos que existen, por el único requisito de ser persona humana, se ha visto obstaculizado por una cultura *de iure*, de bases sexuales heteronormadas que

⁴ Leonardo J. Cárdenas, “La humanidad en la transexualidad”, *Bioética. Historias de sirenas, Belerofonte y el largo etcétera de los otros transgénicos*, p. 80.

⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, “Homosexual”, disponible en <https://dle.rae.es/homosexual>, consultada el 20 de octubre de 2015.

⁶ *Ibid.*, “Transexual”, disponible en <https://dle.rae.es/transexual?m=form>, consultada el 20 de octubre de 2015.

prediseñan una identidad y una expresión y orientación sexual, jurídica y socialmente correctas.

El asentimiento que se le ha dado –guardadas proporciones– a la diversidad sexogenérica y al reconocimiento de la *praxis* de ciertos derechos, producto de una gran lucha en contra de las ideologías sociales, culturales y religiosas, que han ganado terreno a través de su exigibilidad y justiciabilidad en tribunales, irradian efectos hacia las diversas instituciones permeadas por el Derecho, cuya configuración normativa en muchas ocasiones es discriminatoria.

Entre esos entes del Derecho cuya formación se ha visto trastocada se encuentra la familia. Esta es el grupo de organización más importante del hombre. Definirla ha sido objeto de estudio de múltiples áreas del conocimiento; jurídicamente, es la doctrina⁷ y no el sistema normativo la que ha tratado de construir un concepto sobre ella.

Por causa de la actividad pluricompositiva, la institución familiar observa una estructura compleja y universal que provoca su irreductibilidad a un concepto rígido, que pretende circunscribirse a las premisas del matrimonio y del parentesco⁸ o a los lazos de consanguinidad de pareja y sus actos carnales;⁹ producto de esa articulación, el ingrediente principal y determinativo, en el afán de dar contenido al término “familia”, es la voluntad propia de constituirla y procurarse los cuidados, el afecto y las atenciones de que gozarán sus miembros;¹⁰ entonces, se entiende a la familia como:

... [a]quel espacio en el que el individuo se desarrolla física, espiritual, social y económicamente; ámbito permanente –cuyo origen es la unión espontánea, es decir, por voluntad propia, sin influencias externas– de seres humanos que adjuntan sus esfuerzos para el sustento y desarrollo de los integrantes de la misma, unidos por un afecto natu-

⁷ Manuel F. Chávez Asencio, *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, p. 242; Raúl Madrid Ramírez, “¿Es el concepto jurídico de familia un principio general de derecho?”, *Revista Chilena de Derecho*, p. 257; Sara Montero Duhalt, *Derecho de familia*, pp. 1-18; María de Monserrat Pérez Contreras, *Derecho de los padres y de los hijos*, p. 5.

⁸ Francisco A. M. Ferrer, “Introducción al derecho de familia”, *Derecho de familia*, p. 11.

⁹ Ingrid Lilian Brena Sesma, *El derecho y la salud*, p. 99.

¹⁰ Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel, *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su Primer Centenario*, p. 306.

ral derivado de la relación de pareja o del parentesco, mismo que los induce a ayudarse y respetarse mutuamente.¹¹

Desde esa óptica es inadmisibles referirse a la familia como un ente singular; esta debe entenderse en un engrane de pluralidad, que significa el destierro de la idea de un modelo legítimo y la confinación de familias patológicas.¹² Lo anterior obliga a que la ciencia jurídica observe la subsistencia de diferentes modos de familia sujetos a un conjunto de transformaciones que derivan de una serie de factores que, entre otros, destacan la equiparación entre ambos sexos, la generalización del divorcio, la disociación entre matrimonio y la procreación, el quebrantamiento de la relación directa acto sexual-procreación, la mayor aceptación social de nuevas formas de convivencia,¹³ y se agregaría la diversidad sexogenérica y sus implicaciones.

Con tal énfasis, ya no es posible presuponer que en una familia existirá un hombre y una mujer con asignación de roles estereotipados, pues la incidencia de la diversidad sexogenérica echa por tierra precisamente tanto el rol sexual como el genérico. Hasta el momento, la mayoría de las legislaciones civiles-familiares confunden los términos vinculados a la identidad, la expresión y la orientación sexual, pues en las entidades federativas donde no se encuentra reconocido, por ejemplo, el matrimonio o el concubinato entre personas del mismo sexo, asimilan que la celebración de las nupcias o la acreditación de las uniones *de facto* deben darse entre un hombre y una mujer, sin atender que dicha concepción se encuentra sujeta al marco genérico de la época y al espacio geográfico determinado, es decir, la atención en lo que debe ser “hombre” y “mujer” se marca con independencia de que sean machos o hembras, morfológicamente hablando.

El planteamiento anterior es más visible en la transexualidad. Una persona que mantiene un rechazo respecto del sexo somático porque se identifica con un género contrario al asignado para aquel y se expresa de forma sexogenérica, contrario a lo que convencionalmente es aceptable, debe ser identificado de la manera en que ha asumido su propia individualidad, pues integra su realidad subjetivamente, aunque

¹¹ Alejandra Verónica Zúñiga Ortega, *Concubinato y familia en México*, pp. 58-59.

¹² Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta, *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio: ley y creencias: problemas y soluciones legales*, p. 31.

¹³ Eva López Terrada, *El concepto de la familia en el estatuto de los trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, p. 12.

no de modo objetivo. En esta tesitura es que la propia norma desatiende los alcances de la diversidad sexogenérica.

La reasignación legal de la identidad de género presupone una adaptabilidad de la realidad jurídica a la real, *i.e.*, la concreción de los documentos que le permitan a la persona transexual beneficiarse del reconocimiento y la certeza de su existencia en la propia sociedad a la que pertenece. Dicho de otro modo, y trayendo a colación lo mencionado en líneas anteriores, se puede entender que si la norma jurídica que regula la institución del matrimonio y del concubinato permite la unión entre personas de distinto sexo-género, y para el efecto atiende al que se manifiesta en los documentos que personalizan al sujeto, una vez que la persona transexual se ha reasignado sexogenéricamente no tendrá razón para impedir la celebración de su unión con una persona del sexo contrario.

Sin embargo, lo anterior sería la salida corta y menos protectora. La diversidad sexogenérica conlleva la existencia de personas transexuales cuya orientación sea homosexual, entonces el cumplimiento de las premisas legales para configurar el matrimonio o el concubinato nuevamente se verá impedido para tutelar el libre desarrollo de la personalidad.

Si bien es cierto que la diversidad sexogenérica es variable, porque dentro de los extremos reconocidos existe un bagaje incuantificable de manifestaciones sexuales y de género, también lo es el que, una vez que se ha diseñado un proyecto de vida, y en este se encuentra el fundar una familia, el Estado, a través de su normatividad e instituciones, debe protegerla, porque en la salvaguarda de las prerrogativas del núcleo social más importante no debe mediar discriminación alguna respecto de la manera a la que se haya recurrido para cimentarla.

VINCULACIONES JURÍDICAS DE LA PROTECCIÓN FAMILIAR INSTITUIDA CON BASE EN LA DIVERSIDAD SEXOGENÉRICA

La protección a la familia, prevista en el artículo 4º de la Constitución mexicana, data de 1974¹⁴ e impacta en el análisis de este núcleo desde la perspectiva del derecho constitucional y convencional y a partir de la óptica de los derechos humanos.

¹⁴ Decreto, de 31 de diciembre de 1974.

En palabras de Groppali,¹⁵ el Estado debe preocuparse por garantizar la protección y la solidez de la institución familiar a través de la salvaguarda de los individuos y el servicio que aquel preste a estos, pues impera una consideración de la familia como una realidad prejurídica que implica el respeto por la autonomía de los fines y la libertad de desarrollo de cada una de ellas.¹⁶

El asentimiento de nuevas formas en la estructura familiar ha sido producto del alcance del artículo 4º constitucional. En la autoimposición estatal para proteger la organización y el desarrollo de la familia se tutela al hecho natural de la integración, *i.e.*, con independencia del método que se haya utilizado para fundar a la familia, esta se encuentra amparada por el sistema normativo, pues su origen no degrada la esfera de custodia que irradia el ordenamiento constitucional.

Empero, la interpretación al artículo 4º no puede ni debe hacerse por separado, sino en forma holística con el resto del cuerpo normativo. Específicamente, los términos del artículo 1º constitucional¹⁷ colocan a la propia CPEUM como parte de un bloque de regularidad que constriñe a que el examen de un precepto se haga de manera integral, con atención a los tratados internacionales que, en materia de derechos humanos, haya suscrito el Estado mexicano y, desde luego, la jurisprudencia nacional e interamericana.

El resultado de extensión, en cuanto a la interpretación normativa dentro de un bloque de derechos, produce que el contenido sustancial de una prerrogativa no sea mermado, pues el ideal de tutela alcanza una apreciación acrecentada.

Con vista a este nuevo andamiaje de hermenéutica jurídica, donde la magnitud de un derecho debe darse en relación con un bagaje de instrumentos que alimentan el bloque de regularidad constitucional, se aprecia que el derecho a la protección de la familia tiene fuente internacional con aplicabilidad obligatoria en el derecho doméstico.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos –artículo 16, apartado 3–,¹⁸ el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos –artículo 23–,¹⁹ el Pacto

¹⁵ Francisco Porrúa Pérez, *Teoría del Estado*, p. 448.

¹⁶ Efrén Chávez Hernández, “La protección constitucional de la familia; una aproximación a las constituciones latinoamericanas”, *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, p. 127.

¹⁷ Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma, 2019.

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

¹⁹ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –artículo 10, apartado 1–,²⁰ la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social –artículo 4–,²¹ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículo 6–,²² la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –artículo 1, apartados 1-5–²³ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –artículo 15–²⁴ son instrumentos del sistema jurídico mexicano que confluyen en reconocer el tratamiento proteccionista que la familia debe tener por ser un hecho natural, base de la sociedad.

Habida cuenta de este entramado *de iure*, que dota de sentido, contenido y significado mayúsculo a las prerrogativas humanas para demandar la protección más amplia al justiciable, queda en el quehacer del operador jurídico la adecuación de fondo del derecho reconocido. La obligación prescrita en el párrafo tercero del numeral 1 de la CPEUM, que impone a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos con base en los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, demanda que la tutela de dichos derechos se produzca, inexcusablemente, en el actuar diario.

De este modo, en la ley que impera sobre la institución familiar no deben existir diferencias de trato en cuanto a la condición de orientación sexual o de identidad de género, de tal suerte que devendrá en el reconocimiento de nuevas formas familiares amparadas en el libre desarrollo de la personalidad y en el proyecto de vida.

En México, la exigencia de modificar los derechos que durante años han sido negados o restringidos a quienes ostentan comportamientos sexogénicos diferentes a los heteronormados ha producido una larga lucha jurisdiccional que ha incidido en reformas legislativas a los ordenamientos locales de los diferentes estados que componen la república mexicana.

²⁰ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

²¹ Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, 1969.

²² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

²⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988.

En materia de constitución familiar, el reconocimiento a las uniones homoparentales es una realidad jurídica. Los antecedentes primigenios para la legalización de estas formas familiares se encuentran en la llegada del nuevo milenio. A partir de 2006, con la publicación de la Ley de Sociedad de Convivencia,²⁵ para el entonces Distrito Federal, se aperturaba la posibilidad de la celebración *de iure* de las uniones homoparentales.

Además, esta misma entidad fue punta de lanza en el reconocimiento del matrimonio igualitario en 2009; se modificó el término clásico de matrimonio y se determinó en su ley sustantiva civil que este es la unión entre dos personas, por lo que la unión marital *de iure* podría celebrarse aun entre sujetos del mismo sexo. Este criterio garantista fue adoptado, entre otros estados, por Quintana Roo,²⁶ Coahuila de Zaragoza,²⁷ Nayarit,²⁸ Campeche,²⁹ Michoacán de Ocampo,³⁰ Morelos³¹ y Colima.³²

No obstante, la SCJN ha tenido suma injerencia en la efectividad del derecho a fundar y proteger la familia homoparental. Sus argumentos han reconocido el devenir de nuevas formas familiares y han apuntalado al matrimonio igualitario en todo el territorio nacional. Verbigracia, en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010,³³ el Tribunal mexicano consideró, entre otras cosas, que no existe limitación de índole constitucional que acote al legislador ordinario a restringir el concepto de matrimonio solo a personas heterosexuales, y en cuestiones de adopción debe prevalecer, por encima del derecho de los adoptantes, el interés superior del

²⁵ Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, 2006.

²⁶ Desde la redacción primigenia del Código Civil de esta entidad federativa –1980–, el artículo 680 omitía determinar que el matrimonio debiera darse entre persona de diferente sexo, de tal suerte que implícitamente se encontraba reconocido el matrimonio homoparental, no obstante, su materialización se ganó en territorio jurisdiccional. Código Civil para el Estado de Quintana Roo, de 8 de octubre de 1980, de la Legislatura del Estado de Quintana Roo, Decreto núm. 36, de 8 de octubre de 1980.

²⁷ Artículo 139, Ley para la familia de Coahuila de Zaragoza, 2015.

²⁸ Artículo 135, Código Civil para el Estado de Nayarit, 2015.

²⁹ Artículo 157, Código Civil del Estado de Campeche, 2016.

³⁰ Artículo 127, Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, 2016.

³¹ Artículo 68, Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, 2016.

³² Artículo 102, párrafo 13, Código Civil para el Estado de Colima, 2016.

³³ Esta acción fue instada por el procurador general de la república, quien alegó la inconstitucionalidad de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, mismos preceptos que reconocían al matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de la adopción para las parejas homosexuales, Sentencia de la SCJN AI 2/2010, de 16 de agosto de 2010.

adoptado, en el entendido de que el procedimiento de adopción no implica una autorización inmediata, es decir, se debe estar a una serie de requisitos que efectivicen una mejor opción de vida, pero sobre todo señaló que la orientación sexual de una persona o de una pareja no le resta valor como ser humano ni que lo señale como nocivo para el menor.

Otra sentencia de suma relevancia es la dictada en la acción de inconstitucionalidad 8/2014.³⁴ En ella la SCJN estimó que la sociedad de convivencia genera efectos equivalentes a los del matrimonio y del concubinato; determinó que aquella es una forma de integrar la familia, que genera entre los convivientes un estado civil distinto al de soltería o al que se engendra entre consortes o concubinos; de manera que si la sociedad de convivencia es un modo de constituir la institución familiar, no debe excluirse a quienes la celebraron del derecho a adoptar, pues ello trasgrede el derecho a la no discriminación.

Una de las manifestaciones argumentativas de protección a la constitución de la familia del Máximo Tribunal en México fue el criterio jurisprudencial –por reiteración– 43/2015,³⁵ publicado en junio de ese año y cuyo rubro indica: “[L]a ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquel es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”.

En esta se determinan, principalmente, los siguientes ejes:

- El matrimonio es la medida que tiene como finalidad constitucional la protección de la familia como una realidad social.
- Vincular la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues se excluye injustificadamente del acceso a las parejas homosexuales.
- Las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para excluir del matrimonio a las parejas homosexuales, en relación con el fin constitucional de proteger a la familia.

³⁴ Acción de Inconstitucionalidad instada por Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Campeche. La norma combatida fue el artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche en el que se impide a los convivientes adoptar; la Comisión estimó que ello violentaba los artículos 1 y 4 de la CPEUM, y los artículos 1, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2013; Sentencia de la SCJN AI 2/2010, 11 de agosto de 2015.

³⁵ Jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN, 2015.

- Bajo ninguna circunstancia, norma, decisión o práctica de derecho interno se pueden disminuir o restringir los derechos de una persona con base en su orientación sexual.

El contenido del criterio en cuestión refleja la concepción de la familia como un hecho natural, como una unión voluntaria que no debe verse excluida de la protección constitucional por razón de la orientación sexual de quienes la integran.

De lo planteado anteriormente puede verse que las resoluciones emitidas por la SCJN cumplen con los estándares interamericanos de protección.

La Corte IDH reconoce en sus sentencias emitidas y, desde luego, obligatorias para el Estado mexicano, que la familia –como institución tutelada en los artículos 2, 17 y 19 de la CADH– debe obtener satisfacción de las necesidades materiales, afectivas y psicológicas de sus miembros, y que su protección conlleva favorecer el desarrollo y la fortaleza de su núcleo.³⁶

La justificación de la tutela de las formas diversas de familias se construye, principalmente, en el derecho a la no discriminación entre aquellas por razón de su origen. En la materialidad del derecho consagrado en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, a ser tratado igualmente, la Corte IDH estableció en la Opinión Consultiva OC-4/84³⁷ que el derecho a la no discriminación se desprende de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona.

La prohibición de no discriminar pertenece al *jus cogens*;³⁸ incluye tanto a la segregación efectuada de derecho como a la de hecho,³⁹ de tal manera que impone al Estado obligaciones positivas y negativas, esto es, debe abstenerse de producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en el ejercicio de los derechos de los diferentes grupos que componen su población;⁴⁰ de percatarse que existen las

³⁶ Sobre el particular, véanse las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: serie C, núm. 211, 24 de noviembre de 2009; serie C, núm. 221, 24 de febrero de 2011; serie C, núm. 257, 28 de noviembre de 2012; serie C, núm. 282, 28 de agosto de 2014.

³⁷ Opinión Consultiva 4/84, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de enero de 1984.

³⁸ Al respecto, véanse las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: serie C, núm. 152, de 21 de septiembre de 2006; serie C, núm. 214, 24 de agosto de 2010; serie C, núm. 239, 24 de febrero de 2012; serie C, núm. 277, 19 de mayo de 2014.

³⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 127, 23 de junio de 2015.

⁴⁰ En este sentido: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 141, 1 de febrero de 2006.

prácticas de segregación en perjuicio de determinado sector de personas, la entidad estadual debe adoptar todas las medidas necesarias para revertir o cambiar esas situaciones discriminatorias,⁴¹ porque la traducción inmediata de estas es el detrimento del núcleo duro de los derechos humanos.

Con miras en el derecho a la no discriminación, la Corte IDH ha determinado que tanto la orientación sexual como la identidad de género son categorías protegidas por la CADH y, en consecuencia, se encuentra proscrita toda práctica de segregación basada en ello,⁴² de tal suerte que da cabida a que sea inconvencional cualquier trato diferenciado –injustificado– que reciban las familias formadas con base en la diversidad sexogenérica respecto de la concepción de familia tradicional.

CONCLUSIONES

La ruptura de los conceptos arquetípicos de la sexualidad que engendran a la diversidad sexogenérica y el reconocimiento de derechos que en el devenir histórico se han logrado impactan en la forma de concebir al núcleo familiar. En el reflejo sociojurídico de estas nuevas manifestaciones sociales, la protección de la familia no debe encontrarse mermada, pues no está supeditada a un modelo único e inamovible, por lo que con independencia del medio, forma o mecanismo con el cual se haya originado deberá encontrar cobijo en el sistema jurídico mexicano.

La realidad de la norma jurídica se encuentra rebasada; ya no es suficiente con atender la constitución de las familias con base en las prácticas heteronormadas o con sustentos prediseñadas biológicamente; la visibilidad de la reasignación sexogenérica de personas transexuales demanda que la óptica de garantía se encause no solo respecto de la orientación sexual de una persona, sino con miras a la identidad de género y a la expresión sexual.

⁴¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 239, 24 de febrero de 2012.

⁴² *Ibid.*, serie C, núm. 310, 26 de febrero de 2016.

BIBLIOGRAFÍA

- Brena Sesma, Ingrid Lilian. 2004. *El derecho y la salud*. México: UNAM.
- Butler, Judith. 2007. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. España: Paidós.
- Cárdenas, Leonardo J. 2010. La humanidad en la transexualidad, *Bioética: historias de sirenas, Belerofonte y el largo etcétera de los otros transgénicos*. Núm. 57 (marzo): pp. 175-182.
- Chávez Asencio, Manuel F. 2003. *La familia en el Derecho: relaciones jurídicas conyugales*. 6a. ed. México: Porrúa.
- Chávez Hernández, Efrén. 2006. La protección constitucional de la familia; una aproximación a las constituciones latinoamericanas. En Rosa María Álvarez de Lara (ed.), *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. T. I. México: UNAM, pp. 125-147.
- Ferrer, Francisco. 1982. Introducción al derecho de familia. En Francisco A. Ferrer M., María Rosa Lorenzo de Ferrando, Sara Noemí Cadoche de Azvalinsky, Carlos H. Rolando, María Josefa Méndez Acosta y Daniel Hugo D'Antonio, *Derecho de familia*, t. I. Argentina: Rubinzal y Culzoni. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1447/3.pdf>.
- Grosman, Cecilia e Irene Martínez Alcorta. 2000. *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio: ley y creencias. Problemas y soluciones legales*. Buenos Aires: Universidad.
- López Terrada, Eva. 2003. *El concepto de la familia en el estatuto de los trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Madrid Ramírez, Raúl. 1994. ¿Es el concepto jurídico de familia un principio general de derecho?, *Revista Chilena de Derecho*. Núm. 21, pp. 245-257.
- Montero Duhalt, Sara. 1992. *Derecho de familia*. México: Porrúa.
- Pérez Contreras, María de Monserrat. 2000. *Derecho de los padres y de los hijos*. México: UNAM.
- Porrúa Pérez, Francisco. 2008. *Teoría del Estado*. México: Porrúa.
- Real Academia Española. 2015. Homosexual. *Diccionario de la Lengua Española*. Consultado el 20 de octubre de 2015.
- . Transexual. *Diccionario de la Lengua Española*. Consultado el 20 de octubre de 2015.

- Rico Álvarez, Fausto, Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel. 2011. *Derecho de familia. Estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho con motivo de su Primer Centenario*. México: Porrúa.
- Zúñiga Ortega, Alejandra Verónica. 2011. *Concubinato y familia en México*. Xalapa: Universidad Veracruzana.

Legisgrafía

- Código Civil del Estado de Campeche. 13 de octubre de 1942. XXXVII Legislatura del Congreso del Estado (Decreto núm. 54, de 16 de mayo de 2016).
- Código Civil para el Estado de Colima. 25 de septiembre de 1954. Dirección de Procesos Legislativos del H. Congreso del Estado de Colima (Decreto núm. 103, de 11 de junio de 2016).
- Código Civil para el Estado de Nayarit. 22 de agosto de 1981. H. Congreso Local (Decreto núm. 121, de 22 de diciembre de 2015).
- Código Civil para el Estado de Quintana Roo. 8 de octubre de 1980. Legislatura del Estado de Quintana Roo (Decreto núm. 36, de 8 de octubre de 1980).
- Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo. 30 de septiembre de 2015. H. Congreso del Estado (Decreto núm. 150, de 22 de junio de 2016).
- Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos. 6 de septiembre de 2006. XLIX Legislatura (Decreto núm. 757, de 4 de julio de 2016).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 5 de febrero de 1917. H. Congreso de la Unión (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 9 de agosto de 2019).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (IX Conferencia Internacional Americana, 1948).
- Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social. 1969. Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2545 [XXIV], de 11 de diciembre de 1969).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948. Asamblea General de las Naciones Unidas (Sesión Plenaria 117ª, de 10 de diciembre de 1948).

Decreto de 31 de diciembre de 1974, por el que se reforma y adicional los artículos 4º, 5º, 30 y 123 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en relación con la igualdad jurídica de la mujer (*Diario Oficial de la Federación*).

Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. 16 de noviembre de 2006. Asamblea Legislativa del Distrito Federal (*Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 16 de noviembre de 2006).

Ley para la familia de Coahuila de Zaragoza. 15 de diciembre de 2015. Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza (Decreto núm. 227, de 15 de diciembre de 1980).

Ley Regulatoria de Sociedades Civiles del Estado de Campeche. 27 de diciembre de 2013. LXI Legislatura (Decreto núm. 113, de 27 de diciembre de 2013).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2200 A [XXI]).

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966. Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2200 A [XXI]).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 17 de noviembre de 1988. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (Décimo Octavo Periodo de Sesiones).

Criterios y resoluciones

Jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN. Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), junio de 2015.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, núm. 211, 24 de noviembre de 2009.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Número OC-4/84, 19 de enero de 1984.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, núm. 141, 1 de febrero de 2006.

———. Serie C, núm. 152, 21 de septiembre de 2006.

———. AI 2/2010, 16 de agosto de 2010.

———. Serie C, núm. 214, 24 de agosto de 2010.

———. Serie C, núm. 221, 24 de febrero de 2011.

———. Serie C, núm. 239, 24 de febrero de 2012.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, núm. 257, 28 de noviembre de 2012.

———. Serie C, núm. 277, 19 de mayo de 2014.

———. Serie C, núm. 282, 28 de agosto de 2014.

———. Serie C, núm. 127, 23 de junio de 2015.

———. AI 2/2010, 11 de agosto de 2015.

———. Serie C, núm. 310, 26 de febrero de 2016.

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

MARÍA GUADALUPE LÓPEZ MORALES¹

INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva es considerado un derecho fundamental consagrado en el artículo 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la cual, a través del proceso judicial, conforma el instrumento de defensa que el Estado ha creado y puesto a disposición de los ciudadanos para hacer eficaz sus derechos e intereses legítimos y obtener una resolución motivada, fundada en el derecho, ejecutable, dictada en un plazo razonable y garantizando los derechos de los justiciables. En el ámbito internacional existen diversos tratados de derechos humanos que reconocen el derecho de las personas y el correlativo deber del Estado de tener un tribunal que determine sus derechos y obligaciones, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 19), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.3 y 14.1), por mencionar algunos.

En cuanto a la familia, esta reviste gran importancia al cumplir una función social básica e insustituible; está protegida en el plano internacional por declaracio-

¹ Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chiapas (Unach).

nes y convenciones de derechos humanos² y por nuestra Constitución federal;³ por ello, el derecho de familia refiere normas que son consideradas de orden público y de interés social, las cuales regulan y protegen a la familia y a sus integrantes, así como a su organización y su desarrollo integral sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y el respeto a la dignidad humana.

Esto conlleva a que el derecho de familia en México tenga como fin regular las relaciones familiares para obtener una solución pacífica y adecuada a los conflictos suscitados en tales relaciones. La realización de este derecho supone la intervención del órgano competente que sustenta su actuación en principios propios del sensible ámbito familiar, dando paso al acceso de un recurso efectivo, sencillo y rápido, mediante el cual el órgano jurisdiccional debe tutelar de manera eficaz el ejercicio de los derechos humanos de toda persona que lo solicite, sustentado de conformidad con las reglas del debido proceso. El resultado debe ser el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en tanto asegure la obtención de una justicia pronta, completa y apegada a las exigencias formales que la propia Constitución federal consagra en beneficio de la persona que se encuentra bajo su jurisdicción.

Por lo anterior, en el presente trabajo se analizan los juicios relativos a las controversias del orden familiar que se ventilan en los juzgados civiles ubicados en la Región III, Los Altos, del estado de Chiapas, para verificar el trato adecuado a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Previo a tratar sobre la temática que nos ocupa, es necesario hacer referencia respecto a la conceptualización de la tutela judicial efectiva y su íntima relación con

² El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. En el mismo sentido lo señala el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se refiere a la protección a la familia, al decir que “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

³ El artículo 4º de la Constitución federal determina que “... la ley protegerá la organización y desarrollo de la familia...”

los demás derechos fundamentales que se configuran en etapas distintas del procedimiento en cualquier materia jurídica.

Sobre la tutela judicial efectiva se ha dicho que es una construcción doctrinaria y jurisprudencial, fruto del avance del derecho constitucional de principios del siglo xx. Alcanzó su reconocimiento legislativo en el periodo de la posguerra y fue incluida en tratados internacionales de la época.⁴

Respecto del mismo tema, Gimeno Sendra la concibe, entre otros términos, como un derecho fundamental que le corresponde a todo sujeto de derecho para que pueda acceder libremente al poder Judicial a través de un proceso debidamente establecido. En dicho proceso, precisa el autor, se deberá contar con todas las garantías y el acceso a todas las instancias del órgano jurisdiccional para que los justiciables puedan hacer valer una prestación u oponerse a ella, obteniendo de ello una resolución efectiva, motivada y razonable, fundada en derecho, congruente, y que ponga término al conflicto ejecutando lo resuelto.⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que la tutela judicial efectiva debe entenderse como⁶

... un derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una prestación o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa, y en su caso, se ejecute esa decisión...

De acuerdo con estos conceptos, podemos señalar que la tutela judicial efectiva es una garantía que asegura el cumplimiento y el respeto de tres derechos fundamentales: el derecho de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y el derecho a obtener una sentencia eficaz dentro de un plazo razonable, por lo que resulta importante el estudio de cada uno de ellos.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1967; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

⁵ José Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos del Derecho Procesal*, p. 593.

⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis I.3o.C.79 K (10a.), p. 2470.

Acceso a la justicia

En cuanto al derecho de acceso a la justicia, diremos que es considerado una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional que consiste en el efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos y promoviendo las condiciones necesarias para que la tutela judicial sea efectiva.

Por su parte, Gimeno Sendra lo establece como un derecho subjetivo en cuanto al poder que asiste a todo ciudadano para obtener de los tribunales un pronunciamiento categórico respecto a una pretensión: como derecho público de carácter constitucional en cuanto principio inherente a la organización del Estado, que monopoliza la función de impartición de justicia, y su objetivo es el ejercicio de la actividad jurisdiccional.⁷

Este derecho se inicia con el derecho de acción —acto de petición o derecho a la jurisdicción—, que se actualiza cuando este se dirige a las autoridades jurisdiccionales motivando su pronunciamiento. Y en el ámbito de su ejecución se conceptúa como aquel que asiste a toda persona para requerir del Estado, por una parte, la prestación del servicio público de impartición de justicia a través de las instituciones y de un procedimiento, el cual debe reunir condiciones mínimas que aseguren a los involucrados la defensa adecuada de sus derechos. Por la otra, que el Estado establezca condiciones para el acceso a los tribunales y regule distintos procedimientos, cada uno de los cuales tendrá diferentes requisitos de procedencia que deberán cumplirse para justificar el accionar del aparato jurisdiccional; dentro de estos pueden establecerse aquellos que reglamentan la admisión de un escrito o la comparecencia de la persona afectada —en materia familiar el Código de Procedimientos Civiles de nuestro Estado lo contempla—: *a)* la legitimación activa o pasiva de las partes, *b)* la representación, *c)* la oportunidad en la interposición de la acción, excepción o defensa, recurso o incidente, *d)* la competencia del órgano ante el cual promueve, *e)* la exhibición de ciertos documentos de los cuales depende la existencia de la acción, y *f)* la procedencia de la vía.

Por ello, estos elementos mínimos necesarios previstos en las leyes adjetivas deben satisfacer la realización de la jurisdicción, es decir, para que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer la cuestión de fondo planteada en el caso some-

⁷ José Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos...*, pp. 130-134.

tido a su potestad y tenga argumentos para resolverla, determinando los efectos de dicha resolución. En este sentido la fórmula “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, como una expresión de la potestad jurisdiccional, no es más que la aplicación del derecho por jueces y tribunales, con el propósito de dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido.⁸ De esta manera, el derecho tiene un carácter de permanencia –y por ende subjetivo y autónomo– en cuanto no se “ejerce” hasta que su titular requiera proteger judicialmente un derecho que considera le ha sido vulnerado.

Debido proceso

El debido proceso, que abarca desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación judicial, es un derecho fundamental que toda persona tiene como parte sustancial de cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional. Comprende las denominadas formalidades esenciales del procedimiento que permiten una defensa previa a la afectación o modificación jurídica que puede provocar el acto de autoridad, como son: 1. la notificación o emplazamiento del inicio del procedimiento, 2. la oportunidad de ofrecer, desahogar y valorar las pruebas en que se finque la defensa de ambas partes en conflicto, 3. el derecho a formular alegatos, 4. una resolución que dirima las cuestiones debatidas, y 5. la posibilidad de impugnar dicha resolución mediante un recurso eficaz.⁹

Ahora bien, cabe señalar que estas formalidades esenciales del procedimiento pueden disminuirse o ampliarse, dependiendo de la naturaleza del juicio que se plantee; por ejemplo, en un procedimiento judicial en donde estén involucrados grupos vulnerables o personas expuestas a un riesgo inminente como son los casos de custodia de niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, mujeres víctimas de violencia familiar, entre otros, se deberá considerar la premura del tiempo, ya que es de suma importancia para poder salvaguardar la seguridad y la protección de sus derechos humanos.

⁸ Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena, *Introducción al Derecho Procesal*, p. 75.

⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis 254197, aislada, común, p. 32, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/254197>.

Resulta necesario contemplar otras formalidades, consideradas también esenciales del procedimiento, como son aquellas tendientes a la protección, la representación, la asistencia de personas expuestas —las que pueden consistir en la intervención del fiscal del ministerio público, psicólogo, trabajadora social, tutor, traductor o intérprete—. Lo mismo puede acontecer con las medidas precautorias que se deben dictar, a modo de asegurar y salvaguardar la integridad física o psicológica de la parte vulnerable.¹⁰

Plazo razonable

Un presupuesto imprescindible del debido proceso lo constituye el plazo razonable, del cual surge la necesidad de definir y observar dicha garantía en beneficio de las personas que tienen asuntos pendientes o pretenden acceder a la justicia y, de esta manera, obtener una pronta resolución de aquellos por la vía judicial. Es así como la observancia del plazo razonable posibilita que las partes involucradas en una controversia obtengan una rápida solución a sus problemas planteados, una vez que hayan sido puestos en conocimiento y admitidos ante la autoridad jurisdiccional conforme a los términos judiciales y presupuestos legales que sean aplicables al caso concreto sin dilación injustificada.

En suma, se puede señalar que el debido proceso garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial y, como consecuencia, es a su vez una garantía de una tutela judicial efectiva; por ello, es el elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial. Son, como bien lo señala Cipriano Gómez Lara (2006), conceptos “casi sinónimos”.¹¹

La sentencia eficaz

En este sentido, toda sentencia dictada debe ser fundada con argumentos lógicos y conforme a derecho: pronta, completa e imparcial, teniendo en consideración, sobre todo, las cuestiones planteadas por las partes durante el procedimiento. No

¹⁰ Sergio García Ramírez, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, pp. 664-665.

¹¹ Cipriano Gómez Lara, s. f. *El debido proceso como derecho humano*, p. 346, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/17.pdf>.

es posible impartir justicia si no se cumple con la sentencia dictada. La imposibilidad de efectivizar el reclamo reconocido por el órgano jurisdiccional debilita su legitimidad y su efectividad. Debe entenderse que la actuación judicial no termina al dictarse una resolución, la cual reconoce un derecho que ha sido violentado, la relevancia radica en la etapa de la ejecución de la sentencia.

De lo anteriormente vertido, debemos concluir que la tutela judicial efectiva debe ser comprendida desde un triple enfoque. En el primero se debe garantizar el acceso a la justicia, es decir, a ser parte en un proceso y promover la actividad jurisdiccional, esto es, el reconocimiento del derecho a ser oído y atendido eficazmente sin dilación. Por su parte, el Estado es el principal obligado de garantizar el acceso sin restricciones a las personas que plantean un reclamo ante el órgano jurisdiccional competente. El segundo enfoque, el debido proceso, alude al conjunto de fases procesales que hay que atender y, como consecuencia, seguir desde el acceso a la justicia hasta la ejecución eficaz y oportuna de la resolución que dicte el órgano jurisdiccional. Y en el tercero se debe asegurar el derecho a obtener una sentencia de fondo en un tiempo razonable, motivada y fundada en los hechos. Resolución que no necesariamente debe ser favorable a la pretensión, lo esencial es que la resuelva. Así, debe entenderse que esta resolución se debe de cumplir, de lo contrario los derechos reconocidos en la misma serían infructuosos.

RECEPCIÓN NORMATIVA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El artículo 17 constitucional prevé el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, definiéndola como el derecho público subjetivo que toda persona tiene dentro de los plazos y los términos que fijen las leyes para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, ya sea para plantear una pretensión o para defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión que deberá ser pronta, completa e imparcial.

Vinculado a la tutela judicial efectiva encontramos el principio del debido proceso, contemplado en el artículo 14 del ordenamiento antes invocado, derecho fundamental que le asiste a toda persona como parte sustancial de cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional y que comprende a las denominadas for-

malidades esenciales del procedimiento, las cuales permiten una defensa previa a la afectación o a la modificación jurídica que puede provocar el acto de autoridad.

De igual forma, otra de las garantías judiciales establecida en el artículo 17 de la Carta Magna se refiere al plazo razonable; este constituye un presupuesto imprescindible del debido proceso del cual emerge categóricamente la necesidad de definir y observar dicha garantía en beneficio de quienes se encuentren, ya sea dentro de un procedimiento o pretenden acceder a la vía jurisdiccional y obtener una pronta resolución al problema que les aqueja y dentro de los plazos señalados por el legislador.

También cabe destacar que a fines de 2017 se adicionó un párrafo al artículo 17 constitucional, el que otorgaba a las autoridades la facultad de privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procesales, siempre y cuando no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o en los procedimientos seguidos en forma de juicio.

En este contexto normativo es importante resaltar que nuestra Constitución, a partir de su reforma de 2011, ha dejado de ser el único referente, y a incorporado a esta norma fundamental los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.¹² Ahora bien, como consecuencia de esta inclusión hay distintos principios y derechos procesales que se deben proteger, los cuales tienen carácter de garantías inderogables, es decir, que no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia; entre otros, podemos mencionar los siguientes: principio de legalidad, principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia, principio de publicidad procesal, derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un juicio justo, derecho a un trato humano, derecho a la celeridad judicial y derecho a un recurso efectivo.

De tal manera que estos principios, derechos y garantías se encuentran consagrados en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Dere-

¹² Artículo 133 de la Constitución federal, que a la letra dice: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

chos Humanos, en sus artículos 8 y 10, donde se reconoce que toda persona, bajo condiciones de igualdad, tiene derecho a un recurso efectivo ante tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, los cuales deberán amparar a la persona que lo requiera contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o por las leyes.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII, reconoce el derecho a la justicia al establecer que toda persona tiene derecho a comparecer ante los tribunales para hacer valer sus derechos, los cuales deberán contar con un procedimiento sencillo y breve que lo proteja contra actos de la autoridad por violaciones a sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En tanto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina, en su artículo 2.3, lo siguiente:

... cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar que:

- a)* toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b)* la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recursos judiciales;
- c)* las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Esto significa que los distintos poderes del Estado, en sus respectivas atribuciones, deben proceder de modo que su actividad favorezca la máxima efectividad de la referida prerrogativa, sin escatimar esfuerzos para lograr que las personas puedan tener un tribunal que determine sus derechos y sus obligaciones familiares.¹³

El Pacto de referencia dispone, en su artículo 14.1, que todos son iguales ante los tribunales y la Suprema Corte de Justicia; asimismo señala el derecho que tienen las personas a ser oídas públicamente con las debidas garantías por un tribunal

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

que sea competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para hacer valer sus derechos u obligaciones.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, señala, en su artículo 8, que

... toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La misma Convención reconoce también, en su numeral 25, que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes para que lo protejan contra actos que violen sus derechos fundamentales, aun cuando la violación sea cometida por persona que actúe en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Esto implica que el Estado debe proceder de modo que su actividad fortalezca la máxima efectividad jurisdiccional, sin escatimar esfuerzos, para lograr que las personas puedan tener un tribunal que determine sus derechos y obligaciones. De igual forma, la creación y la organización de estos órganos encargados de impartir justicia se relacionan directamente con un importante derecho fundamental con el que se juegan ‘la eficacia y la credibilidad’ de la justicia, es decir, el plazo razonable que deben durar los procesos, pues este es un derecho cuya relevancia trasciende el ámbito procesal y afecta directamente la situación jurídica de las personas, tal y como lo señaló la Suprema Corte de Justicia de la Nación al indicar que “una abierta dilación del procedimiento o su paralización total” es una violación sustantiva.¹⁴

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversas sentencias, ha enfatizado la importancia del artículo 25, puntualizando que dicha disposición exige no solo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido a un recurso jurídico. Por su parte, el juez de la Corte Internacional de Justicia, Antonio Augusto Cançado Trindade, establece que la

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis 2a./J.48/2016 (10a.), p. 1086.

obligación del artículo 25 no se reduce a garantizar el acceso formal a la jurisdicción, sino que también queda comprendido el derecho a la prestación jurisdiccional de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio que significa, en estricto sentido, el derecho a obtener justicia.¹⁵

ANÁLISIS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Ahora bien, al referirnos a las controversias del orden familiar señalaremos que son complejas, generadas en la esfera de la intimidad de las personas en la que abrigan sentimientos, deseos, emociones y miedos entrelazados, con necesidades y carencias e involucrando, en la mayoría de casos, a vulnerables, como son niños, niñas, adolescentes e incapaces, mujeres y adultos mayores. Además, las partes en conflicto se encuentran vinculadas por lazos de parentesco que les imponen obligaciones y responsabilidades, más allá de una resolución judicial.

Asimismo se dispone que las normas que rigen el procedimiento de familia deben ser aplicadas a manera de garantizar una tutela judicial efectiva, debido a la importancia que reviste la familia en nuestra sociedad, toda vez que los problemas relacionados con esta requieren de un tratamiento especial, sencillo, eficaz y rápido, principalmente por la necesidad de resguardar, entre otros, los ámbitos físico y psicológico de sus integrantes, protegiendo así el interés superior de la familia.

Al respecto, los artículos 4º y 17 de la Constitución federal refieren: el primero, a la obligación que tiene el Estado de proteger la organización y el desarrollo de la familia; el segundo ha establecido, como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional, el principio a la observancia de la tutela judicial efectiva, derechos fundamentales al estar consagrados en la Carta Magna.

En concordancia con el derecho a la protección de la familia y a la tutela judicial efectiva, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas, en sus artículos 981 al 1003, enumera los principios generales de los procesos de las controversias de orden familiar que deben ser interpretados con el resto de los princi-

¹⁵ Antonio Augusto Cançado Trindade, *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia*, p. 755.

pios del Derecho Procesal constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos que traten sobre la familia y los procedimientos que sobre esta materia deben regir, teniendo en cuenta la supremacía de la normatividad.

De este modo, el Código Adjetivo Civil de Chiapas dispone que las normas que rigen el procedimiento familiar deben ser aplicadas de tal forma que faciliten la tutela judicial efectiva de todas y cada una de las personas que integran el núcleo familiar, y de acuerdo con sus condiciones de vulnerabilidad al disponer de manera determinante que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público y de interés social por constituir la base de la integración de la sociedad.

Esta misma normatividad, a excepción del resto de los juicios, señala que en materia familiar no se requiere una formalidad especial para acudir ante el órgano jurisdiccional competente cuando se solicite la declaración, la preservación o la constitución de un derecho, o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación. Sobre todo tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre personas casadas o que vivan en concubinato, sobre administración de bienes comunes, educación de los hijos, oposición de maridos, concubinos, padres y tutores, y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

También opera en estos tipos de juicios el principio de oficiosidad, facultad otorgada a los juzgadores para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, en especial tratándose de niñas, niños o adolescentes e incapaces, de alimentos y de cuestiones relacionadas con la violencia familiar, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus integrantes, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño. Igualmente prevé que en los asuntos del orden familiar el órgano jurisdiccional está obligado a suplir la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes. Cabe destacar que estos se han convertido en procesos sumarios, en virtud de que se han reducido los términos procesales con el fin de agilizar el procedimiento y estos no excedan de los plazos razonables.

Esto conlleva a requerir que los juzgadores, ante quienes se tramitan estas causas, sean especializados, para no incurrir en doble victimización y poder atender con la debida diligencia a las personas involucradas en este tipo de conflictos. Asimismo, requieren de la intervención de determinadas instituciones especializadas

en la protección de la familia y del apoyo multidisciplinario para que resuelvan con conocimiento la controversia de referencia.

Esta normatividad, analizada a la luz de los postulados constitucionales e internacionales mencionados con anterioridad, alcanza la garantía de la tutela judicial efectiva, destinada a reunir la actividad procesal en la menor cantidad de actos procesales posibles y en celeridad procesal, con la finalidad de concretar los derechos subjetivos de las personas que se encuentran involucradas en una problemática familiar mediante los medios ejecutorios eficaces, atendiendo los derechos de acceso a la justicia, el debido proceso, el pronunciamiento final de la controversia, que deberá realizarse de una manera fundada, motivada y atendiendo el interés de las personas involucradas dentro de un plazo razonable y que esas resoluciones deben ser ejecutables.

Ahora bien, para poder verificar la debida observancia de la tutela judicial efectiva, sobre todo en la duración de los procedimientos judiciales en materia familiar, se realizó una investigación en el Archivo Judicial, zona III Altos, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chiapas, un órgano de apoyo (artículo 104 del Reglamento Interior del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Chiapas). Por otra parte, el artículo 175 del Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas dice: “El Archivo Judicial se integrará por una oficina central y las delegaciones regionales que determine el Consejo, de acuerdo a las necesidades del servicio y que permita el presupuesto”. En este archivo se encuentran resguardados, entre otros, expedientes relativos a los juzgados primero y segundo civil de ese mismo distrito judicial –los cuales conocen materia familiar–. Fueron revisados los correspondientes a 2011, 2012, 2013, encontrándose un total de 7 132, de los cuales 2 780 corresponden a 2011, 2 517 a 2012, y 1 835 a 2013; hacemos la aclaración de que un gran número de expedientes correspondientes a este último año aún se encuentran en los juzgados de origen, ya sea por estar en trámite o en ejecución de sentencia. También es importante indicar que los expedientes de referencia tratan de diversos tipos de juicios que se ventilan en materia civil, mercantil y familiar, en atención a que también son de su competencia conocer.

De los datos arrojados, referentes a los juicios relativos a controversias del orden familiar, se observó que 35.2% concluye por convenio que celebran las partes involucradas en la *litis*; 31.4% se encuentra en resguardo del archivo judicial por

inactividad procesal, y en el resto, 33.4%, se dictó sentencia. En este último caso la duración del trámite oscila de año y medio a dos años.

De esta revisión se puede apreciar que la duración de los juicios de controversia del orden familiar son tardíos, ya que no son resueltos con prontitud y celeridad, lo que ocasiona en muchos casos su abandono, provocando que el número de expedientes archivados por inactividad procesal sea considerable.

También se percibió que en los expedientes resueltos por sentencia existe una demora excesiva en su procedimiento, sin que conste en alguno de ellos un pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional justificando la tardanza en su trámite o en su ejecución, violentando con ello los derechos fundamentales de las personas involucradas en los juicios de esta naturaleza, los cuales requieren ser resueltos a la brevedad posible, ya que puede ocasionar daños irreversibles no solo a las partes del juicio, sino a otras personas involucradas, como los niños, las niñas y los adolescentes.

Respecto al número de expedientes que se manejan en los juzgados de referencia y los asuntos relacionados con diversas materias que son de su competencia podemos señalar, por un lado, que muchas pueden ser las situaciones que en verdad pueden frustrar o dificultar la tutela judicial efectiva en materia familiar: las demoras de los juicios y el rezago histórico de expedientes, lo cual se ha vuelto una carga crónica pendiente de resolver, heredada algunas veces y creada en otras; por otro lado, el excesivo trabajo procesal, que día con día está en continuo aumento y sigue creciendo en proporciones sin precedente, aunado a la falta de personal suficiente.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, en relación con las excusas internas antes mencionadas, que no es posible alegar obstáculos internos, ya que toca al Estado organizar su sistema judicial para dar cumplimiento a las exigencias plasmadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales, velando así por la aplicación de una tutela judicial efectiva en materia familiar.¹⁶

Sin embargo, la misma Corte considera al respecto que para determinar si la duración de un proceso ha sido razonable o no, se debería atender el nivel de com-

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, p. 199, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf.

plejidad de la controversia, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de las personas involucradas en el proceso, toda vez que la demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación a las garantías judiciales.

También señala la Corte que no es posible establecer un criterio en abstracción del plazo de duración, sino que este se fijará en cada caso, vistas y valoradas las circunstancias, porque no todos los asuntos son universalmente iguales.¹⁷ Pero que corresponde al Estado exponer y probar la razón por la cual se ha requerido más tiempo del razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular y que, por lo tanto, no se ha violado este derecho.¹⁸

En materia procesal la duración de los procedimientos es de suma importancia, debido a que se está tratando de resolver problemas de índole familiar donde, en la mayoría de los casos, está en juego la protección y la seguridad de las personas expuestas: niños, niñas, adolescentes, etc., quienes requieren que la controversia se resuelva en el menor tiempo posible, ya que la demora ocasiona la violación de un derecho humano y los expone a los riesgos que conlleva el no dictar una resolución en un plazo razonable. Por lo tanto resulta inadmisibles que el Estado, como órgano responsable, no prevea una adecuada organización judicial que resuelva los conflictos jurídicos familiares en un plazo corto.

La demora excesiva no justificada obliga a las víctimas a enfrentarse a una larga espera para la restauración de sus derechos, sin obtener, en algunos casos, ni siquiera cierto reconocimiento a los mismos. Provoca, además, la violación de un derecho humano como lo es la tutela judicial efectiva. También puede generar falta de credibilidad de las víctimas hacia el órgano jurisdiccional, lo que disminuye la denuncia y, sobre todo, se siembra la duda respecto de la competencia del órgano jurisdiccional. La teoría y la práctica de la tutela judicial efectiva quedan oscurecidas, como bien lo señala Fix-Zamudio, cuando entra a escena la máxima: “Justicia retrasada es justicia denegada”.¹⁹

¹⁷ *Ibid.*, Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, pp. 133-136, consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

¹⁸ *Ibid.*, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, p. 145, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf.

¹⁹ Héctor Fix-Zamudio, *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, p. 514.

CONCLUSIONES

Para la Constitución federal y los instrumentos internacionales el derecho a la tutela judicial efectiva propone la actuación del órgano judicial sin obstaculizar el acceso a la justicia, con el fin de consagrar los derechos de cada persona y garantizar, así, la supremacía de derechos humanos y los principios generales, que van desde la acción de petición hasta la obtención de una resolución ejecutable. Es fundamental para ello, considerar el factor tiempo y la urgencia de cada caso en particular como elementos esenciales para el cumplimiento del principio tutelar.

Ha quedado demostrado que reducir los términos judiciales del proceso familiar y convertirlos en un juicio sumario no ha sido suficiente, pues la modificación de la legislación no ha traído beneficio alguno. Resulta necesario un cambio de paradigma donde se modifique el procedimiento y sea más accesible, simple y racional, para evitar que persistan las prácticas dilatorias actuales que mucho dañan la estabilidad física y psicológica a las partes involucradas en la *litis*.

El órgano jurisdiccional es responsable de instaurar prácticas diligentes y eficientes para acompañar el cambio. Algunas de las medidas que pueden adoptar son: eliminar efectivamente la prueba innecesaria y las medidas superfluas, desahogar la audiencia ante el juez, desestimar las nulidades procesales evidentemente improcedentes, aplicar las excepciones sin duda procedentes, rechazar las peticiones dilatorias y promover el impulso de oficio, dado que la naturaleza del juicio lo permite.

Los procesos judiciales en materia familiar demoran años, lo que genera a las partes involucradas inseguridad y altos costos. Es necesario disminuir esos defectos con una justicia previsible, segura, equitativa, administrada a plazos razonables y haciendo uso de las nuevas herramientas informáticas.

Es importante que a través de estas herramientas informáticas se modernice el procedimiento y se permita por este medio realizar notificaciones a los interesados del juicio, dar vistas a las partes, consultar el estado del procedimiento, entre otros; esto incidiría directamente en la prontitud de los procesos y se reducirían significativamente los costos de comunicación. Con ello, también se aumentaría el grado de transparencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la ONU. 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. París. Consultado en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- . 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York. Consultada en <https://indotel.gob.do/media/6206/declaracio-de-los-derechos-civiles-y-politicos.pdf>.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto. 2007. *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia*. México: Porrúa.
- Código Civil del Estado de Chiapas. 2019. México: Congreso del Estado de Chiapas. Consultado en https://www.congresochiapas.gob.mx/new/info-arlamentaria/LEY_0003.PDF?V=MTG=.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chiapas. 2019. México: Congreso del Estado de Chiapas. Consultada en https://www.congresochiapas.gob.mx/new/Info-arlamentaria/LEY_0009.pdf?v=OQ==.
- Congreso de la Unión. 2016. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México. Consultada en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/hm/1.htm>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1999. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparación y costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Costa Rica, Consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.
- . Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. 2010. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Costa Rica, pp. 133-136. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.
- . Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. 2002. Fondo 21 de junio de 2002. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 145. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf.
- . Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. 2006. Sentencia del 4 de julio de 2006, Costa Rica, p. 199. Consultada en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf.
- Cortés Domínguez, Valentín y Víctor Moreno Catena. 2010. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fix-Zamudio, Héctor. 1988. *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. Unión de Universidades de América Latina-Grupo. México: Porrúa.

- García Ramírez, Sergio. 2006. El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 117, sep-dic.
- Gimeno Sendra, José Vicente. 1981. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas.
- Gimeno Sendra, José Vicente *et al.* 2007. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex.
- Gómez Lara, Cipriano. 2006. El debido proceso como derecho humano. En Nuria González Martín (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. II. Sistemas jurídicos contemporáneos, Derecho Comparado. Temas diversos. México: IJ-UNAM. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/1968>.
- Organización de Estados Americanos (OEA) 1948. Novena Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Colombia. Consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. 2015. Tesis I.3o. C.79 K (10a.), 2009343. Tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso. Cualidades de los jueces conforme a esos derechos fundamentales (Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito). Décima Época, T.C.C., Libro 19, p. 2470. Consultada en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009343&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0>.
- . 1975. Tesis 254197. Debido proceso legal (Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito), Séptima Época, T.C.C. Vol. 82, Sexta parte, p. 32, aislada, común. Consultada en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/254197>.
- . 2016. Tesis 2a./J.48/2016 (10a.), 2011580. Amparo indirecto. Por regla general, es notoriamente improcedente el interpuesto por una de las partes en el juicio natural, contra la omisión de la autoridad jurisdiccional de acordar promociones o de proseguir en tiempo con el juicio, al tratarse de una violación intraprocesal que no afecta derechos sustantivos (Segunda Sala), Libro 30, t. II. Décima Época, p. 1086. Consultada en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2011580&Clase=DetalleTesisBL>.
- Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos (OEA). 1969. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. “Pacto de San José”. Costa Rica. Consultado en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

ÍNDICE

Presentación	7
MÓNICA VICTORIA RUIZ BALCÁZAR	
La autonomía del paciente menor de edad y la patria potestad: consentimiento informado y acceso a la historia clínica	11
CARMEN GONZÁLEZ LEÓN	
La familia en la <i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	29
ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS, MARÍA ISABEL GÓMEZ ANEL	
Evolución jurisprudencial de la custodia compartida en España	47
CARMEN ROSA IGLESIAS MARTÍN	
Seguridad social, género y familia	71
MÓNICA VICTORIA RUIZ BALCÁZAR, ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS	
La compensación económica en la ruptura matrimonial: una aproximación al Derecho Comparado	89
MARÍA ISABEL GÓMEZ ANEL, MÓNICA VICTORIA RUIZ BALCÁZAR	
Desarrollo humano integral de la familia. Consideraciones en torno a las políticas públicas en la actualidad	113
MARÍA ELENA REYES MONJARAS, FRANCISCO JAVIER TEJERO BOLÓN	

La familia en la isla de los derechos: implicaciones de la sentencia
de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 sobre las políticas
públicas de la Ciudad de México- - - - - 125

ARTURO MIGUEL CHÍPULI CASTILLO

Implicaciones de la reasignación sexogenérica en la construcción de los nuevos
modelos de familia-- - - - - 149

ALEJANDRA ZÚÑIGA ORTEGA, IRVIN URIEL LÓPEZ BONILLA 149

La tutela judicial efectiva en los procesos de familia-- - - - - 165

MARÍA GUADALUPE LÓPEZ MORALES

EL DERECHO DE FAMILIA: ENTRE CAMBIO Y TRADICIÓN

permite abrir nuevos caminos de discusión del derecho familiar para innovar y reconocer algunos aspectos ignorados, silenciados o deficientemente interpretados por el marco jurídico vigente respecto del desarrollo integral de la familia: el interés superior de los hijos, el desarrollo de su personalidad, la seguridad social, los derechos y las obligaciones de los padres, entre otros. También se analizan los derechos de las personas en cuanto a su identidad sexual. Todo desde una perspectiva de los derechos humanos.

Esta obra es coordinada por integrantes del Cuerpo Académico Estudios Jurídicos, de la Facultad de Derecho de Enseñanza Abierta (SEA) de la Universidad Veracruzana, y es resultado del esfuerzo conjunto de académicos de esta Facultad, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, así como de la Universidad Autónoma de Chiapas, la Universidad Autónoma del Carmen y la Universidad de Salamanca, en España.

