



Curso de Derecho y Familia

○ ○ ○ ○ ○ ○ ○ ○ ○

Sofía del Carmen Treviño Fernández
Ana María Ibarra Olgún
Editoras



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

CURSO DE DERECHO Y FAMILIA

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- CONSUELO RAMÓN CHORNET**
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

CURSO DE DERECHO Y FAMILIA

SOFÍA DEL CARMEN TREVIÑO FERNÁNDEZ

ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN

Editoras



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2022

Copyright © 2022

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

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

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

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc

06100 Ciudad de México

Telf.: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

ISBN: 978-84-1147-338-5

MAQUETA: Innovatext

El cuidado y la corrección de los textos estuvo a cargo de la SCJN

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ
GUADALUPE BARRENA NÁJERA
ALMA BELTRÁN Y PUGA
KARLA CANTORAL DOMÍNGUEZ
PAULINE CAPDEVIELLE
LINA CÉSPEDES-BAEZ
DANIEL DELGADO ÁVILA
NICOLÁS ESPEJO YAKSIC
DALIA BERENICE FUENTES PÉREZ
DIANA BEATRIZ GONZÁLEZ CARVALLO
MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ
NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN
MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO
FREDY MÉNDEZ GARCÍA
DIANA MORA LÓPEZ
LUZ HELENA OROZCO Y VILLA
RICARDO A. ORTEGA SORIANO
GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES
MARÍA FERNANDA PINKUS AGUILAR
PAULA RAMÍREZ ESPAÑA BEGUERISSE
ISABEL LUCÍA RUBIO RUFINO
FERNANDO SOSA PASTRANA
SOFÍA DEL CARMEN TREVIÑO FERNÁNDEZ

Índice

Presentación.....	21
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

SOFÍA DEL CARMEN TREVIÑO FERNÁNDEZ
ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN

A. EL CANON Y LAS CRÍTICAS DEL DERECHO FAMILIAR.....	26
I. Los tratadistas y la aproximación social.....	27
II. El excepcionalismo.....	29
B. NUEVAS APROXIMACIONES AL DERECHO FAMILIAR.....	31
I. Los derechos humanos y la constitucionalización del derecho de familia.....	31
1. América Latina.....	32
2. Canadá.....	33
3. Reino Unido.....	34
II. Algunas alternativas.....	36
1. La aproximación relacional o el derecho de familia centrado en el cuidado.....	36
2. El derecho de familia como sistema de aseguramiento social....	37
III. El caos del derecho familiar	39
C. SOBRE ESTE CURSO.....	40

UNIDAD 1.

EL DERECHO DE FAMILIA EN LAS RELACIONES ENTRE ADULTOS

LAS UNIONES: MATRIMONIO Y CONCUBINATO

ISABEL LUCÍA RUBIO RUFINO
SOFÍA DEL CARMEN TREVIÑO FERNÁNDEZ

A. PRESENTACIÓN	47
B. INTRODUCCIÓN.....	48
C. EL MATRIMONIO ¿POR AMOR?: UN POCO DE HISTORIA	51
I. La regulación del matrimonio en México: “el único medio moral de fundar una familia”	53
1. La Reforma y la Ley del Matrimonio Civil	54
2. La Revolución y la Ley de Relaciones Familiares de 1917	59
3. Las reformas de las décadas de 1970 y 1990	60

II.	La protección de los derechos humanos. ¿Qué “naturaleza” y qué “fines” del matrimonio?	64
1.	El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿qué familia(s)?	65
III.	Aspectos relevantes sobre la regulación actual del matrimonio en México.....	69
1.	Requisitos para contraer matrimonio	70
a.	Matrimonio de personas menores de edad	70
2.	Impedimentos para contraer matrimonio.....	72
3.	Plazo para poder volver a contraer matrimonio.....	74
IV.	El matrimonio y los bienes	75
1.	Regímenes patrimoniales	75
2.	Temas especiales sobre matrimonio y bienes.....	78
a.	Bienes que integran la sociedad conyugal	78
b.	Robo entre cónyuges	79
c.	Donaciones relacionadas con el matrimonio	79
3.	El trabajo doméstico como aportación económica	80
D.	CONCUBINATO: EL “OTRO MEDIO” PARA FORMAR UNA FAMILIA	81
I.	¿Quién determina cuál es “la forma moral de fundar una familia”?..	82
II.	Requisitos para la configuración del concubinato en la regulación vigente	84
1.	Libre de impedimentos para contraer matrimonio.....	87
2.	Cohabitación constante y permanente	88
3.	Elementos del concubinato	89
III.	El concubinato y los bienes	90
E.	SOCIEDAD DE CONVIVENCIA	92
F.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	94

REGULACIÓN PATRIMONIAL DE LAS UNIONES AFECTIVAS EN MÉXICO Y SU DISOLUCIÓN

ALMA BELTRÁN Y PUGA

LINA CÉSPEDES-BAEZ

A.	INTRODUCCIÓN	99
B.	UN POCO DE HISTORIA.....	101
C.	EL DIVORCIO Y LA DESIGUALDAD ECONÓMICA.....	103
D.	TIPOS DE DIVORCIO EN MÉXICO	106
I.	El divorcio por mutuo acuerdo	106
II.	El divorcio judicial	107
III.	El divorcio unilateral o incausado	109
E.	¿QUÉ ESTÁ EN JUEGO EN EL DIVORCIO?.....	114
I.	Los bienes	115
II.	El cuidado y el trabajo doméstico	120
III.	Los alimentos y el ejercicio de la sexualidad.....	123
F.	CONCLUSIONES	125
G.	ANEXOS.....	127

ALIMENTOS Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA

LUZ HELENA OROZCO Y VILLA

A.	LOS ALIMENTOS Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: DOS FIGURAS DISTINTAS CON UN PUNTO DE TOQUE.....	135
B.	NORMATIVIDAD	137
I.	Los alimentos en las uniones familiares	137
1.	Fuente y sujetos de la obligación alimentaria en las uniones familiares	138
a.	Matrimonio.....	140
b.	Concubinato	143
c.	Sociedad de convivencia y pacto de solidaridad	145
d.	Uniones familiares de hecho distintas al concubinato	147
2.	Presunción de necesitar alimentos.....	150
3.	Cuantía y principio de proporcionalidad	151
a.	Necesidad del acreedor	152
b.	Capacidad del deudor	153
II.	La compensación económica en las uniones familiares.....	154
1.	¿Compensación, indemnización, división de beneficios netos obtenidos, repartición de bienes o gananciales?	155
IV.	La compensación económica en el concubinato	158
C.	ALGUNAS PREGUNTAS PENDIENTES PARA DISCUSIÓN.....	159
I.	Estado y familia: la privatización de la necesidad alimentaria y los cuidados.....	159
II.	La creciente equiparación entre uniones familiares: el escrutinio constitucional por estado marital, los costos para la diversidad de los arreglos familiares y el libre desarrollo de la personalidad	159
III.	Pensión compensatoria y compensación económica: ¿una excluye a la otra?.....	160
IV.	La interseccionalidad en materia de alimentos	161
D.	CUADROS DE REFERENCIAS	161

UNIDAD 2.**PARENTESCO Y FILIACIÓN****FILIACIÓN Y PARENTALIDAD**

SOFÍA DEL CARMEN TREVIÑO FERNÁNDEZ

FERNANDO SOSA PASTRANA

A.	INTRODUCCIÓN.....	169
B.	UN POCO DE CONTEXTO	170
C.	BREVE HISTORIA LEGISLATIVA DE LA FILIACIÓN EN MÉXICO ..	173
D.	PARENTESCO Y FILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN	175
I.	La filiación en la regulación actual	177
II.	El acta de nacimiento	178

III.	Sistema de presunciones	179
1.	Filiación materna	179
2.	Presunción marital o presunción de paternidad (filiación paterna)	180
IV.	El sistema de reconocimiento	182
1.	Reconocimiento por parte de personas menores de edad	183
2.	Reglas especiales sobre reconocimiento	183
3.	El acta de reconocimiento.....	185
V.	Investigación de paternidad.....	185
1.	Procedencia y legitimación	186
VI.	La posesión del estado de hijo.....	187
VII.	Extinción de la filiación.....	188
1.	Desconocimiento o impugnación de la presunción de paternidad	188
2.	Contradicción y anulación del reconocimiento	189
E.	EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL, ¿PADRE O MADRE ES QUIEN ENGENDRA O QUIEN CRÍA?	191
I.	El derecho a la identidad y la “verdad biológica”	192
II.	La doctrina sobre la “realidad social consolidada”	195
III.	Tecnologías reproductivas y voluntad procreacional	198
F.	¿CÓMO ROMPER LOS PARADIGMAS EXISTENTES SOBRE LAS RELACIONES PATERNO O MATERNO-FILIALES?	200
G.	PARA CONOCER MÁS SOBRE EL TEMA	202

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

KARLA CANTORAL DOMÍNGUEZ

A.	RESUMEN	205
B.	INTRODUCCIÓN.....	205
C.	PANORAMA GENERAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	206
D.	MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO.....	208
E.	ESTUDIO DOCTRINAL, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO.....	210
I.	Gestación por sustitución en Sinaloa	211
II.	Gestación por sustitución en Tabasco.....	212
1.	Primera etapa de la maternidad subrogada en Tabasco.....	212
2.	Segunda etapa de la gestación por sustitución en Tabasco	216
F.	ESTUDIO DE CASOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES SOBRE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CELEBRADOS EN EL SURESTE DE MÉXICO	219
I.	Caso de derecho a la identidad de persona menor de edad nacida por gestación por sustitución.....	219
II.	Caso de mujer mayor de 40 años de edad	221

G.	DERECHO A LA IDENTIDAD Y SUS IMPLICACIONES ANTE EL USO DE LAS TRA: PARENTESCO Y FILIACIÓN.....	222
I.	Negación a emitir registro de nacimiento a un niño nacido por gestación por sustitución.....	222
II.	Reconocimiento de la voluntad procreacional en el caso de un menor nacido por inseminación artificial heteróloga.....	223
H.	ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 Y AMPARO EN REVISIÓN 129/2019: ¿LA VÍA PARA LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?.....	225
I.	CONCLUSIONES	227
J.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	228

ADOPCIÓN

GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES

A.	RESUMEN	231
B.	BREVES ANTECEDENTES JURÍDICOS CRÍTICOS DE LA ADOPCIÓN EN MÉXICO. ESTUDIO DEMOGRÁFICO-JURÍDICO	231
I.	Conceptos básicos de la adopción: análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial	234
1.	Convención sobre los Derechos del Niño	235
2.	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: función en el proceso de adopción.....	237
3.	Lineamientos en materia de adopción del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.....	239
C.	INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN CASOS DE ADOPCIÓN: PROBLEMÁTICA	240
I.	Igualdad entre hijos adoptados e hijos biológicos.....	240
II.	¿La adopción entre parejas del mismo sexo es contraria a la conformación ideal de la familia?.....	240
III.	¿Se afecta el interés superior de la niñez cuando una ley especial o un código civil no restringe el acto de adopción a personas unidas por matrimonio?	242
D.	PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN	244
E.	PROBLEMÁTICA A PARTIR DE NUEVOS PARADIGMAS EN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DERECHO A LA IDENTIDAD.....	246
I.	Derecho a la identidad en la adopción	247
II.	Derecho a la identidad y adopción abierta	248
H.	CONCLUSIONES	249
I.	CUADROS DE REFERENCIAS	250

**UNIDAD 3.
BIOÉTICA, BIODERECHO Y FAMILIA**

BIOÉTICA, BIODERECHO Y FAMILIA

PAULINE CAPDEVIELLE

MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

A.	INTRODUCCIÓN.....	259
B.	BIOÉTICA Y BIODERECHO	260
C.	REPRODUCCIÓN Y FAMILIA	265
	I. El estatus moral de etapas tempranas del embrión humano	265
	II. El derecho al aborto	267
	III. La fecundación <i>in vitro</i>	270
	IV. La gestación subrogada.....	272
	V. Donación de gametos (óvulos y espermatozoides): implicaciones en materia de filiación.....	277
D.	FINAL DE LA VIDA.....	279
E.	CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS.....	283
F.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	284

**UNIDAD 4.
RESPONSABILIDAD PARENTAL**

**LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL SISTEMA
JURÍDICO MEXICANO**

NICOLÁS ESPEJO YAKSIC

DANIEL DELGADO ÁVILA

A.	RESUMEN	295
B.	¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD PARENTAL?	296
C.	DE LA PATRIA POTESTAD A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ...	297
D.	RESPONSABILIDAD PARENTAL, DERECHOS DE LOS PROGENITORES Y DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: UNA LECTURA DESDE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	299
E.	LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO	303
	I. La Constitución Política y la responsabilidad parental	303
	II. La responsabilidad como corresponsabilidad	306
	III. ¿Puede una persona diversa al progenitor ejercer la responsabilidad parental o patria potestad?.....	307
	IV. ¿Es la pérdida o suspensión de la patria potestad un castigo que se aplica al progenitor por el incumplimiento de sus responsabilidades?.....	308

V.	Hacia un test estricto para proceder a la privación o suspensión de la patria potestad	309
VI.	Corresponsabilidad, colaboración y responsabilidad parental	312
VII.	Derechos de niñas, niños y adolescentes y responsabilidad parental: conflictos y supremacía	314
F.	CONCLUSIÓN	316
G.	CUADRO DE REFERENCIAS	317

DEBATES SOBRE LA CUSTODIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO

ALMA BELTRÁN Y PUGA

A.	INTRODUCCIÓN.....	321
B.	DEBATES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA CUSTODIA PREFERENTE	324
C.	EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA: CRITERIO ORIENTADOR EN ASUNTOS DE GUARDA Y CUSTODIA.....	328
D.	DERECHO DE VISITAS EN CASOS DE SEPARACIÓN.....	331
E.	LÍMITES A LA CUSTODIA E INTERVENCIÓN ESTATAL	334
F.	CONCLUSIONES	337
G.	EJERCICIO.....	339
H.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	339

UNIDAD 5. ALIMENTOS

REGULACIÓN Y OPERACIÓN DEL RÉGIMEN DE ALIMENTOS QUE SE DEBEN A LOS DESCENDIENTES

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ

A.	PROBLEMÁTICA.....	355
B.	EL CONTEXTO SOCIAL EN EL QUE OPERAN LOS ALIMENTOS ...	356
C.	¿CÓMO REGULA EL DERECHO EL TEMA DE LOS ALIMENTOS?..	360
I.	¿Qué son los alimentos?.....	361
II.	¿Cómo se calculan los alimentos o la cuota alimentaria que necesita una persona menor de edad?.....	361
III.	¿Quiénes están obligados a dar alimentos a las personas menores de edad?	362
IV.	¿Cuándo nace la obligación de dar alimentos?	365
V.	¿Cuándo cesa o se suspende la obligación de dar alimentos?.....	366
VI.	¿Quiénes pueden reclamar judicialmente el pago de la cuota de alimentos?.....	367

VII.	¿Qué mecanismos ofrece el derecho para hacer efectivo el pago de los alimentos?	367
D.	LOS PROBLEMAS CON EL RÉGIMEN DE ALIMENTOS	368
E.	¿DE QUÉ OTRAS FORMAS SE PUEDE RESOLVER EL ASUNTO DE LOS ALIMENTOS?	373
F.	CONCLUSIONES	375
G.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	376

UNIDAD 6. CAPACIDAD JURÍDICA Y FAMILIA

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

GUADALUPE BARRENA NÁJERA

MARÍA FERNANDA PINKUS AGUILAR

A.	RESUMEN	381
B.	LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO	382
C.	CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.....	383
D.	CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD..	385
I.	Restricción a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad adultas	385
1.	Los códigos civiles y las leyes de familia vigentes en México	385
2.	Antecedentes históricos de la codificación civil.....	388
II.	Reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad	389
1.	El cambio de paradigma.....	389
2.	La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	390
3.	La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	392
E.	IMPLICACIONES DEL PLENO RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	394
I.	Antecedentes eugenésicos.....	395
II.	Derecho a contraer matrimonio	397
III.	Derechos sexuales y reproductivos	398
IV.	Principio de mantenimiento de las relaciones familiares	400
1.	Responsabilidad parental	400
2.	Adopción	405
F.	EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES.....	406
G.	CONCLUSIÓN Y EJERCICIO	407
H.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	408

UNIDAD 7. VIOLENCIA FAMILIAR

VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO

DALIA BERENICE FUENTES PÉREZ

A.	INTRODUCCIÓN.....	417
B.	VIOLENCIA FAMILIAR: UN PROBLEMA DE DESIGUALDAD ESTRUCTURAL.....	418
C.	RECONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES PARA ENTENDER SUS VIOLENCIAS.....	421
D.	MARCO REGULATORIO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR.....	426
E.	RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA VIOLENCIA FAMILIAR: EDAD Y GÉNERO	430
	I. Paradigmas de la violencia	430
	II. Elementos constitutivos de la violencia familiar desde la perspectiva de género	432
	1. Conducta de control, dominación o sometimiento	433
	2. Contexto subjetivo y objetivo.....	439
	3. Asimetría de poder	442
	a. La asimetría de poder y su relación con la edad y la identidad sexo-genérica.....	443
	b. Daño y consecuencias de la violencia familiar	447
F.	OBLIGACIONES DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN SITUACIONES DE VIOLENCIA FAMILIAR	448
G.	LOS RETOS PARA LA ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS	450

UNIDAD 8. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN

EL ACCESO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A LA JUSTICIA: PRINCIPIOS BÁSICOS RELACIONADOS CON EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

RICARDO A. ORTEGA SORIANO

DIANA MORA LÓPEZ

A.	RESUMEN	459
B.	INTRODUCCIÓN.....	460
C.	FICHERO DE CASOS	461
D.	MODELO DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA JUSTICIA.....	463
	I. El Estado frente a niños, niñas y adolescentes: de la situación irregular a la protección integral	463

1.	La situación irregular	464
2.	La protección integral.....	465
II.	El acceso a la justicia desde una visión de protección integral	467
E.	PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS CON EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO	468
I.	Elementos empíricos	468
II.	Obstáculos del acceso a la justicia	470
1.	Qué se debería hacer frente a estas características y condiciones .	473
III.	Principios que deberían orientar la intervención del Estado	475
1.	Proactividad	476
2.	Acciones <i>ex officio</i>	477
3.	Articulación entre autoridades.....	478
4.	Condiciones de accesibilidad	478
5.	Seguimiento hasta la restitución	479
F.	EL SISTEMA DE PROTECCIÓN EN MÉXICO	480
I.	Modelo de protección en la ley en México	482
1.	Sistemas de Protección Integral.....	484
2.	Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes ...	487
3.	Procedimiento de protección y restitución de derechos.....	487
4.	Representación jurídica	490
5.	El sistema de protección en México y el acceso a la justicia.....	491
G.	CONCLUSIONES	496
H.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	498

VIOLENCIA HACIA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS FAMILIARES

MÓNICA GONZÁLEZ CONTRÓ

A.	INTRODUCCIÓN.....	501
B.	LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL MODELO CONVENCIONAL/GARANTISTA.....	503
C.	REPRESENTACIONES SOCIALES SOBRE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA	508
D.	PROBLEMÁTICAS EN TORNO A LA VIOLENCIA HACIA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS FAMILIARES.....	511
I.	Dificultad en la definición de la violencia en contextos familiares: el maltrato infantil.....	511
II.	Dificultad en relación con la sujeción de niñas, niños y adolescentes a los deberes vinculados a la patria potestad	513
III.	Niñas, niños y adolescentes sin cuidados familiares.....	514
E.	MARCO JURÍDICO SOBRE EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA	515
I.	La reforma de 2021 en materia de prohibición del castigo corporal y humillante.....	521

F.	CONCLUSIONES: LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES FRENTE AL CASTIGO CORPORAL Y HUMILLANTE.....	525
----	---	-----

DERECHO A VIVIR EN FAMILIA. PÉRDIDA DEL CUIDADO FAMILIAR Y MEDIDAS DE CUIDADO ALTERNATIVO PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

PAULA RAMÍREZ ESPAÑA BEGUERISSE
FREDY MÉNDEZ GARCÍA

A.	PRESENTACIÓN	529
B.	INTRODUCCIÓN AL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y LA PÉRDIDA DEL CUIDADO FAMILIAR.....	530
C.	CONTEXTO ACTUAL DEL SISTEMA DE CUIDADOS ALTERNATIVOS EN MÉXICO.....	533
D.	NORMATIVIDAD DEL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y LA PÉRDIDA DEL CUIDADO FAMILIAR	538
I.	Normativa internacional.....	539
1.	Convención sobre los Derechos del Niño	539
2.	Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños	539
II.	Normatividad nacional	543
1.	Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes	543
III.	Normatividad local	548
E.	ÁREAS DE ESPECIAL ATENCIÓN PARA AVANZAR EN LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE CUIDADOS ALTERNATIVOS EN MÉXICO	548
F.	CONCLUSIONES	550
G.	EJERCICIOS.....	553
H.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	554

UNIDAD 9.

TEMAS SELECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL FAMILIAR

SUSTRACCIÓN Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN

A.	PRESENTACIÓN	561
B.	INTRODUCCIÓN	562
C.	SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA.....	564
D.	ADOPCIÓN INTERNACIONAL: MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA	575

E.	A MODO DE CIERRE.....	587
F.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	588

**UNIDAD 10.
REDISTRIBUYENDO RIESGOS, CUIDADOS
Y RIQUEZAS**

**INTRODUCCIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL
Y POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE FAMILIA**

DIANA BEATRIZ GONZÁLEZ CARVALLO

A.	EL PANORAMA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO VISTO EN CLAVE DE VÍNCULOS FAMILIARES.....	599
B.	SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA: ALGUNOS DATOS	603
C.	NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA	608
I.	Esquema contributivo de aseguramiento	608
1.	Instituto Mexicano del Seguro Social.....	608
2.	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado	613
3.	Seguro Social para Trabajadores de las Fuerzas Armadas	615
II.	Esquema no contributivo de aseguramiento	616
III.	La normatividad internacional sobre el derecho humano a la seguridad social y la familia	618
D.	LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA.....	623
I.	Pensiones de viudez en el concubinato	625
II.	Pensión por viudez en el matrimonio	628
III.	Pensiones por ascendencia y orfandad.....	630
IV.	Guarderías	632
E.	ALGUNOS TEMAS PENDIENTES EN LA AGENDA SOBRE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS Y CUIDADOS EN EL SISTEMA DE ASEGURAMIENTO SOCIAL: PENSIONES, FAMILIAS QUE SÍ Y FAMILIAS QUE NO Y GUARDERÍAS	634
I.	Matrimonios y concubinatos que sí; matrimonios y concubinatos que no.....	636
II.	Guarderías, ¿cuidado privado sin estructura pública?	640
III.	Las pensiones y las cuestiones de género	641
F.	CUADROS DE REFERENCIAS.....	645
	Autoras y autores	655

Presentación

A pesar de la extensa doctrina constitucional en materia de familia que ha impulsado la Corte mexicana en la última década, la investigación y la enseñanza del Derecho no han tenido un desarrollo comparable. En las escuelas de Derecho el curso de familia no lo imparten especialistas o investigadores en la materia, si es que se ofrece como una asignatura independiente. Los programas de estudio están desactualizados. Los libros de familia que encontramos en librerías y universidades hacen una revisión descriptiva de los códigos civiles. Si las hay, se hacen referencias aisladas a tesis de jurisprudencia, sin contexto y sin aludir a los problemas que les dieron pie o al desarrollo jurisprudencial más amplio.

Asimismo, la discusión doctrinaria parte de paradigmas civilistas que resultan estériles en la actualidad, como son los antecedentes históricos de la “familia”, con referencias del derecho romano innecesarias o descontextualizadas, referencias a la “naturaleza jurídica” de las instituciones, entre otras. Todas estas perspectivas refuerzan el esencialismo y el excepcionalismo del derecho familiar. Lo anterior es sorprendente si consideramos las transformaciones sociales y demográficas que ha atravesado nuestro país en los últimos años.

Ante tal escenario, la Suprema Corte ha jugado un papel verdaderamente disruptivo. Con su jurisprudencia, la Corte ha sentado las bases de un nuevo derecho de familia cimentado en estándares de derechos humanos, que rechaza formalismos arcaicos para entender las dinámicas familiares como una realidad social. De manera paralela, el Centro de Estudios Constitucionales ha contribuido a posicionar esa rama del derecho como un área indispensable para el respeto de los derechos humanos y a generar una discusión más sofisticada sobre el tema, ya sea mediante la compilación y sistematización de los criterios de la Corte en los cuadernos de jurisprudencia, o con la publicación de textos inéditos en la materia.

Curso de derecho y familia está diseñado para acercar a las y los estudiantes a los problemas jurídicos de vanguardia en el derecho familiar. Por un lado, desarrolla sus temas principales con perspectiva empírica y enfoque argumentativo, especialmente relevante en la materia, y con una aplicación transversal del derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, introduce nuevas discusiones en el centro del derecho y la familia que sencillamente no es posible encontrar en otros trabajos. Los sistemas de protección de la infancia,

la relación entre el derecho de familia y la bioética y el impacto del derecho de la seguridad social en las dinámicas familiares son algunos de los temas que se abordan de forma innovadora en esta obra. Finalmente, el libro pone en manos de estudiantes y profesores las herramientas para un ejercicio profesional efectivo y para profundizar en las discusiones académicas sobre el derecho y la familia.

Para lograr este objetivo, convocamos a especialistas en áreas como derechos de la infancia, derecho a la igualdad y perspectiva de género, discriminación, derechos de las personas con discapacidad, entre otros, para reconfigurar la manera en la que se enseña el derecho de familia en México. En su conjunto, los textos conforman una especie de manual de derecho familiar, el cual está dirigido principalmente a estudiantes de licenciatura, pues reúne la normativa de cada temática del derecho familiar con la jurisprudencia y la literatura especializada más relevante. Dada la novedad de su enfoque, el libro también resultará útil para programas de formación y actualización de juezas, jueces y operadores judiciales y, además, podría servir como base para reestructurar la manera en la que se enseñan otras materias de la carrera de Derecho, tales como el derecho laboral, el derecho civil en general o el derecho penal.

En suma, esta obra es una contribución única al desarrollo del derecho familiar, y un paso indispensable para reformar su enseñanza en México. Con esta publicación, sentamos los cimientos de una nueva formación en la materia: una justicia familiar más moderna, interdisciplinaria y sensible a la realidad social, en la que todos los modelos de familia importan y merecen la misma protección constitucional.

Ministro Arturo Zaldívar

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Introducción

Sofía del Carmen Treviño Fernández
Ana María Ibarra Olguín

SUMARIO: A. EL CANON Y LAS CRÍTICAS DEL DERECHO FAMILIAR; I. Los tratadistas y la aproximación social; II. El excepcionalismo; B. NUEVAS APROXIMACIONES AL DERECHO FAMILIAR; I. Los derechos humanos y la constitucionalización del derecho de familia; 1. América Latina; 2. Canadá; 3. Reino Unido; II. Algunas alternativas; 1. La aproximación relacional o el derecho de familia centrado en el cuidado; 2. El derecho de familia como sistema de aseguramiento social; III. El caos del derecho familiar; C. SOBRE ESTE CURSO.

La mayoría de los libros sobre derecho de familia en México empiezan de la misma manera. Buscan definir “el concepto de familia”, hablan de la “naturaleza” del derecho familiar y de las “instituciones” que la conforman —como si hubiera algo que es el derecho de familia o la familia, independiente de las reglas y entendimientos que tenemos las abogadas y los abogados sobre esta área del derecho—. Hay un interés particular en definir qué tipo de derecho es. Si se trata de derecho público o privado; si forma parte del derecho civil o no; si en realidad es un derecho social o, incluso, si constituye algo especial o excepcional a otras ramas del derecho. Un problema con las preguntas tradicionales del derecho de familia es que pocas veces nos ayudan a resolver las dudas que tenemos sobre la regulación en estudio.

En general, al hablar del derecho de familia nos referimos a la rama del derecho que regula la creación y disolución de las relaciones jurídicas familiares y que determina los derechos y responsabilidades derivados de la *situación* familiar. Esto significa que el derecho de familia decide quién cuenta como miembro legal de la familia y quién no, cómo se inician y terminan las relaciones jurídicas familiares, y qué significa ser un miembro de la familia.¹ Esta definición en principio suena sencilla. Claro que el derecho de familia tiene algo que ver con “la familia”, pero definir lo que es la familia (o las familias) tiene

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

implicaciones tanto descriptivas como normativas, también prescribe lo que debe ser. Cuando el derecho dice “esto es familia y esto no”, impacta en lo que entendemos en nuestras relaciones sociales.² Cuando en nuestras relaciones sociales identificamos algo como familia, ¿deberíamos cambiar las reglas legales que gobiernan este tipo de relaciones?

Resulta que aunque el concepto jurídico de “familia” juega un papel fundamental en cómo se distribuyen recursos y beneficios sociales, la definición de familia no es uniforme en las distintas ramas del derecho. Incluso, se trata de un concepto legal *fragmentado*.³ Hay múltiples contradicciones y lagunas en el uso que el derecho le da el concepto de familia y esta manera irregular de incorporación tiene implicaciones distributivas graves.

Algunos han concluido que, en realidad, el derecho de familia es un ámbito de estudio arbitrario.⁴ Si realmente tomáramos a la familia como punto de partida, y consideráramos todas las áreas del derecho relevantes para ésta, deberíamos incluir mucho de lo que actualmente no se estima que sea parte del tema. Tendríamos que incluir los sistemas de seguridad social y de asistencia social, el régimen fiscal y el mercado laboral. También habría que considerar la relación con la regulación del sector educativo o los sistemas de salud pública o privada. Todos estos ámbitos son relevantes porque las relaciones familiares funcionan como mecanismo de distribución de beneficios y cargas sociales mediante el reconocimiento de derechos o a través de programas sociales y políticas públicas.

Pero, para bien o para mal, el derecho de familia no se ha interpretado de forma tan amplia. En lugar de eso, se ha centrado principalmente en la determinación del estatus de las personas, ¿quién es padre o madre?, ¿quién es hijo o hija?, ¿quién es esposa o esposo?, ¿quién es concubino o concubina? Entonces, el derecho de familia se ocupa, sobre todo, de los medios que asignan el estatus familiar, como el matrimonio, la paternidad y la con-

2 Para Francis E. Olsen, “(e)l Estado define a la familia y determina los roles dentro de la familia; no tiene sentido hablar de intervención o no intervención, porque el Estado constantemente define y redefine la familia y ajusta y reajusta los roles familiares” (Traducción propia), Olsen, F. E., “the myth of state intervention in the family”, *Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, núm. 835, 1985, p. 842.

3 Para Jaramillo y Alviar se trata de un concepto fragmentado por la forma irregular en que la familia como concepto jurídico aterriza en el ámbito de diversos campos del derecho, en diferentes momentos y con diferentes énfasis. Véase Jaramillo Sierra, Isabel Cristina; Alviar, Helena, “‘Family’ as a legal concept”, *Revista CS*, núm. 15, enero-abril, 2015, pp. 92-109.

4 Véase Dewar, John y Parker, Stephen, *Law and the Family*, 2.a ed., Butterworths, 1992.

vivencia, y de los medios por los que ese estatus puede alterarse, como el divorcio o la separación de los hijos de los padres. Más recientemente, se ha ocupado también del problema de la violencia por parte de miembros de la familia y sus efectos sobre el estatus familiar. Sin embargo, incluso cuando delimitamos de esta manera el estudio del derecho de familia, persisten desacuerdos sobre qué tipos de relaciones deben ser reconocidas, así como qué derechos, beneficios y obligaciones surgen de ese reconocimiento.

Para la determinación del estatus legal que permite la asignación de derechos y obligaciones, las reglas de los códigos civiles —y los tratados de derecho civil o familiar— han partido de lo que se conoce como el “modelo tradicional de familia”. Esa familia estaría integrada por una mujer y un hombre, que tienen relaciones sexuales dentro del matrimonio y, como consecuencia, tienen hijos producto del embarazo de la mujer. Este modelo contrasta (a veces mucho y a veces poco) con la manera en la que las personas efectivamente organizan su vidas: las formas como se conocen, se involucran, tienen hijos, se separan, se reconcilian, etc.

Hoy el matrimonio es menos importante como forma de organización de las relaciones familiares. Ha aumentado la cohabitación y muchos niños nacen fuera de la estructura matrimonial. Además, las tecnologías reproductivas han puesto en duda las definiciones tradicionales de paternidad y maternidad. La vida familiar se consideraba estructurada en torno a roles de género claramente definidos: el marido como sostén de la familia, la mujer como ama de casa; el padre como disciplinador y responsable de las decisiones; la madre como cuidadora. Uno de los desarrollos más significativos del siglo XX fue la búsqueda del desmantelamiento de estos roles, o al menos un desmantelamiento parcial. Éstas y otras transformaciones que se comentarán en este curso han llevado a cuestionar el modelo de familia que pretenden regular los códigos y leyes del derecho familiar tanto en la academia como en la actividad judicial.

En México, estos cambios han llevado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sostener que lo que la Constitución protege es a la familia como “realidad social” —al menos en los casos que abordan problemas tradicionales del derecho de familia—. ⁵ El problema yace en determinar qué es entonces la familia como realidad social. Ni los sociólogos se ponen de acuerdo. No es muy claro si hablamos de hogares o de vínculos genéticos o

5 Sobre este tema ver el capítulo de Diana Beatriz González Carballo en este libro, así como los cuadernos jurisprudencia sobre derecho a la seguridad social y familia.

de relaciones de apoyo mutuo o de dependencia económica. Abandonar el modelo tradicional de los códigos civiles y los tratados de derecho familiar con los que estudiaron prácticante todas las generaciones de abogados y abogadas presenta retos importantes para el diseño legislativo, el desarrollo jurisprudencial y la dogmática del derecho familiar.

Si tenemos que proteger, regular y reconocer legalmente a las familias como “realidad social”, ¿qué características deben tener las relaciones entre personas para considerarlas familia?, esas características, ¿deben presentarse en todas las relaciones familiares?, ¿depende de si se trata de relaciones entre adultos o si están involucrados niños y niñas?, ¿qué impacto tiene reconocer a sólo a algunas de éstas?

Supongamos que podemos identificar esas características (la Corte a veces habla de solidaridad, ayuda mutua, permanencia, etc.), ¿deberíamos expandir el reconocimiento legal a todas las relaciones personales que tengan esas características con independencia de procedimientos formales como el matrimonio o la adopción?, ¿qué tanto deberíamos expandir las categorías legales para incluir más tipos de relaciones?, ¿cualquier persona podría tener el estatus de familia legal si así lo quiere? o ¿deberíamos poner requerimientos para el reconocimiento?, ¿cuáles?, ¿quién y cómo puede verificar el cumplimiento de esos requisitos?⁶ En este capítulo introductorio presentaremos muy brevemente algunas aproximaciones al derecho familiar que pretenden dar respuesta a estas preguntas o que incluso critican la manera en la que se han formulado las preguntas básicas del derecho familiar.

A. EL CANON Y LAS CRÍTICAS DEL DERECHO FAMILIAR

Una manera de identificar lo que es el derecho de familia es retomar la idea de *canon*. Por *canon*, autoras como Jill Hasday se refieren a las narrativas mediante las cuales operadores, abogados, jueces y profesores se acercan a la materia y definen cuáles son los textos fundacionales (leyes,

6 Incluso hay quienes sostienen que si el modelo de familia tradicional deja de desempeñar un papel importante en la ordenación de la vida íntima puede perderse una forma importante de conformar y expresar un conjunto de valores. Hay quienes afirman (y han afirmado en múltiples momentos) que en realidad la familia, y, por tanto, el derecho de familia, está en crisis. Vease, por ejemplo, Sánchez Medel, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia en México*, Segunda Edición, 1991.

sentencias y libros) que guían y dan sentido a su actuación.⁷ Para que un argumento sobre derecho familiar sea convincente en un juicio o en un proceso de mediación familiar, deberá partir del canon.

En México y en otros países de América Latina, el canon del derecho de familia se construyó no sólo a partir de los códigos civiles, sino por medio de los tratados de derecho civil o familiar⁸ que pretendieron darles sentido. Estos libros, o trabajos doctrinarios,⁹ eran —y en muchos casos siguen siendo— la herramienta principal de enseñanza del derecho civil y familiar. A continuación presentaremos algunas nociones que conforman el canon de derecho familiar para, después de eso, analizar por qué son problemáticos y poco útiles para entender las discusiones actuales del derecho familiar.

I. Los tratadistas y la aproximación social

Los libros de derecho familiar parten de lo que Isabel Cristina Jaramillo llama la aproximación social al derecho de familia.¹⁰ En esos tratados hay ciertos presupuestos epistemológicos y normativos que subyacen en las doctrinas sobre el matrimonio y el derecho de las relaciones paterno-filiales. De acuerdo con la postura de Jaramillo, si bien todos los países latinoamericanos adoptaron códigos civiles entre 1825 y 1928, los tratados de derecho civil fueron los que les dieron sentido y constituyeron la base para el desarrollo de teorías que permitieron enseñar derecho familiar. Estos libros, aunque escritos por diferentes autores, usan la misma estructura, capitulado

7 Hasday, Jill Elaine, *Family Law Reimagined*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

8 Isabel Cristina Jaramillo retoma el trabajo de Diego López Medina en *teoría impura del derecho* (2004) para distinguir entre los comentarios a los códigos civiles que se escribieron en clave exegética en los últimos años del siglo XIX, y los tratados propiamente dichos que plasmaron las ideas de los pandectistas alemanes sobre el pensamiento jurídico y la erudición. Este segundo tipo de tratados comenzó a proliferar en la región en la década de 1920 y sigue siendo la principal herramienta de enseñanza. Véase Jaramillo, Isabel, “The social approach to family law: conclusions from the canonical family law treatises of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVIII, núm. 4, pp. 845.

9 En general nos referimos al trabajo de autores como Rafael Rojina Villegas, Ignacio Galindo Garfias, Alfredo Domínguez Martínez, etc., así como a libros posteriores que retomaron su trabajo.

10 Toda la discusión sobre la aproximación social se toma de Jaramillo, Isabel, “The social approach to family law: conclusions from the canonical family law treatises of Latin America”, *op cit.*

y algrafía para definir las “instituciones” o conceptos básicos del derecho familiar.

Siguiendo a Alejandro Madrazo, Jaramillo describe la importancia de la teología católica para toda la construcción doctrinaria de los tratadistas, desde el catolicismo durante la colonia española y la influencia de la escolástica tardía de la Escuela de Salamanca, hasta el conceptualismo alemán. La mayoría de estos textos parten de ciertas definiciones que pretenden tener consistencia lógica y correspondencia con los fines naturales de las cosas, las personas y las acciones. Por eso hablamos de la “naturaleza” del contrato de compraventa o de la “escencia” o “fines” del matrimonio cuando se supone que estamos describiendo textos legales. A pesar de que mucha de la filosofía que le dio sentido a estas construcciones fue abandonada hace mucho tiempo, el método continuó en la formulación de la dogmática legal.¹¹

Dos de los presupuestos básicos de la aproximación social que detalla Jaramillo son particulares al derecho de familia: la identificación de la familia como un hecho social y la idea de la solidaridad o interdependencia en las relaciones familiares como base para la construcción e interpretación legal. Considerar que la familia es un hecho social identificable justifica la necesidad de los tratadistas de definirla o de hablar sobre su evolución en relación con los cambios del derecho familiar. También explica el interés de clasificar el derecho de familia fuera del derecho civil como algo autónomo, diferente o excepcional. Por otro lado, si las relaciones familiares son relaciones de interdependencia, por medio del derecho podemos resolver los conflictos que deriven de ellas y exigir que se cumpla con esa solidaridad.

Para Jaramillo estos presupuestos acarrearán ciertos problemas. Por un lado, si nos distanciamos del modelo tradicional de familia, como dijimos, es difícil ponernos de acuerdo en qué es una familia. De hecho, una mirada a estudios sociales e históricos de la familia indicaría que la manera en la que convivimos y cooperamos en el uso de recursos en lo que hoy vemos como familia es más bien el resultado de procesos sociales y económicos contingentes y no una necesidad natural. Por el otro lado, debido a su vaguedad, la idea de solidaridad tampoco da mucha luz sobre cómo deben interpretarse las normas legales. Dado que ambas ideas (la familia como hecho social y

11 Sobre el tema, véase Madrazo Lajous, Alejandro, *Revelación y creación. Los fundamentos teológicos de la dogmática jurídica*, Fondo de Cultura Económica, 2016, y James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1993.

la solidaridad familiar) son tan difusas, se prestan para argumentar en un sentido o en el contrario. Para Jaramillo, generan un problema de “inde-terminación, manipulación y reificación (o cosificación)” en el derecho de familia.

También en esta línea, tanto Jaramillo como otros autores han señalado que el canon del derecho familiar, con los presupuestos descritos, tiene otros efectos negativos. Muchos tienen que ver con considerar que el derecho de familia es algo diferente, independiente o “excepcional” a otras áreas del derecho. Abundaremos un poco más en ésta crítica al derecho familiar.

II. *El excepcionalismo*

A partir de la reconstrucción del derecho que realizaron juristas alema-nes en el siglo XIX, muchos tratadistas, explícita o implícitamente, cate-gorizaron el derecho de familia como una rama distinta, excepcional del derecho y separaron el ámbito familiar (privado) del productivo (público). La crítica al “excepcionalismo del derecho de familia”¹² cuestiona ese retra-to de la familia como un orden natural y social,¹³ y su regulación como un conjunto de normas coherentes del ámbito privado, desfasada del mercado, de las políticas sociales, del trabajo y del empleo. De acuerdo con Beltrán y Puga,¹⁴ algunas consecuencias del excepcionalismo son que

- 1) Se ha separado el derecho de familia del estudio de otras ramas del derecho implicadas, como la seguridad social y la laboral.

12 Véase Halley, Janet y Rittich, Kerry, “Critical directions in comparative family law: genealogies and contemporary studies of family law exceptionalism”, 58 *Am. J. Comp. L.*, 753, 2010, y Halley, Janet “What is family law? A genealogy part I”, 23 *Yale J.L. & Human*, 1, 2011.

13 Como relata Beltrán, los tratadistas civilistas y juristas mexicanos definen a la familia como la célula básica de la sociedad, constituida por un grupo natural para la repro-ducción humana. Véase Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, México, Porrúa, 2010, t. I; Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *Derecho de familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990; Sánchez Cordero, Olga, “Persona, derecho y familia: fundamentos del derecho de familia”, participación de la ministra Sánchez Cordero en el Congreso Internacional “La familia hoy: derechos y deberes”, 2003.

14 Véase Beltrán y Puga, Alma, “La laicidad y el excepcionalismo del derecho de familia en México: un apunte histórico”, en Capdevielle, Pauline, Medina, María (coord.), *Bioéti-ca Laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

- 2) Se ha privilegiado a la pareja heterosexual casada frente a otros arreglos familiares.
- 3) La idea de derechos y obligaciones familiares ha debilitado otras posibles aproximaciones a la complejidad familiar y a los conflictos entre padres, madres e hijos.

Particularmente, el excepcionalismo basado en la idea de un orden natural y social de la familia no ha permitido que se realice un análisis distributivo de las normas de familia que implican y que se conjugan con factores de clase, raza, género y condición social. Las reglas y entendimientos sobre el derecho familiar han favorecido ciertos arreglos familiares frente a otros y a ciertos miembros de la familia frente a otros. Como se verá en el desarrollo del curso, existe un interés creciente en modificar los entendimientos que han puesto a las mujeres, personas con discapacidad, niñas, niños y adolescentes en posiciones de subordinación dentro y con motivo de la estructura familiar.

No es sorprendente, entonces, que muchas de las críticas al derecho familiar y a la familia han venido desde el feminismo.¹⁵ Una de las razones principales de la desigualdad estructural por razones de género es, precisamente, la delegación o conscripción de la mujer a “lo doméstico”, a la crianza y cuidado de los hijos, a las labores del hogar. A esto se le ha llamado la división sexual del trabajo. Se reconoce que la familia es, por excelencia, la institución social que reproduce el sexismo anclado en un vínculo entre lo biológico y lo social. Sin embargo, persisten tensiones sobre la mejor manera de abordar los problemas relacionados con el derecho de familia y las dinámicas de género.¹⁶

Por un lado, están las posturas liberales que ponen en el centro de la discusión la autonomía de las personas y la eliminación del reforzamiento legal de los estereotipos y roles de género. Por otra parte, algunas aproxi-

15 Destaca, por ejemplo, Albertson Fineman, Martha, *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995.

16 Particularmente, las críticas al derecho de familia desde concepciones feministas proponen diagnósticos y soluciones diferentes a los problemas derivados de la conceptualización de la familia como orden natural, su rol social y la forma en las que el derecho se involucra en la opresión de mujeres desde la familia. Véase, por ejemplo, Bartlett, Katharine T., “Feminism and family law”, *Family Law Quarterly*, vol. 33, núm. 3, 1999, pp. 475-500; Jaramillo, Isabel Cristina, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáez (eds.), *La mirada de los jueces*, t. I, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 267-61.

maciones destacan el valor del cuidado o que ponen el énfasis en las estructuras sociales que producen la subordinación de las mujeres fuera y dentro del entorno familiar.¹⁷ Un punto de consenso entre ambas perspectivas es el reconocimiento de que ciertos tipos de daños afectan de manera desproporcionada a las mujeres y personas de la diversidad sexual. Esos daños son el producto de idealizar a la familia como un refugio perteneciente al ámbito privado que se encuentra fuera del escrutinio estatal.

Aunque muchos problemas permanecen, los cambios sociales mencionados al inicio y algunas de estas críticas al derecho familiar han contribuido a modificar las normas de los códigos civiles, así como a reconfigurar las maneras como nos acercamos al derecho familiar. Como se verá en el desarrollo de este libro, en México las (insuficientes) reformas legislativas de los últimos 50 años y los cambios jurisprudenciales (que han venido supliendo esas deficiencias) han, en ciertos aspectos, roto las bases del canon tradicional. A continuación, presentaremos algunas propuestas que se han dado para llenar los vacíos y analizar esos cambios.

B. NUEVAS APROXIMACIONES AL DERECHO FAMILIAR

I. *Los derechos humanos y la constitucionalización del derecho de familia*

En las últimas dos décadas ha aumentado enormemente el uso del discurso de los derechos humanos en los debates sociales y jurídicos sobre la regulación de la vida familiar.¹⁸ La idea general es que, en los lugares en los que el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos son relevantes para el derecho de familia, éste se ha alejado de las normas tradicionales en favor de consideraciones de igualdad y autonomía. Estos cambios incluyen el abandono judicial o modificación legislativa de códigos civiles o leyes con base en consideraciones de igualdad de género, derechos LGBTI+ y derechos de la infancia. En adelante veremos algunas formas de recepción o análisis de esos cambios.

17 Cfr. West, Robin “Introduction”, en West, Robin y Grant Bowman, Cynthia (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, 2019.

18 Especialmente en Reino Unido, Australia y Europa continental, bajo la influencia de los tratados y organismos de derechos humanos. Véase Wallbank, Julie et al. (eds.), *Rights, gender and family law*, 2010.

1. América Latina

Ante la creciente importancia de los cambios judiciales en el derecho de familia en América Latina, en la región ha surgido un incipiente cuerpo de trabajo académico sobre la “constitucionalización del derecho de familia”.¹⁹ En el marco de lo que algunos llaman el nuevo constitucionalismo,²⁰ la “constitucionalización” es el proceso de transformación de un cuerpo legal que lo deja completamente “impregnado” de normas constitucionales.²¹ Este proceso se manifiesta en tres formas. En primer lugar, en el reconocimiento de la primacía constitucional sobre los códigos decimonónicos; en segundo lugar, en el amplio ámbito de aplicación de los derechos humanos, tanto por estar llamados a regir con eficacia horizontal como por su marcada y extendida internacionalización, y, finalmente, en la posibilidad de hacer valer estos derechos ante los tribunales.²²

En relación con el derecho de familia, algunos han destacado la progresiva clarificación de las nociones implícitas en las normas constitucionales relativas a la vida familiar, así como la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se ha dado

-
- 19 Espejo Yaksic, Nicolás, “La constitucionalización del derecho familiar”, en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, 2019; Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola, “Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America”, en Choudhry, Shazia y Herring, Jonathan (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Family Law*, 2019; Herrera, Marisa, “Constitucionalización/concencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino”, en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, 2019; Saez, Macarena, “Transforming family law through same-sex marriage: lessons from (and to) the western world”, 25, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, 125, 2014.
- 20 Hailbronner, Michaela, “Transformative constitutionalism: not only in the global south”, 65 *Am. J. Comp. L.*, 527, 2017; Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, 2013; Vilhena, Oscar et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, 2013; von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, 2017; Klare, Karl E., “Legal culture and transformative constitutionalism”, 14 *S. Afr. J. Hum. Rts.*, 146, 1998.
- 21 Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell Sánchez, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2009.
- 22 Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Codificación y constitucionalización del derecho civil”, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, Presente y Futuro de la Codificación*, 2005; Lathrop, Fabiola, *Constitucionalización y jurisprudencia*.

rango constitucional.²³ Estos textos, de los que hemos participado,²⁴ han estudiado el desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema, tanto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los tribunales nacionales. En general, esta evolución se considera un cambio positivo en el derecho de familia en cuatro áreas específicas: la igualdad de género; la orientación sexual y el matrimonio; la identidad de género, y los derechos de los niños dentro de las relaciones familiares.²⁵

Los trabajos sobre la constitucionalización, por un lado, pretenden describir el fenómeno de cambio en el derecho de familia a partir de nociones del derecho constitucional y de los derechos humanos, principalmente por medio de decisiones judiciales. Por el otro, consideran como positivos estos cambios pues en general parecen alinearse con los nuevos entendimientos de la vida familiar. Los derechos humanos servirían entonces como nuevo fundamento del derecho de familia, lo que permitiría abandonar viejas concepciones.

Ahora bien, aunque este fenómeno parece ser más importante en países como México, no es exclusivo de estos. La incorporación de legislación en materia de derechos humanos, como la *Charter of Human Rights and Freedoms* en Canadá o la *Human Rights Act* y the *Children's Rights Act* en el Reino Unido, junto con la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros organismos internacionales de derechos humanos, contribuyeron al aumento del discurso de los derechos humanos en los debates sobre el derecho de familia en otras partes del mundo.

2. Canadá

En Canadá, Alison Harvison Young ha descrito la importancia de la Carta de Derechos Humanos y Libertades para aumentar el perfil del derecho de familia, muchas veces considerado como una área del derecho poco relevante para el debate jurídico. El uso de los derechos previstos en ese documento desempeñó un papel “crucial y profundo” en el cambio directo de ciertos aspectos de la ley canadiense, como la definición de la familia. Harvison Young considera que antes de la creciente cultura de los derechos,

23 Véase Esborraz, David Fabio, “El concepto constitucional de familia en América Latina: Tendencias y proyecciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1555, 2015.

24 Véase Ibarra, Ana y Treviño, Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra, Ana y Espejo, Nicolás (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

25 Espejo Yaksic, Nicolás, “La constitucionalización del derecho familiar”, *op cit.*, p. 9.

el derecho de familia se consideraba un asunto privado sin “importancia nacional”, por lo que no merecía ser revisado por el Tribunal Supremo de Canadá. Tras la entrada en vigor de la Carta en 1982, en un contexto de creciente conciencia de derechos y preocupación por la igualdad de la mujer, el derecho de familia se convirtió en una parte importante del trabajo de ese Tribunal.

En Canadá se hace hincapié en cómo el derecho de los derechos humanos legitimó el papel de los tribunales en la transformación del derecho familiar. En su análisis de los tribunales canadienses, Harvison Young considera que los jueces empezaron a ir más allá de la interpretación de la ley y se involucraron en consideraciones de política pública sobre la familia, incluso cuando había cierta duda sobre la aplicación de un simple “análisis de derechos” a la vida familiar. La autora concluye que el tribunal se convirtió en un actor central en la formación y el desarrollo del derecho y la política de familia debido a la influencia del derecho de los derechos humanos. Califica este fenómeno como un desarrollo positivo, en general.²⁶

3. Reino Unido

Por otra parte, en la vasta literatura sobre el derecho de familia del Reino Unido y Europa hay un interés muy claro en analizar el impacto de las normas de derechos humanos en el derecho familiar. Algunos académicos han estudiado cómo la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha exigido que el derecho de familia trate con mayor claridad los derechos recíprocos entre los miembros de la familia.²⁷ Además, han anali-

26 Harvison Young, Alison, “The changing family, rights discourse and the Supreme Court of Canada”, *Can. B. Rev.*, 749, 2001; Chipeur, Gerald, “family ties: individual and family rights under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, *U. N.B. L.J.*, 215, 2003; Lessard, Hester, “liberty rights, the family and constitutional policies”, *Rev. Const. Stud.*, 213, 2002.

27 Coudhry, Shazia y Herring, Jonathan, *European Human Rights and Family Law*, 2010; Douglas, Gillian, “The family and the state under the European Convention on Human Rights”, *Int’l J.L. & Fam.*, 76, 1988; Harris-Short, Sonia, “Family Law and the Human Rights Act 1998: judicial restraint or revolution”, *Child. Fam. L. Q.*, 329, 329, 2005; Herring, Jonathan, “Forging a relational approach: best interests or human rights”, *Med. L. Int’l*, 32, 2013; Laquer Estin, Ann, “Family law, pluralism, and human rights”, *Emory Int’l L. Rev.*, 811, 2011; Sloth-Nielsen, Julia y van Heerden, Belinda, “The ‘constitutional family’: developments in South African Child and Family Law 2003-2013”, *Int’l J.L. Pol’y & Fam.*, 100, 2014; Zupan, Mirela, “The family concept in eu-

zado qué sucede cuando los derechos humanos chocan con otros principios relevantes, como el bienestar, el cuidado, la justicia y la autonomía.

Este trabajo ha sido más crítico. Según Helen Rhoades, en Reino Unido la influencia de la *Human Rights Act* en el derecho de familia se ha visto afectada por la interpretación de las demandas por parte de los tribunales. A los ingleses les preocupa la discrecionalidad judicial, pues los derechos humanos y los valores que los sustentan dan un “considerable margen de maniobra de los jueces para dar forma a su significado para las familias subestimando o sobreinterpretando sus intenciones de protección”.²⁸

La atención se centra, principalmente, en los peligros derivados de que jueces y juezas no tomen en cuenta los contextos materiales y sociales que afectan a las personas y no los incorporen a sus determinaciones.²⁹ Sospechan de los prejuicios de los jueces sobre la vida de las personas y de la forma en la que sus ideas sobre el mundo impactan en decisiones.³⁰ Esta preocupación —que no es exclusiva del derecho de familia— recibe especial atención en esta literatura debido a la importancia de otro tipo de trabajo académico y doctrinal en Reino Unido, particularmente las perspectivas del bienestarismo,³¹ la ética del cuidado³² y autonomía relacional.³³

ropean international family law: do human rights influence the change in approach?”, *Pravni Vjesnik*, 141, 2008.

28 Rhoades, Helen, *The enduring chaos of family law*, in *Rights, Gender and Family Law* 276, 277, 2010.

29 Por otro lado, la literatura ha advertido sobre el uso judicial de los derechos humanos en el derecho de familia, especialmente en vista del activismo de los “derechos de los hombres/padres”. Sobre discursos de “derechos de los padres”, Collier, Richard S., “*the fathers’ rights movement, law reform, and the new politics of fatherhood: some reflections on the UK experience*”, *U. Fla. J.L. & Pub. Pol’y*, 65, 2009. En el contexto estadounidense, vease Dinner, Deborah, “*The divorce bargain: the fathers’ rights movement and family inequalities*”, *Va. L. Rev.*, 79, 2016. En Canada, Boyd, Susan, “Robbed of their families? Fathers’ rights discourses in canadian parenting law reform processes”, en Collier, Richard y Sheldon, Sally (eds.), *Fathers’ Rights Activism and Law Reform in Comparative Perspective*, 2006.

30 Graycar, Reg, “The gender of judgments: an introduction”, en Thornton, Margaret (ed.), *Public and Private: Feminist Legal Debates*, 1995.

31 Véase Herring, Jonathan, *Family Law*, 2008; Bainham, Andrew, “Can we protect children and protect their rights?”, *Fam. L.*, 279, 2002; Choudhry, S. y Fenwick, H., “Taking the rights of parents and children seriously: confronting the welfare principle under the Human Rights Act”, *Oxford J. Legal Stud.*, 456, 2005.

32 Albertson Fineman, Martha, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, 2004; Gilligan, Carol, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development*, 1984; Held, Virginia, *The Ethics of Care: Personal, Political, & Global*, 2006.

33 Herring, Jonathan, “Forging a relational approach: best interests or human rights”, *op. cit.*

Finalmente, el cuestionamiento de los derechos como “liberales, individualistas y formulados para la vida pública y política” y no para la vida familiar no sólo está presente en la literatura de Reino Unido sino también en la de otras regiones.³⁴ Las críticas sobre los peligros de enfatizar los derechos individuales, en lugar de las relaciones vividas, y cómo el “discurso de los derechos” puede transformar las “experiencias reales” en “abstracciones vacías”³⁵ son particularmente relevantes en el marco del derecho familiar.³⁶ Si los derechos humanos no aportan suficiente claridad o pueden resultar hasta peligrosos en la transformación del derecho de familiar ¿existen otros caminos?

II. *Algunas alternativas*

Una de las objeciones al derecho de familia relatadas arriba tiene que ver con la dificultad de encuadrar los conflictos familiares en categorías duras de derechos y obligaciones y desvinculadas del contexto fáctico de esas relaciones. Otro de los problemas identificados es que el derecho de familiar oscurece las decisiones de política pública que implica. El derecho familiar parece presentar las opciones de distribución de recursos y beneficios sociales como algo necesario o derivado de la solidaridad familiar. La propuesta de modificar el derecho de familia con base en la constitucionalización de las normas no necesariamente atiende a estas objeciones. Aquí presentamos brevemente otras dos propuestas para acercarnos al derecho familiar que ponen más atención a esos aspectos.

1. **La aproximación relacional o el derecho de familia centrado en el cuidado**

Jonathan Herring ha propuesto el uso de un enfoque de “autonomía relacional”, que combina una preocupación por los derechos de autonomía

34 Algunos han argumentado, por ejemplo, que el discurso de los derechos no valora el compromiso y la obligación y resta importancia a las responsabilidades familiares. Regan Jr., Milton C., *The Pursuit of Intimacy*, 1995; Bartlett, Katharine T., “Re-expressing parenthood”, *Yale L.J.*, 293, 295, 1988.

35 Glendon, Mary Ann, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, 1991; Tushnet, Mark, “An essay on rights”, *Tex. L. Rev.* 1363, 1364, 1984.

36 Diduck, Alison, *Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law*, in *Rights, Gender and Family Law*, 2010; Glennon, Lisa, “The limits of equality discourses on the contours of intimate obligations”, en Wallbank, Julie (ed.), *Rights, Gender and Family Law*, 2010.

de los individuos con una comprensión de los miembros de la familia como situados y comprometidos en las relaciones. Para este profesor, a pesar de que el cuidado está en el centro de la vida familiar, las relaciones sexuales han dominado durante mucho tiempo el derecho de familia. En su opinión, el campo se ha enfocado en las relaciones sexuales como el centro de la definición de familia y como base de justificación para la intervención legal. Herring aboga por una reorientación radical del derecho de familia hacia la noción de cuidado. Esto permitiría sostener que:

- 1) Las relaciones afectivas, y no las sexuales, deben ser el centro del derecho de familia.
- 2) La paternidad/maternidad se crea con los cuidados cotidianos, más que con los lazos de sangre.
- 3) La intervención estatal en relación con los niños debe hacerse sobre la base de sus relaciones con los demás.
- 4) Las determinaciones económicas o sobre los bienes en casos de separación se justifican mejor como una forma de garantizar que la labor de cuidado se lleve a cabo y se valore.³⁷

Aunque esta propuesta busca poner más atención en la diversidad de prácticas familiares, tampoco escapa los problemas de discrecionalidad judicial. Aun dejando al lado la complejidad para regular estos presupuestos, poner el énfasis en las relaciones no garantiza tampoco que las autoridades del derecho familia, ya sean jueces u otros funcionarios, tengan la sensibilidad de atender al contexto de estas relaciones. Lo que sí pone de relieve son las dimensiones emocionales de las relaciones familiares y toma en cuenta las relaciones de dependencia y de cuidado entre las personas y no solo en los derechos y obligaciones tradicionales.

2. El derecho de familia como sistema de aseguramiento social

En Estados Unidos, la profesora Anne Alstott también ha criticado profundamente el derecho de familia al examinar cómo privilegia los ordenamientos privados y no proporciona a los individuos la posibilidad de desafiar los resultados del mercado. Alstott insiste en reconocer que el derecho de familia forma parte de un sistema más amplio de derecho público: “un

37 Herring, Jonathan, “Ethic of care”, en *Caring and the law*, pp. 46-87, Londres, Hart Publishing, 2013.

sistema de aseguramiento social que asigna el riesgo de acontecimientos vitales como la discapacidad, la ruptura familiar, la enfermedad mental, el abuso de sustancias y la pobreza de los padres”.³⁸ Si aislamos el derecho de familia, como lo hemos hecho, del mercado laboral, de las políticas de seguridad social, de recaudación fiscal o de salud pública, reforzamos una distribución inequitativa de los recursos entre miembros de la familia pero también entre diferentes tipos de familias. Para Alstott, los arreglos actuales han afectado de manera desproporcionada a los acuerdos familiares menos convencionales (parejas no casadas, padres solteros, familias ensambladas, etc.).

En contextos como el de Estados Unidos, en los que se ha reducido el gasto social del gobierno y se ha producido una transferencia de las responsabilidades sociales a la esfera privada, ha crecido el interés por las formas en las que el derecho de familia se ocupa de la asignación pública de las responsabilidades privadas a los miembros de la familia. Esta distribución tiende, por ejemplo, a perjudicar a las mujeres, quienes en forma mayoritaria se hacen cargo de las funciones de cuidado. Esta *privatización de la dependencia* implica, también, crear obligaciones de apoyo privado para los miembros de la familia económicamente dependientes que podrían ser solventadas de otra forma.³⁹

Si partimos de la idea de que el derecho o el Estado no “interviene” en la vida familiar —como se deriva de la visión tradicional del derecho familiar como regulador de la vida privada— si no más bien da forma a esas relaciones, entonces podríamos repensar muchos aspectos del derecho de familia ¿Cómo podríamos reconfigurar, por ejemplo, el derecho de alimentos con base en esta perspectiva?, ¿podríamos repensar las maneras de asignación de responsabilidad para el cuidado de los hijos e hijas?, ¿deberíamos hablar de guarderías o de licencias de paternidad cuando hablamos de derecho de familia?

Alstott aboga por reconocer que la *tragedia familiar* (la separación, el divorcio, la enfermedad, el incumplimiento en el pago de apoyo para con

38 Alstott, Anne L., “Is the family at odds with equality? the legal implications of equality for children”, *S. Cal. L. Rev.*, 1, 2008; Alstott, Anne L. “Neoliberalism in U.S. family law: negative liberty and laissez-faire markets in the minimal state”, *Law & Contemp. Probs.*, 25, 2014; Alstott, Anne L., “Private tragedies? family law as social insurance”, *Harv. L. & Pol’y Rev.*, 3, 2010.

39 Carbone, June y Cahn, Naomi, “The triple system of family law”, *Mich. St. L. Rev.*, 1185,1190-92, 2013.

los hijos, etc.) no es simplemente un producto de los errores o faltas personales, de las decisiones privadas o de la suerte. Por el contrario, “la angustia familiar refleja las estructuras legales que asignan los riesgos y definen las obligaciones de los ciudadanos entre sí. Para alterar los actuales patrones de privilegio y vulnerabilidad, debemos buscar reformas en el derecho de familia, el derecho a la seguridad social y en otras estructuras legales”.⁴⁰ El último capítulo de este libro desarrolla un poco más sobre la manera en la que el derecho de familia efectivamente distribuye riesgos, cuidados y riqueza y su relación con el derecho a la seguridad social.

III. El caos del derecho familiar

Parece que ninguna de las propuestas descritas atiende todos los problemas o críticas que se le han hecho al derecho familiar. Para algunos, lo que falta es un trabajo de construcción de nueva doctrina con un conjunto de principios propios al derecho familiar más sólidos, ya sea basado en los derechos humanos o en una aproximación relacional. Para otros, eso no es ni deseable ni posible dada la variedad de relaciones que regula y las opciones ideológicas y de política pública que implica. De cualquier forma, parece que las herramientas de enseñanza sobre las preguntas del derecho familiar tienen que poner atención en las implicaciones de la definición y concreción del campo, cuestionar qué discusiones, qué personas y qué relaciones están dentro o fuera del derecho familiar.

John Dewar propuso en su famoso artículo “The normal chaos of family law”, que el derecho de familia es fundamentalmente incoherente, pues “trata las ideas sobre cuál debe ser el papel de la ley y del Estado con respecto a ellas”. Para Dewar esto no necesariamente es algo malo, pero sí hace ver la complejidad del derecho de familia como un sistema jurídico. Argumentaba, también, que esta situación era perfectamente normal dado el tema del que se ocupa (las relaciones familiares) y la variedad de áreas de regulación y objetivos políticos implicados⁴¹. La presentación de esta introducción tanto de las críticas, como de las nuevas aproximaciones al derecho familiar, tiene el propósito de que al estudiar las normas y discusiones sobre el derecho da familia, podamos advertir en este caos dónde están los problemas y cuáles son las alternativas.

40 Alstott, Anne L., “Private tragedies? family law as social insurance”, *op. cit.* p. 30.

41 Dewar, John. “The Normal Chaos of Family Law.” *Modern Law Review*, vol. 61, no. 4, July 1998, p. 467-485.

C. SOBRE ESTE CURSO

Este libro recoge una perspectiva de derechos humanos para el estudio del derecho de familia. Como mencionamos, esta manera de aproximarse al derecho de familia no está libre de problemas, pero sí permite describir los cambios jurídicos basados en la incorporación de los derechos humanos como parámetro de control constitucional de las normas del derecho familiar. Por esta razón, se pone un especial énfasis en el trabajo jurisprudencial sobre esta área del derecho, pues consideramos que muchas veces son las sentencias las que ahora dan sentido al derecho familiar.

La mayoría de los capítulos incluye una descripción sobre el estado de la cuestión en los arreglos familiares, para pasar posteriormente a la descripción normativa. Esto es importante, pues, como vimos, algo tienen que ver los cambios en el derecho familiar con el contexto social en el que ocurren. De esta manera, las primeras unidades abordan los temas tradicionales del derecho familiar en las relaciones entre adultos y con los hijos, como son el matrimonio, el concubinato, los alimentos o la filiación. Incluimos aspectos no tan tradicionales, pero ya presentes en discusiones actuales de derecho familiar, como la violencia familiar o el derecho internacional familiar. Por último, presentamos las preguntas tradicionales sobre patria potestad y custodia bajo el prisma de la responsabilidad parental, una aproximación novedosa en el derecho mexicano.

El libro tiene el propósito específico de abandonar la metodología de memorización de definiciones o artículos de los códigos civiles en la enseñanza del derecho pues, como esperamos que haya quedado claro, eso no ayuda a entender o a resolver los problemas actuales del derecho familiar. En su lugar, buscamos que este trabajo sirva como herramienta para la reflexión sobre el derecho familiar y los problemas que persisten en la distribución de cargas y beneficios, derechos y obligaciones, derivados de la vida familiar. Por esta razón, algunos capítulos prevén ejercicios o preguntas que permitan desarrollar el pensamiento crítico del alumnado. En muchos casos, para continuar la investigación, también se incluyen cuadros de referencia para facilitar la búsqueda de los materiales legales que son relevantes para estas discusiones.

Por último, el nombre de este libro es intencional. Hablamos de “derecho y familia” y no sólo de “derecho de familia”. Incluimos algunos temas que consideramos particularmente relevantes en la relación entre el derecho y la familia que muchas veces quedan excluidos de los planes de estudio en la carrera de Derecho. Esto incluye discusiones sobre los sistemas de

protección de la infancia y los mecanismos para atender la pérdida de cuidado familiar de niños, niñas y adolescentes. Así también, incorporamos un capítulo que desarrolla las implicaciones del reconocimiento de capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las relaciones familiares. Y dadas las transformaciones del campo, también contamos con un apartado de bioética, pues la familia, como dijimos, nos lleva muchas veces a las preguntas sobre qué es lo “natural”. Podríamos haber incluido muchas más conversaciones o temas sobre el derecho y la familia, pero escogimos estos para iniciar la conversación sobre las fronteras de este campo del conocimiento.

Bibliografía

- Albertson Fineman, Martha, *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995.
- Albertson Fineman, Martha, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, 2004.
- Alstott, Anne L., “Is the family at odds with equality? the legal implications of equality for children”, *S. Cal. L. Rev.*, 1, 2008.
- Alstott, Anne L., “Private tragedies? family law as social insurance”, *Harv. L. & Pol’y Rev.*, 3, 2010.
- Alstott, Anne L. “Neoliberalism in U.S. family law: negative liberty and laissez-faire markets in the minimal state”, *Law & Contemp. Probs.*, 25, 2014.
- Bainham, Andrew, “Can we protect children and protect their rights?”, *Fam. L.*, 279, 2002.
- Bartlett, Katharine T., “Feminism and family law”, *Family Law Quarterly*, vol. 33, núm. 3, 1999, pp. 475-500
- Beltrán y Puga, Alma, “La laicidad y el excepcionalismo del derecho de familia en México: un apunte histórico”, en Capdevielle, Pauline, Medina, María (coord.), *Bioética Laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, 2013.
- Boyd, Susan, “Robbed of their families? Fathers’ rights discourses in canadian parenting law reform processes”, en Collier, Richard y Sheldon, Sally (eds.), *Fathers’ Rights Activism and Law Reform in Comparative Perspective*, 2006.
- Carbone, June y Cahn, Naomi, “The triple system of family law”, *Mich. St. L. Rev.*, 1185,1190-92, 2013.
- Chipeur, Gerald, “family ties: individual and family rights under Canada’s Charter of Rights and Freedoms”, *U. N.B. L.J.*, 215, 2003.
- Collier, Richard S., “the fathers’ rights movement, law reform, and the new politics of fatherhood: some reflections on the UK experience”, *U. Fla. J.L. & Pub. Pol’y*, 65, 2009.
- Coudhry, Shazia y Herring, Jonathan, *European Human Rights and Family Law*, 2010.

- Choudhry, S. y Fenwick, H., “Taking the rights of parents and children seriously: confronting the welfare principle under the Human Rights Act”, *Oxford J. Legal Stud.*, 456, 2005.
- Dewar, John y Parker, Stephen, *Law and the Family*, 2.a ed., Butterworths, 1992.
- Dewar, John, “The Normal Chaos of Family Law”, *Modern Law Review*, vol. 61, no. 4, 1998.
- Diduck, Alison, *Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law*, in *Rights, Gender and Family Law*, 2010.
- Dinner, Deborah, “*The divorce bargain: the fathers’ rights movement and family inequalities*”, *Va. L. Rev.*, 79, 2016.
- Douglas, Gillian, “The family and the state under the European Convention on Human Rights”, *Int’l J.L. & Fam.*, 76, 1988.
- Esborraz, David Fabio, “El concepto constitucional de familia en América Latina: Tendencias y proyecciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1555, 2015.
- Espejo Yaksic, Nicolás, “La constitucionalización del derecho familiar”, en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, 2019.
- Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola, “Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America”, en Choudhry, Shazia y Herring, Jonathan (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Family Law*, 2019.
- Gilligan, Carol, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development*, 1984.
- Glennon, Lisa, “The limits of equality discourses on the contours of intimate obligations”, en Wallbank, Julie (ed.), *Rights, Gender and Family Law*, 2010.
- Glendon, Mary Ann, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, 1991.
- Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1993.
- Graycar, Reg, “The gender of judgments: an introduction”, en Thornton, Margaret (ed.), *Public and Private: Feminist Legal Debates*, 1995.
- Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell Sánchez, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2009.
- Hailbronner, Michaela, “Transformative constitutionalism: not only in the global south”, 65 *Am. J. Comp. L.*, 527, 2017.
- Halley, Janet y Rittich, Kerry, “Critical directions in comparative family law: genealogies and contemporary studies of family law exceptionalism”, 58 *Am. J. Comp. L.*, 753, 2010.
- Halley, Janet “What is family law? A genealogy part I”, 23 *Yale J.L. & Human*, 1, 2011.
- Harris-Short, Sonia, “Family Law and the Human Rights Act 1998: judicial restraint or revolution”, *Child. Fam. L. Q.*, 329, 329, 2005.
- Harvison Young, Alison, “The changing family, rights discourse and the Supreme Court of Canada”, *Can. B. Rev.*, 749, 2001.
- Hasday, J. E., *Family Law Reimagined*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.
- Held, Virginia, *The Ethics of Care: Personal, Political, & Global*, 2006.
- Herrera, Marisa, “Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino”, en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana

- María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, 2019.
- Herring, Jonathan, *Family Law*, 2008.
- Herring, Jonathan, “Forging a relational approach: best interests or human rights”, *Med. L. Int’l*, 32, 2013.
- Herring, Jonathan, “Ethic of care”, en *Caring and the law*, pp. 46-87, Londres, Hart Publishing, 2013.
- Ibarra, Ana y Treviño, Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra, Ana y Espejo, Nicolás (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
- Jaramillo, Isabel Cristina, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáez (eds.), *La mirada de los jueces*, t. I, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 267-61.
- Jaramillo, Isabel. 2010, “The social approach to family law: conclusions from the canonical family law treatises of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVIII, núm. 4, pp. 845.
- Jaramillo Sierra, Isabel Cristina; Alviar, Helena, “‘Family’ as a legal concept”, *Revista CS*, núm. 15, enero-abril, 2015, pp. 92-109.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Codificación y constitucionalización del derecho civil”, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, Presente y Futuro de la Codificación*, 2005.
- Klare, Karl E., “Legal culture and transformative constitutionalism”, 14 *S. Afr. J. Hum. Rts.*, 146, 1998.
- Lathrop, Fabiola, *Constitucionalización y jurisprudencia*.
- Laquer Estin, Ann, “Family law, pluralism, and human rights”, *Emory Int’l L. Rev.*, 811, 2011. Sloth-Nielsen, Julia y van Heerden, Belinda, “The ‘constitutional family’: developments in South African Child and Family Law 2003-2013”, *Int’l J.L. Pol’y & Fam.*, 100, 2014.
- Lessard, Hester, “Liberty rights, the family and constitutional policies”, *Rev. Const. Stud.*, 213, 2002.
- Madrazo Lajous, Alejandro, *Revelación y creación. Los fundamentos teológicos de la dogmática jurídica*, Fondo de Cultura Económica, 2016,.
- Olsen, F. E., “the myth of state intervention in the family”, *Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, núm. 835, 1985, p. 842.
- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *Derecho de familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.
- Regan Jr., Milton C., *The Pursuit of Intimacy*, 1995; Bartlett, Katharine T., “Re-expressing parenthood”, *Yale L.J.*, 293, 295, 1988.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, México, Porrúa, 2010, t. I.
- Saez, Macarena, “Transforming family law through same-sex marriage: lessons from (and to) the western world”, 25, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, 125, 2014.
- Sánchez Cordero, Olga, “Persona, derecho y familia: fundamentos del derecho de familia”, participación de la ministra Sánchez Cordero en el Congreso Internacional “La familia hoy: derechos y deberes”, 2003.

- Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia en México*, Segunda Edición, 1991.
- Tushnet, Mark, “An essay on rights”, *Tex. L. Rev.* 1363, 1364, 1984.
- Vilhena, Oscar et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, 2013.
- von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, 2017.
- Wallbank, Julie et al. (eds.), *Rights, gender and family law*, 2010.
- West, Robin “Introduction”, en West, Robin y Grant Bowman, Cynthia (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, 2019.
- Zupan, Mirela, “The family concept in european international family law: do human rights influence the change in approach?”, *Pravni Vjesnik*, 141, 2008.

UNIDAD 1.
EL DERECHO DE FAMILIA
EN LAS RELACIONES ENTRE
ADULTOS

Las uniones: matrimonio y concubinato

Isabel Lucía Rubio Rufino
Sofía del Carmen Treviño Fernández

SUMARIO: A. PRESENTACIÓN; B. INTRODUCCIÓN; C. EL MATRIMONIO ¿POR AMOR?: UN POCO DE HISTORIA; I. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN MÉXICO: “EL ÚNICO MEDIO MORAL DE FUNDAR UNA FAMILIA”; 1. La Reforma y la Ley del Matrimonio Civil; 2. La Revolución y la Ley de Relaciones Familiares de 1917; 3. Las reformas de las décadas de 1970 y 1990; II. La protección de los derechos humanos. ¿Qué “naturaleza” y qué “fines” del matrimonio?; 1. El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿qué familia(s)?; III. Aspectos relevantes sobre la regulación actual del matrimonio en México; 1. Requisitos para contraer matrimonio; a. Matrimonio de personas menores de edad; 2. Impedimentos para contraer matrimonio; 3. Plazo para poder volver a contraer matrimonio; IV. El matrimonio y los bienes; 1. Regímenes patrimoniales; 2. Temas especiales sobre matrimonio y bienes; a. Bienes que integran la sociedad conyugal; b. Robo entre cónyuges; c. Donaciones relacionadas con el matrimonio; 3. El trabajo doméstico como aportación económica; D. CONCUBINATO: EL “OTRO MEDIO” PARA FORMAR UNA FAMILIA; I. ¿Quién determina cuál es “la forma moral de fundar una familia”?; II. Requisitos para la configuración del concubinato en la regulación vigente; 1. Libre de impedimentos para contraer matrimonio; 2. Cohabitación constante y permanente; 3. Elementos del concubinato; III. El concubinato y los bienes; E. SOCIEDAD DE CONVIVENCIA; F. PARA SABER MÁS.

A. PRESENTACIÓN

Este capítulo expone un panorama general sobre la regulación de las relaciones entre adultos en el derecho familiar. Principalmente, se abordan el matrimonio y el concubinato, con una breve mención a las sociedades de convivencia. Para describir la regulación legal de estas figuras se presenta, en primer lugar, el contexto social en el que se desarrollan. Particularmente, destacamos cómo ha habido un decremento importante en los matrimonios al mismo tiempo que ha incrementado la cohabitación o unión libre, así como la manera en la que diferentes tipos de personas se han beneficiado y se benefician de la regulación que se analiza.

Por otra parte, se realiza una breve narración de la historia del matrimonio y del concubinato en la legislación mexicana, para poner en perspectiva la descripción legal del Código Civil para el Distrito Federal (casi exclusivamente). Finalmente, tomando en cuenta los cambios sociales y jurídicos

alrededor de las uniones familiares, el capítulo toma especial atención en presentar sentencias y criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre cada uno de los subtemas principales. Los códigos civiles no pueden entenderse o aplicarse sin la jurisprudencia reciente que da forma al derecho de las uniones y muchas veces abandona completamente ideas y reglas tradicionales. El desarrollo del capítulo pretende mostrar cómo el derecho de familia sobre las relaciones entre personas adultas ha pasado de regular la sexualidad y constituir los roles de género dentro de la familia a poner más atención en la protección de los planes de vida de las personas y en las relaciones de dependencia y cuidado que de ella derivan.

B. INTRODUCCIÓN

Como la información demográfica muestra, las dinámicas y patrones familiares han cambiado mucho en las últimas décadas: la forma en la que se llevan a cabo las uniones, la manera en la que se disuelven, cómo se lleva a cabo la crianza, así como las actitudes generales sobre la familia están pasando por un momento importante de transición. Hoy la gente se casa menos¹ y hay menos gente casada que antes.² Además, muchas más personas se divorcian.³ Al mismo tiempo, hay un incremento sostenido en la cohabitación o en lo que se conoce como unión libre.⁴ Los siguientes cuadro y gráficas muestran la rapidez y magnitud de estas transformaciones.

-
- 1 De acuerdo con la información de nupcialidad en México, sistematizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) a través de las actas de matrimonio registradas en las oficialías y juzgados del país. Mientras en 2010 se registraron 568,636 matrimonios, en 2019 se registraron tan sólo 504,923 (decremento de 11.2%).
 - 2 En 2010, alrededor de 38.9% del total de la población estaba casada, en tanto que para 2020 el número se redujo a 33.6%, es decir, más de 5 puntos porcentuales, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Nupcialidad, 2020. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/nupcialidad/>.
 - 3 Véase Aguirre, E., “Do changes in divorce legislation have an impact on divorce rates? the case of unilateral divorce in Mexico”, *Latin American Economic Review* 28, núm. 1, pp, 1-24, 2019. En 2008, Ciudad de México, entonces Distrito Federal, reformó su Código Civil para incluir la figura del divorcio incausado, en 2015 la SCJN declaró la inconstitucionalidad de las causales de divorcio.
 - 4 Pérez Amador, J., “Continuity and change of cohabitation in Mexico: same as before or different anew”, *Demographic Research*, p. 35. 2016. Disponible en: doi: 10.4054/DemRes.2016.35.42.

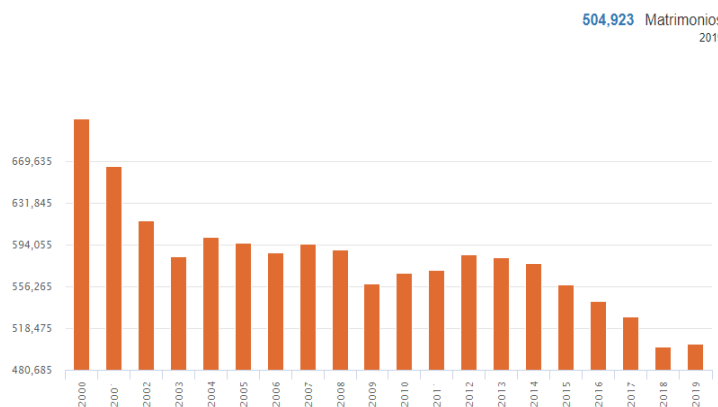
Cuadro 1. Tasa bruta de nupcialidad por cada mil habitantes^A

2000	7.2
2005	5.6
2010	5.0
2015	4.6
2019 ^B	3.9

^A La tasa bruta de nupcialidad se define como el número de personas que contraen matrimonio en ese periodo por cada mil habitantes.

^B Los 335,563 matrimonios registrados en 2020 representan una disminución de 33.5% respecto a los registrados en 2019. El decremento coincide con el periodo de pandemia por covid-19, durante el cual hubo una reducción en la demanda de este servicio debido al confinamiento de las personas en sus viviendas y a las condiciones que las autoridades sanitarias definieron para la operación de las actividades económicas no esenciales. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “INEGI presenta la estadística de matrimonios 2020”, Comunicado de prensa núm. 549/21, 30 de septiembre de 2021.

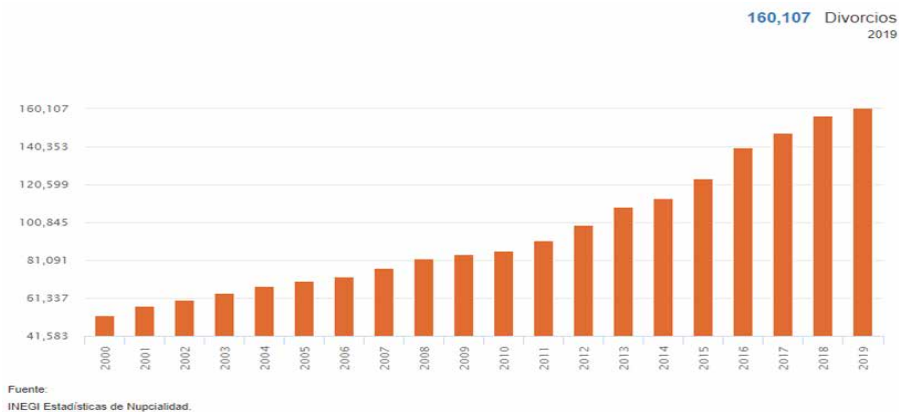
Fuente: elaboración de Karla Ripoll con base en estadísticas de nupcialidad del INEGI.

Gráfica 1. Número total de actas de matrimonio registradas en México

Fuente:
INEGI Estadísticas de Nupcialidad.

Fuente: Estadísticas de Nupcialidad del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

Gráfica 2. Número total de divorcios registrados en México



Fuente: Estadísticas de Nupcialidad del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

Por supuesto, los cambios en las formas en las que se estructuran las familias mexicanas no han sido distribuidos de igual manera entre los diversos niveles socioeconómicos y grupos poblacionales. Si bien el número de parejas que cohabitan ha aumentado en todos los sectores, las uniones fuera del matrimonio predominan en familias de bajo ingreso.⁵ Históricamente, casarse implica un costo, por lo que el matrimonio siempre ha sido un privilegio de clases sociales más beneficiadas. De igual manera, se ha observado que las mujeres de clase media-alta tienden a retrasar el matrimonio, tener hijos más tarde y, normalmente, enfrentan menos probabilidades de divorcio;⁶ mientras que no puede decirse lo mismo para las mujeres en situación de vulnerabilidad y pobreza.⁷ Finalmente, la diversidad y pluralidad de las formas familiares actuales se ha vuelto más visible. Conforme a los datos de la Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género (ENDISEG) 2021, en el país, 1 de cada 20 personas de 15 años o más se identifica como

5 Pérez Amador, J., *op. cit.* p. 1247.

6 Aguirre, E., “The (non) impact of education on marital dissolution”, *Discussion Papers 19/15*, Department of Economics, University of York, 2019.

7 Ortiz-Ávila, E., “Estrato sociodemográfico y patrones relacionados con la primera unión o la primera maternidad en México, 2018”, *Población y Salud en Mesoamérica*, 18(1), 2020. Disponible en: <https://10.15517/psm.v18i1.40350>.

población LGBTI+ (5.1%);⁸ 16.7% de las personas declaró vivir en unión libre y 13.9% reportó estar casada.⁹

Algunos de estos fenómenos en las relaciones entre personas adultas se han visto reflejados en las múltiples legislaciones familiares, pero otros no. Mientras que se ha liberalizado el divorcio y existen desarrollos sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, no ha habido hasta ahora reformas estructurales en las figuras legales que regulan la cohabitación o el cuidado de los hijos después del divorcio.

Esta sección aborda la manera en que se constituyen y rigen las relaciones de matrimonio en el derecho de familia.¹⁰ Como podrá observarse, el matrimonio es la figura con mayor regulación y —hasta ahora— ha sido el punto central del derecho de familia. Reconocemos, sin embargo, que precisamente la falta de atención en el concubinato y otro tipo de uniones ha contribuido a problemas de distribución de recursos y a la falta de legislación coherente que atienda a las necesidades de todas las personas y formas familiares, particularmente ante el incremento de las relaciones de cohabitación y la reducción de los matrimonios. Por lo anterior, la sección siguiente está dedicada a este tema.

C. EL MATRIMONIO ¿POR AMOR?: UN POCO DE HISTORIA

Aunque los cambios en las dinámicas del matrimonio pueden haber sido más rápidos en las últimas décadas, esta unión se ha transformado siempre, lo mismo que la organización de las familias en general. En cada parte de la historia podemos verificar todo tipo de arreglos sexuales, nupciales y, sobre todo, ideas diferentes sobre lo que el matrimonio es y debe ser. La historiadora Stephanie Coontz refleja bien esta idea cuando se refiere al rol del amor romántico en la historia del matrimonio:

8 De las más de cinco millones de personas que se identifican como parte de la población LGBTI+, más de la mitad (67.5%) tiene entre 15 y 29 años. De acuerdo con el INEGI, este dato puede deberse a una mayor apertura y autorreconocimiento de la población de menor edad.

9 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género”, Comunicado de prensa núm. 340/2022, 28 de junio de 2022.

10 El divorcio y algunas consecuencias patrimoniales de estas uniones se abordan en otros capítulos de esta obra.

Durante la mayor parte de la historia fue inconcebible que las personas eligieran a sus compañeros basándose en algo tan frágil e irracional como el amor y que luego concentraran todos sus deseos sexuales, íntimos y altruistas en el matrimonio que resultaba de aquella elección. En realidad muchos historiadores, sociólogos y antropólogos solían pensar que el amor romántico era un invento occidental reciente, lo cual no es verdad. La gente siempre se enamoró y en todas las eras muchas parejas se amaron profundamente.

Pero rara vez en la historia el amor fue considerado como la razón principal para casarse. Cuando alguien defendía tan extraña creencia no provocaba ninguna risa, pues esa opinión constituía una seria amenaza al orden social.¹¹

Por mucho tiempo, el matrimonio no se trató primordialmente de las necesidades y deseos de individuos, sino que fue una cuestión política y económica, que permitía que dos personas, hombre y mujer, antes extraños entre ellos, formaran un parentesco. Este parentesco, a su vez, se tradujo en la posibilidad de extender redes de cooperación en diversos aspectos vitales.¹² Con el tiempo, las civilizaciones se complejizaron y con ello el matrimonio se convirtió en una posibilidad para incrementar la acumulación de bienes de un grupo y legitimar a quienes eran parte de él. Como señala Coontz, el matrimonio era una de las inversiones más importantes en la vida de hombres y mujeres, que daba forma a la división del trabajo y del poder, con base en los criterios de género y edad. Simbólicamente, el matrimonio se convirtió en la diferencia entre la adultez y la infancia, generó signos de prestigio y fue la principal fuente de asistencia entre las personas.¹³

La importancia era tal que las unidades familiares basadas en el matrimonio, antes de la consolidación del Estado como lo conocemos ahora, asumieron tareas que corresponden actualmente al poder público. Entre otras, se hicieron cargo de la organización de la producción y distribución de bienes y de la posibilidad de crear alianzas políticas, económicas y militares.¹⁴

En diversas latitudes, el concepto de matrimonio basado en la moral cristiana se impuso como consecuencia de procesos de colonización, aunque muchas de las ideas que trajo consigo, como la monogamia o su específica división sexual del trabajo, no eran la regla alrededor del mundo. El esta-

11 Coontz, Stephanie, *Marriage, a history: from obedience to intimacy or how love conquered marriage*, Nueva York, Viking, 2005, p. 26.

12 NeJaime, Douglas, Richard, Ralph, Grossman, Joanna y Kim, Suzanne, *Family Law in a changing America*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2021.

13 Coontz, Stephanie, *op. cit.*

14 Cott, Nancy, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

blecimiento de este modelo de matrimonio fue una herramienta útil para afianzar determinada organización social, económica y política, lazos comunitarios, sentido de identidad y roles sexuales estrictos, que colocaban a los hombres como el único representante público y con plena ciudadanía de la unidad familiar.¹⁵ Esta concepción fue la que durante mucho tiempo se consideró matrimonio, relacionado profundamente con la moral cristiana-católica en Occidente, y que rigió las uniones durante siglos.

La influencia del catolicismo fue crucial en la tradición jurídica latinoamericana,¹⁶ pues proveyó la estructura básica para la construcción de textos y argumentos sobre derecho de familia. Una consecuencia de ello fue la creación y uso de conceptos correlacionados con fines naturalmente asignados. De este modo, el matrimonio fue definido a partir de esos fines esenciales: la procreación y la fidelidad. Estas ideas modelaron los debates legales sobre el matrimonio.

No fue sino hasta finales del siglo XVIII que comenzó a gestarse la idea de que casarse tenía más que ver con la satisfacción personal de los contrayentes, aunque esto no era necesariamente contrario a los fines esenciales previamente asignados a la unión. El nuevo modelo económico dio paso a inéditas funciones sociales y dinámicas internas del matrimonio, en las que la elección de cónyuge no estaba basada primordialmente en los beneficios económicos. Este modelo afianzó la idea de la unión de por vida y la monogamia: el matrimonio fue la plataforma óptima para reconfigurar los roles dentro de la familia, al destacar la libre elección como un elemento fundamental de las uniones.¹⁷

I. La regulación del matrimonio en México: “el único medio moral de fundar una familia”

El matrimonio en el derecho mexicano no ha dejado completamente de lado su origen canónico; las ideas a partir de las que se construyó siguen

15 *Idem.*

16 Véase Jaramillo, Isabel, “The social approach to family law: conclusions from the canonical family law treatises of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVIII, núm. 4, pp. 843-872, 2010. En general, sobre la construcción del derecho sobre una versión del método aristotélico que combina el pensamiento deductivo y el teológico, véase Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1993, y sobre los fundamentos teológicos de la dogmática jurídica, véase Madrazo Lajous, Alejandro, *Revelación y creación. Los fundamentos teológicos de la dogmática jurídica*, Fondo de Cultura Económica, 2016.

17 Coontz, Stephanie, *op. cit.*

permeando en los debates actuales, y sus cambios no obedecieron siempre a una misma dirección, sino que estuvieron impregnados del contexto de la época. En todas las etapas que se describirán en este apartado —la secularización del matrimonio, la regulación del divorcio vincular y el reconocimiento de derechos a las mujeres en la década de 1970 y siguientes— existieron preocupaciones y debates sobre el “fin del matrimonio” o la “crisis de la familia” similares a los que se tuvieron con el reconocimiento del matrimonio igualitario.¹⁸ Conocer la historia de la figura legal nos permite entender el porqué de las reglas que tenemos hoy.

La primera ley específica sobre matrimonio civil en México fue promulgada por Benito Juárez en 1859. Hasta entonces, el matrimonio estuvo basado en la legislación española y canónica, específicamente en Las siete partidas, las disposiciones emanadas del Concilio de Trento, y en la doctrina del derecho canónico. Luego de la Independencia no se publicaron leyes que afectaran el matrimonio.¹⁹ De este modo, el control total sobre los actos del estado civil de las personas estaba en manos de las autoridades eclesiásticas, que imponían condiciones como el cobro de derechos elevados, lo que excluyó del matrimonio a muchos sectores de la sociedad.

1. La Reforma y la Ley del Matrimonio Civil

La Ley del Matrimonio Civil se publicó como parte de un paquete de tres nuevas leyes, junto con la Ley Orgánica del Registro Civil de 1857 y la Ley de Secularización de Cementerios de 1859, conocidas como las Leyes de Reforma. La emisión de la nueva reglamentación conllevó dos cambios fundamentales: por un lado, estableció que era el Estado el único con jurisdicción sobre el derecho familiar en el país, lo que excluía a las autoridades eclesiásticas de su papel en la regulación de los actos del estado civil de las personas, específicamente, el matrimonio. Por otro lado, asignó al “encargado del Registro Civil” la misma función que antes tenía el delegado eclesiástico. Quien oficiaba el acto era un testigo designado con el único fin de verificar que los contrayentes cumplieran con los requisitos establecidos por la norma.²⁰

18 Véase, por ejemplo, Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia en México*, Porrúa, 1991.

19 Adame, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004.

20 Mijangos y Gonzáles, Pablo, “¿Secularización o Reforma? Los orígenes religiosos del matrimonio civil en México”, *Hispania Sacra*, LXVIII 137, enero-junio, pp. 105-117, 2016.

Como puede leerse en los 31 artículos que la componen, se trata de un instrumento que, junto con las otras dos leyes, pretendía eliminar la injerencia de la Iglesia católica en asuntos del estado civil de la población. A pesar de ello, estableció reglas para casarse que se asemejan mucho a las vigentes durante la regulación del derecho canónico. Por ejemplo, la ley no modificó la indisolubilidad de la unión, reforzó la idea de los roles sexuados del hombre y la mujer en la relación y estableció que el matrimonio es “el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano”.²¹ En la regulación canónica, como en la Ley del Matrimonio Civil, eran elementos básicos de la definición la fidelidad, la procreación y la indisolubilidad.²²

Ley del Matrimonio Civil (1859)

Epístola de Melchor Ocampo

Artículo 15. El día designado para celebrar el matrimonio, ocurrirán los interesados al encargado del registro civil, y éste, asociado del alcalde del lugar y dos testigos más por parte de los contrayentes, preguntará a cada uno de ellos, expresándolo por su nombre, si es su voluntad unirse en matrimonio con el otro. Contestando ambos por la afirmativa, les leerá los arts. 1º, 2º, 3º y 4º de esta ley, y haciéndoles presente que formalizada ya la franca expresión del consentimiento y hecha la mutua tradición de las personas, queda perfecto y concluido el matrimonio, les manifestará:

“Que éste es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Este no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. El hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la Sociedad se le ha confiado.

La mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo propia de su carácter. El uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas.

21 Artículo 15 de la Ley de Matrimonio Civil de 1859.

22 Adame, Jorge, *op. cit.*

Nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados deshonran al que las vierte, y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza.

Ambos deben prepararse con el estudio, amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. La doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres. La Sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándoles buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la Sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, sino que sólo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien”.

Ejercicio 1. Uno valiente y la otra abnegada

1. ¿Qué implicaciones tiene para toda la regulación del derecho familiar la concepción de la Epístola de Melchor Ocampo sobre los roles de hombres y mujeres dentro del matrimonio?

A pesar de que las Leyes de Reforma han sido consideradas uno de los grandes intentos en México para construir un Estado laico y varios de sus precursores comulgaban con estas ideas, finalmente estas normas “lejos de obedecer a un proyecto secularizador, buscaban convertir al Estado en el agente de la moralización y recristianización del pueblo mexicano —un pueblo que, a juicio de los liberales, se había corrompido profundamente a causa del mal ejemplo y las prácticas abusivas del clero católico—”.²³ La reforma extrajo al matrimonio de la jurisdicción de la iglesia, sin introducir ninguna reforma fundamental en el modo de entender esta unión, y evidenció la inclinación católica de sus creadores.²⁴

Esta ley fue el inicio de una serie de documentos emitidos por el gobierno mexicano para regular el matrimonio, que no se alejaron de las premisas básicas establecidas por la Iglesia católica. Durante el Segundo Imperio se emitieron la Ley del Registro del Estado Civil, del 1 de noviembre de 1865, que ligó

23 Mijangos y Gonzáles, Pablo, *op. cit.*

24 Arrom, Silvia, “Liberalismo y derecho de familia en México: los Códigos Civiles de 1870 y 1884”, en León de Leal, Magdalena, *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.

nuevamente el matrimonio civil al católico, y el Proyecto del Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, que admitía el divorcio vincular. Con la restauración de la República, el presidente Juárez emitió un decreto para reconocer la validez de los matrimonios celebrados durante el Segundo Imperio y establecer que entrarían en vigor nuevamente las normas previas a este periodo.

Posteriormente, la entrada en vigor del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 reprodujo la potestad marital del hombre sobre su esposa, que se tradujo en la obligación de ella de establecer su residencia a donde quiera que el marido fuere —quien, además, contaba con la representación legítima de ella—. La potestad marital implicó que, por regla general, el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio era el marido.

La Constitución de 1857 originalmente no reguló aspectos sobre el matrimonio. Fue con la Ley sobre Adiciones y Reformas a la Constitución, del 25 de septiembre de 1873, que se estableció al matrimonio como un contrato civil, de competencia exclusiva de autoridades del orden civil. Posteriormente, la Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales del 14 de diciembre de 1874 o Ley Reglamentaria de la Reforma agregó que el matrimonio únicamente podía celebrarse entre un hombre y una mujer y estableció la bigamia y poligamia como delitos. Con esta norma se fijaron las bases para un régimen común del matrimonio en todo el país: el estado civil de una persona debía ser reconocido en todos los estados de la república.²⁵

Luego de la regulación constitucional, el Código Civil de 1884 no introdujo mayores cambios a la definición del matrimonio, sólo se limitó a establecer una potestad marital menos rígida. Tanto el Código Civil de 1870 como el de 1884 tenían una gran influencia del Código Napoleónico de 1804, sin embargo, los legisladores mexicanos rechazaron en ambos casos la incorporación del divorcio absoluto y del consejo de familia propuesto en ese instrumento para supervisar la tutela de personas menores de edad e “incapaces”.

Al mismo tiempo, en este periodo se incorporaron algunos cambios críticos de la época moderna, que reflejaban una tendencia liberal e individualista que favorecía especialmente a los hombres en la relación, a quienes se les reconoció mayor libertad en la esfera personal y económica. De forma ambivalente, hubo algunos progresos en la condición jurídica de las mujeres solteras y viudas, pero no en la condición de las mujeres casadas, que

25 Sánchez, Ramón, “Los grandes cambios en el derecho de familia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1981.

seguían sujetas al control del esposo y enfrentaban una condición desigual en la sociedad conyugal.²⁶

Potestad marital y privilegio matrimonial

Isabel Cristina Jaramillo²⁷

Los códigos civiles latinoamericanos del siglo XIX reprodujeron dos instituciones del derecho colonial: la potestad marital y el privilegio matrimonial. La potestad marital era el conjunto de poderes que el marido adquiría, en virtud del matrimonio, sobre la persona y los bienes de su mujer. Incluía el poder para decidir el domicilio común, la facultad exclusiva para disciplinar a los hijos, usufructuar sus bienes y controlar la sexualidad de la mujer.

La posibilidad de exigir el divorcio en caso de que la mujer no siguiera a su marido, y de obtener la custodia de los hijos como consecuencia del incumplimiento de los deberes de la mujer como madre y esposa, hacía efectivo el primer poder. Algunos autores admitían incluso que el marido podía acudir a las fuerzas de policía para hacer que su mujer regresara al domicilio común. El poder de disciplinar a los hijos se traducía en la posibilidad de pedir la intervención de la policía y en la que tenía el padre de dejar de proveer en caso de desobediencia de los hijos. El poder sobre la sexualidad de la mujer se materializaba en la facultad de perseguir y matar a la mujer adúltera y en la que tenía el marido de hacerse dueño de los bienes de su esposa en caso de infidelidad. Por otra parte, el marido tenía derecho a administrar todos los bienes de su esposa y de la comunidad, y tenía derecho a representarla judicial y extrajudicialmente. La esposa podía ser autorizada por su marido, o por un juez, para hacer transacciones particulares.

El privilegio matrimonial se reproducía al excluir de los beneficios personales y patrimoniales del matrimonio a las parejas que no cumplieran con las ritualidades exigidas, ya fueran de tipo religioso o secular, y los hijos de esas parejas no existían como hijos —excepción hecha de los hijos naturales, esto es, los hijos de padres solteros al momento de la concepción, que podían ser voluntariamente reconocidos por sus padres—. En consecuencia, contraer un nuevo matrimonio, cuando el primero había fracasado, era muy difícil.

La potestad marital fue eliminada en todos los países latinoamericanos; quedó consagrado que las mujeres, al igual que los hombres, son capaces de representarse a sí mismas judicial y extrajudicialmente, y tienen iguales poderes disciplinarios sobre los hijos. Los privilegios matrimoniales, por su parte, se han venido reduciendo: se acepta ya que la convivencia puede tener efectos económicos; para los hijos extramatrimoniales es posible obtener el reconocimiento paterno; los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio tienen iguales derechos, y la regulación sobre el divorcio se flexibilizó.

Las feministas liberales leen estos cambios como un logro en el camino hacia la igualdad. Pero sus argumentos siguen teniendo vigencia en la medida en que los

26 Arrom, Silvia, *op. cit.*

27 Esto es una transcripción de Jaramillo, Isabel Cristina, “Familia”, en Motta y Saéz (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 267-353.

ordenamientos jurídicos aún incluyen normas que dan un trato diferenciado a las mujeres.

Los argumentos de las feministas liberales sobre la igualdad formal —o igualdad ante la ley— han sido criticados tanto por sus supuestos como por sus consecuencias. El que ignoren —según las críticas— las condiciones materiales y culturales en las que operan las normas jurídicas, dando por sentado que la objetividad o la neutralidad son alcanzables, en lugar de favorecer a las mujeres de carne y hueso, las perjudica. Tres tipos de hechos sustentan esta crítica al feminismo liberal: 1) desde el siglo XIX, a pesar de la abolición de las normas que contemplaban que los maridos fueran obedecidos por sus esposas, las tasas de violencia contra las mujeres en los espacios “privados” no se han reducido; 2) el acceso de las mujeres a la propiedad no ha mejorado significativamente, a pesar de no estar sometidas ya a la potestad marital; 3) el debilitamiento del privilegio matrimonial no se ha reflejado en una mayor protección a los niños y ancianos ni ha disminuido la vulnerabilidad de las mujeres.

Ejercicio 2. ¿La potestad y el privilegio de quién?

1. ¿Cuál podría ser la respuesta a las críticas al feminismo liberal sobre la permanencia de condiciones de desigualdad a pesar de la eliminación formal de la potestad marital y del privilegio matrimonial? ¿De qué manera el derecho de familia contribuye a la permanencia de la desigualdad?
2. ¿Cuáles figuras legales o normas en los códigos civiles actuales responden aún o tienen como trasfondo la potestad marital o el privilegio matrimonial?

2. La Revolución y la Ley de Relaciones Familiares de 1917

El régimen revolucionario implementó cambios importantes en la regulación del matrimonio, entre los que destacan la incorporación del divorcio vincular, mayor igualdad entre cónyuges, que implicó disminuir la potestad marital, cambios en el régimen patrimonial del matrimonio y de los bienes comunes, y una disminución de las diferencias legales entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Estos cambios se incorporaron principalmente a través de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, promulgada poco tiempo después de la aprobación de la Constitución Federal —que definió el matrimonio como un contrato civil²⁸— y que derogaba la parte correspondiente del Código Civil de 1884. Si bien se reiteró la autoridad

28 El artículo 130 del texto original de la Constitución de 1917 establecía: “El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la

civil sobre el matrimonio, se conservó como “fines esenciales” la perpetuación de la especie y la ayuda mutua.

Divorcio

Ley del Matrimonio Civil (1859)

Artículo 4. El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, solo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrían los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas.

Artículo 20. El divorcio es temporal, y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados.

Ley de Relaciones Familiares (1917)

Divorcio vincular

Artículo 13º. El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Artículo 75. El divorcio disuelve el vínculo de matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

En el mismo sentido continuó el Código Civil de 1928, que limitó más la potestad del marido sobre su esposa e introdujo lo que se nombra hoy “divorcio administrativo”, además de nuevas causales de divorcio. Este Código reconoció por primera vez efectos legales al concubinato, lo que sería el inicio del reconocimiento formal de otras formas de fundar una familia, además del matrimonio. El Código fue reformado en 1953 para establecer reglas que generaban mayor libertad para las mujeres casadas, especialmente en lo relacionado con los permisos que debían solicitar a sus maridos.

3. Las reformas de las décadas de 1970 y 1990

La siguiente etapa de modificaciones relevantes a la legislación civil estuvo profundamente marcada por la discusión internacional sobre los derechos de las mujeres y la adhesión de México a instrumentos internacionales de derechos humanos. La ONU declaró como “Década de la Mujer” el periodo entre 1975 y 1985 y, a partir de entonces, se celebraron en los países miembros las Conferencias Mundiales sobre la Mujer. México firmó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen.”

contra la Mujer (CEDAW) el 17 de julio de 1980.²⁹ El 4 de junio de 1995 firmó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará).³⁰ Estos tratados tienen artículos específicos sobre la regulación de la familia: igualdad entre hombres y mujeres, eliminación de la discriminación y violencia.

**Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación
contra la mujer**

Artículo 16.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
 - a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
 - b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
 - c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
 - d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
 - f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
 - g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
 - h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

La Conferencia de 1975, que tuvo lugar en Ciudad de México, dio lugar a un plan de acción mundial para alcanzar los objetivos del Año Internacional de la Mujer. Previo a la realización de la conferencia, se reformó la Constitución federal para reflejar la movilización interna y el impulso in-

29 La ratificó el 23 de marzo de 1981.

30 La ratificó el 12 de noviembre de 1998.

ternacional sobre los derechos de las mujeres. El 14 de noviembre de 1974 se publicó la modificación al artículo 4, que marcó el avance definitivo al reconocimiento formal de la igualdad entre cónyuges, al establecer la igualdad entre hombres y mujeres en el texto de la Constitución. La reforma incluyó también el derecho a la libertad procreacional, lo que configuró el reconocimiento constitucional de que el matrimonio no era la única forma de establecer una familia y que, incluso dentro de él, los cónyuges pueden decidir tener hijos o no.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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

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

Las reformas de 1983, 1992 y 1994 al Código Civil que regía en Ciudad de México (y en otros códigos civiles) continuaron con la eliminación de disposiciones contrarias al reconocimiento de la igualdad entre cónyuges, mientras que las modificaciones de 1997 incorporaron el reconocimiento de la violencia familiar como causal de divorcio. En el año 2000, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal legisló por primera vez en materia civil —hasta entonces había sido regulada por el Congreso de la Unión en el Código Federal—. En el amplio paquete de reformas implementadas destacan, en lo que aquí concierne, el reconocimiento económico del trabajo en el hogar, la posibilidad de administración común plena de los bienes del matrimonio, la libertad de trabajo para las mujeres y la eliminación del “fin de perpetuar la especie” como parte de la definición del concepto de matrimonio.

Los grandes cambios en el derecho de familia en México

El tratadista de derecho civil Ramón Sánchez Medal escribió en 1979 (y en la segunda edición de 1991) sobre los grandes cambios del derecho de familia. En ese momento, el civilista consideró que “el Derecho de familia se encuentra en un periodo de muy grave crisis” dadas las “disolventes reformas del Código civil de 1975 que, en detrimento del matrimonio y de la familia, se expidieron con ocasión del Año Internacional de la Mujer”. En su opinión, las reformas a los códigos civiles que comenzaron en esos años constituían un “amenazante proyecto” que “exacerbaban con sutileza los ataques al matrimonio y a la familia”.

Abajo se identifican las etapas de cambio que advirtió en su libro y su opinión sobre la eliminación del “débito carnal” que se discutió en los años que escribió:³¹

31 Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*

Primera parte, la etapa de la “desacralización” o “secularización” de la familia y del matrimonio en la legislación del presidente Benito Juárez.

Segunda parte, la etapa de la “transformación esencial” de la familia y del matrimonio en las leyes de la Revolución por los presidentes Venustiano Carranza y Plutarco Elías Calles.

Tercera parte, la etapa de la “desintegración” de la familia y del matrimonio a partir de la legislación del presidente Luis Echeverría.

Cuarta parte, las diferentes alternativas jurídicas para la familia y el matrimonio en la época actual (década de 1990).

Débito carnal

Esta fuera de duda que *lo esencial* del acuerdo de voluntades al celebrar el matrimonio, es que cada uno de los contrayentes se conceda derecho recíproco y exclusivo sobre su propio cuerpo en orden a los actos aptos para la *procreación*. De este derecho bilateral nace lo que se llama “débito conyugal” que consiste en la obligación que tiene cada uno de los esposos de atender a la solicitud del otro, cuando le pida la realización del acto propio para la generación. Así, pues, dentro del matrimonio, no es necesario que los dos cónyuges coincidan en la decisión acerca de la oportunidad y de las condiciones de realizar el acto conyugal que sea propio para la *procreación*, salvo casos extraordinarios como, por ejemplo, una enfermedad o la necesidad de no exhibir ante los demás las relaciones íntimas de los consortes o el hallarse en estado de ebriedad.

Ejercicio 3. Las consecuencias de las esencias

1. ¿Qué explica la identificación de reformas al régimen legal del matrimonio con una “crisis de la familia”? ¿A qué tipo de familia se refiere? En tu opinión, ¿qué haría que el matrimonio o “la familia” estuvieran en crisis? ¿Cuál es “la esencia” del matrimonio? ¿las reglas legales tienen *esencia o naturaleza*?³²
2. ¿De qué manera el derecho del matrimonio y de familia implican la regulación de la sexualidad de las personas?
3. El débito carnal está estrechamente vinculado con entender la procreación como “fin” del matrimonio. Durante muchos años, y no hace tanto tiempo, el “deber conyugal” llevó a considerar que no existía la violación entre cónyuges, como se desprende de la tesis de 1994 siguiente.

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE. La cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación,

32 Sobre el tema, véanse Madrazo Lajous, Alejandro, *op. cit.* y Gordley, James, *op. cit.*

sino del de ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentara en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podría sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular.³³

En 2005, la SCJN abandonó este criterio (expediente varios 9/2005-PS) y en 2021 sostuvo que es inconstitucional establecer penas menores para la violación entre cónyuges (acción de inconstitucionalidad 148/2017). ¿Qué razones crees que dio la SCJN para llegar a estas conclusiones? ¿Qué razones darías tu?

II. *La protección de los derechos humanos. ¿Qué “naturaleza” y qué “fines” del matrimonio?*

La incorporación de nuevas fuentes de derecho con la suscripción de tratados internacionales en las décadas de 1970 a 1990 planteó preguntas muy relevantes sobre las reglas que rigen el matrimonio y su relación con otros derechos. Hasta entonces, en todo lo relacionado con el matrimonio, la Suprema Corte resolvía casos con base en “los fines y esencia del matrimonio” (perpetuación de la especie y fidelidad, con roles sexuales naturalmente asignados) —como puede verse de los criterios sobre violación entre cónyuges o la asignación y pérdida de derechos parentales³⁴—, incluso cuando para resolver se atendiera a criterios relacionados con la igualdad de género.³⁵

Al mismo tiempo ocurrían diversos cambios legislativos, especialmente en el Distrito Federal, que minaban ideas fundamentales para la prevalencia del matrimonio como la única vía moral de fundar una familia y como la unión que merecía mayor protección. Los cambios en la adopción plena, el reconocimiento de derechos en el concubinato más cercanos a los reconocidos en el matrimonio y la eliminación de algunos requisitos para casarse

33 Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos.

34 Vela explica que en diversas ocasiones las decisiones sobre el reparto de responsabilidades parentales seguidas a un divorcio contenían razonamientos sobre la “calidad moral” de los excónyuges, cuyo impacto en el bienestar de niñas y niños era determinante para asignar la custodia. En este sentido, se asumía que “un mal esposo o esposa es automáticamente un mal progenitor”.

35 Vela, Estefanía, “Same-sex unions in Mexico: between text and doctrine”, en Sáez, Macarena (ed.), *Same Sex Couples-Comparative Insights on Marriage and Cohabitations*, pp. 49-83, Washington, Springer, Dordrecht, 2015.

contribuyeron a poner en tela de juicio el vínculo entre el matrimonio y la procreación. Sin embargo, los cambios legales no impidieron las contradicciones entre las reformas y los razonamientos con base en conceptos tradicionales del matrimonio y la familia, que se manifestaron a través de litigios.³⁶

Ya con estos nuevos parámetros, la incorporación del divorcio incausado (sin tener que probar una razón legal para la disolución del matrimonio) en las legislaciones locales tensionó la protección del matrimonio como un fin en sí mismo y los derechos de las personas en lo individual. Como se verá en el siguiente capítulo, al resolver sobre la validez del divorcio sin expresión de causa, la SCJN por primera vez sostuvo que mantener un vínculo matrimonial no es lo mismo que proteger a la familia.³⁷ La Corte fue clara en señalar que aunque el matrimonio es una forma de fundar una familia, el divorcio representaba sólo el reconocimiento por parte del Estado de una situación de desvinculación de los cónyuges, cuya voluntad de no permanecer unidos legalmente merece protección.

1. El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿qué familia(s)?

Aunque los cambios en la regulación del matrimonio fueron constantes, la reforma de 2009 en Ciudad de México, que eliminó el requisito de que los cónyuges en un matrimonio fueran un hombre y una mujer, iniciaría una nueva etapa en los debates sobre el matrimonio en México. Esta discusión fue paralela a otras que antes o después comenzaron en diversas partes del mundo. El debate sobre el matrimonio igualitario hizo aún más visible que la definición del matrimonio civil es contingente, elegida y transformable³⁸ y permitió verificar cómo se construyó el matrimonio y cómo puede cambiar.³⁹

En el mundo occidental pueden identificarse dos direcciones que tomaron estos debates. Por un lado, algunos países asumieron la discusión desde una postura que mantenía al matrimonio como el paradigma del derecho de familia. En estos debates, la discusión estuvo centrada en el valor del

36 *Idem.*

37 Véase, por ejemplo, amparo directo en revisión 917/2009.

38 West, Robin, *Marriage, sexuality and gender*, Colorado, Paradigm Publishers, 2007.

39 Restrepo, Esteban, “El matrimonio gay en América Latina: Entre la conformidad y la subversión”, en *Reconceptualizaciones jurídicas. El matrimonio y la violencia de género*, Ciudad de México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2018.

matrimonio por sí mismo, como un tipo de unión que, se asume, hace a la sociedad mejor. Lo que los tribunales decidieron en estos casos fue si las parejas del mismo sexo tenían derecho a casarse, sin que esto afectara la figura jurídica del matrimonio. Este enfoque, caracterizado como conformista, dejó de lado las preguntas sobre la protección que merecen otros lazos familiares que se forman en la realidad.⁴⁰

En otros, la discusión estuvo centrada en determinar si resultaba razonable mantener la preponderancia del matrimonio como forma de integrar una familia, lo que dio lugar a analizar el valor de otras formas de unidad familiar y el papel del Estado en la protección de derechos individuales de quienes deseaban casarse. Esta postura permitió reevaluar la posición legal privilegiada del matrimonio en la regulación de los derechos de la familia y sus miembros, a partir de un estudio desde los derechos a la igualdad y autonomía (o libre desarrollo de la personalidad en México), en conjunto con el derecho a la dignidad.⁴¹

En este segundo supuesto se analizó si extender el matrimonio a personas del mismo sexo era la decisión correcta, por considerar que estas parejas debían ser tratadas de forma igual a las parejas heterosexuales. Este tipo de razonamientos no requiere que los tribunales adopten una posición sobre la importancia del matrimonio en sí mismo, sino que refuerza la perspectiva de los derechos individuales, que nos lleva a preguntarnos si los beneficios planificados para parejas heterosexuales deben ser garantizados a todas las personas en una situación similar. La discusión pasa así del significado legal del matrimonio a la interpretación de los derechos individuales a la igualdad y autonomía.⁴²

En el segundo caso es en el que encuadra el enfoque adoptado por la Suprema Corte mexicana. El 29 de diciembre de 2009 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* un decreto por el que se reformaron diversas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles locales. Entre los artículos reformados se modificó el 146, para quedar como sigue:

40 Sáez, Macarena, “Transforming family law through same-sex marriage: lessons from (and to) the western world”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 25, 2014. Macarena Sáez menciona como parte de esta postura diversos casos en Estados Unidos, como *Skinner vs. Oklahoma*, *Zablocki v. Redhail* y *Goodridge v. Department of Public Health*.

41 *Idem*.

42 *Idem*.

Artículo 146.— 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.

Hasta entonces, el artículo disponía que el matrimonio debía celebrarse entre un hombre y una mujer, y agregaba que los cónyuges tenían la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Cabe mencionar que la reforma al artículo no estuvo aparejada a la modificación de las disposiciones que regulaban la adopción en la entidad, por lo que (en principio) no existía impedimento legal para que los matrimonios de personas del mismo sexo iniciaran estos procedimientos.

El mes siguiente a la publicación de la reforma, el entonces procurador general de la república presentó una acción de inconstitucionalidad ante la SCJN. Se argumentó que en México existía un “modelo ideal de familia” protegido por la Constitución, conformado por padre, madre e hijos. Por ello, la institución idónea para proteger ese modelo debía ser el matrimonio, que permitía la tutela de derechos y obligaciones asociados con la reproducción, mientras que otras uniones cuyo principal objetivo no era la reproducción podían ser protegidas mediante otras figuras jurídicas, como el concubinato y las sociedades de convivencia. Aseguró que los miembros de la familia “no tienen derechos individuales en cuanto integrantes de ella, sino que existe entre ellos una vinculación recíproca de interdependencia, una subordinación a un fin superior y una asignación de funciones dispuesta por la ley”.⁴³

Consecuente con estos y otros argumentos, el procurador solicitó a la Corte declarar la inconstitucionalidad de la reforma porque las parejas del mismo sexo no se encontraban en la misma posición que las parejas heterosexuales —dado que son incapaces para procrear de manera conjunta—. La reforma en el Distrito Federal, añadió, generaba conflictos normativos con otras entidades, que se verían obligadas a reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo. Por último, argumentó que la posibilidad de las parejas homosexuales de adoptar implicaba un perjuicio para el interés superior de la infancia.

La Corte retomó algunos razonamientos de resoluciones anteriores sobre derechos de personas trans⁴⁴ y las resoluciones sobre divorcio incausa-

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

44 Amparo directo civil 6/2008 (relativo a los derechos de las personas trans y al reconocimiento legal de su identidad).

do, para realizar un análisis del problema desde el derecho a la dignidad, asociado con el libre desarrollo de la personalidad.⁴⁵ Al resolver el caso, la SCJN sentó las bases para una completa reconfiguración del derecho de familia, que permearía todas las resoluciones posteriores en una diversidad de temas. Las ideas fundamentales de la sentencia son las siguientes.⁴⁶

- a) El matrimonio y la familia no son conceptos estáticos ni equivalentes. A partir de los cambios verificados en la legislación, la definición tradicional del matrimonio no es inmodificable por el legislador, especialmente tomando en cuenta el proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio.
- b) El mandato de protección constitucional de artículo 4 no se limita a un modelo o estructura familiar, sino que debe abarcar a la gran diversidad de formas como pueden integrarse las familias, que no siempre derivan del matrimonio. La labor del legislador debe buscar siempre arropar o acoger a todos los tipos de familia (como realidad social), sin excepción alguna.
- c) El derecho al libre desarrollo de la personalidad deriva de la dignidad humana, que protege el derecho de los individuos a elegir de forma libre y autónoma cómo vivir su vida y que comprende, entre otros, el derecho a contraer o no matrimonio y a la libertad reproductiva.⁴⁷
- d) La potencial reproducción entre cónyuges no es un fin esencial del matrimonio. Por lo anterior, que las parejas del mismo sexo no puedan procrear biológicamente no es una justificación razonable para excluirlas del matrimonio.
- e) La orientación sexual de una persona constituye una categoría especialmente protegida por la Constitución, de modo que deben justificarse de forma muy robusta las distinciones basadas en esta clasificación.
- f) A las personas con orientaciones sexuales diversas a la heterosexual y a parejas del mismo sexo no puede negárseles *a priori* la posibilidad de adoptar, en tanto no existe ninguna evidencia que indique

45 Sáez, Macarena, *op. cit.*; Vela, Estefanía, “La evolución del divorcio en clave de derechos y libertades”, *Nexos*, El Juego de la Corte, 2013. Disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3004>.

46 Acción de inconstitucionalidad 2/2010, *op.cit.*

47 *Ibidem*, párrs. 263, 265.

que es perjudicial para los niños crecer en una familia homoparental. Por el contrario, permitir la adopción para estas parejas posibilita que los niños y niñas puedan crecer en una familia.

En posteriores resoluciones,⁴⁸ la Corte sostendría que los matrimonios entre parejas del mismo sexo no sólo son admisibles, sino que las normas que las excluyen de uniones y establecen regímenes de “separados pero iguales”⁴⁹ son discriminatorias. La consecuencia de estos fallos no sólo garantizó a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio, sino que generó el acceso a todas las uniones familiares a un análisis desde un enfoque de garantía de derechos de sus miembros. De manera muy importante para toda la jurisprudencia que vendría después, lo resuelto sobre matrimonio igualitario dio pie al estudio de la familia y del derecho de familia “como realidad social”. Como señala Vela, “ahí donde hay una figura que regula derechos y obligaciones entre personas que tienen un lazo de afecto y buscan su reconocimiento por parte del Estado, ahí es donde se tiene que garantizar que el acceso a esta sea en condiciones de igualdad”.⁵⁰

Ejercicio 4. Los declaro marido y marido

1. ¿De qué manera el reconocimiento legal del matrimonio igualitario pone en duda las premisas fundamentales de la Epístola de Melchor Ocampo?

III. Aspectos relevantes sobre la regulación actual del matrimonio en México

Según la dogmática civil tradicional, a pesar de cierto debate, el matrimonio tiende a clasificarse como un acto jurídico. Esta categorización permitía catalogar las normas legales del Código Civil en lo que se conoce como requisitos de existencia (o de fondo) y validez (de forma) del matrimonio. La distinción entre este tipo de requisitos tendría como propósito

48 Véanse, por ejemplo, los amparos en revisión 581/2012, 457/2012, 567/2012 y 152/2013.

49 Ibarra, Ana y Treviño, Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra, Ana y Espejo, Nicolás (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

50 Vela, Estefanía, “Las uniones entre personas del mismo sexo”, en Martínez Verástegui, Alejandra (coord.), *Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

atribuir diferentes consecuencias jurídicas ante su falta o ausencia. No consideramos necesario profundizar en esta metodología, pues existen múltiples descripciones doctrinales de los códigos civiles en este sentido en otros trabajos.⁵¹ En muchos casos, la jurisprudencia ha modificado las normas aplicables o plantea argumentos para reconsiderar los requisitos vigentes, por lo que más bien concentraremos el estudio en la discusión jurisprudencial. Se utilizará el código de Ciudad de México como referencia.

1. Requisitos para contraer matrimonio

Código Civil para el Distrito Federal

Artículo 148. Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes hayan cumplido 18 años de edad.

Artículo 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndolo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102, 103 y 148.

a. Matrimonio de personas menores de edad

En la Ley de Matrimonio Civil de 1859, con el consentimiento de los padres —específicamente del padre— un adolescente mayor de 14 años y una adolescente mayor de 12 podían contraer matrimonio. Esta norma establecía incluso la posibilidad de que, en casos excepcionales, se llevara a cabo un matrimonio entre personas de menor edad. La Ley de Relaciones Familiares de 1917 estableció un mínimo de 14 años para la mujer y 16 para el hombre que desearan casarse (la regulación fue muy similar durante el resto del siglo XX). A pesar de la entrada en vigor de la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, en 1962, fue sólo hasta esa última década en que se tomaron acciones al respecto. Campañas interna-

51 Véanse, por ejemplo, Buenrostro Báez, Rosalía y Baqueiro Rojas, Edgar, *Derecho de familia*, Oxford University Press, 2019, pp. 70 y ss.; Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, 2010, UNAM, pp. 30 y ss.

cionales de la ONU y UNICEF concentraron esfuerzos para terminar con el matrimonio infantil y otras formas de cohabitación equiparable; una de las estrategias fue la modificación de la legislación todavía existente para subir la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años y eliminar la posibilidad de excepciones o dispensas.⁵²

En 2014 entró en vigor la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que estableció la obligación de las entidades federativas de fijar como edad mínima para casarse los 18 años. Sin embargo, prevaleció en los códigos locales la posibilidad de solicitar y obtener una dispensa judicial para casarse antes de la mayoría de edad. En 2019 entraron en vigor las reformas al Código Civil Federal, con las que se estableció que la edad mínima para casarse era 18 años y se eliminaron las dispensas y excepciones a esta regla.

Recientemente, la Suprema Corte estableció que las dispensas judiciales para contraer matrimonio antes de la mayoría de edad son inconstitucionales, pues la restricción está relacionada con la protección de la integridad de las personas menores de edad. Algunas de las principales razones por las que la Corte ratificó que la edad mínima no puede ser dispensada fueron que, frecuentemente, la permisión de matrimonios infantiles está relacionada con la pobreza, pues las uniones son vistas como un medio para asegurar la subsistencia económica de una de las partes. Además, este fenómeno está asociado con la poca o nula educación escolar, violencia por razones de género y estereotipos sobre la sexualidad que se agravan en situaciones de conflicto o crisis humanitaria. En números, la Corte destacó que según la Encuesta Nacional de la Juventud 2010, 17.3% de las mujeres entre los 20 y 24 años de edad se casaron siendo niñas, mientras que sólo 3.9% de varones estuvo en la misma situación. Además, en 2014 había 15% de adolescentes de 15 a 19 años casadas o en unión libre.⁵³

La Corte concluyó que la eliminación de las dispensas para contraer matrimonio no restringe el libre desarrollo de la personalidad de las personas menores de edad, sino que es una medida para garantizar el ejercicio de ese derecho, al constituir una protección temporal para el disfrute de la niñez que busca garantizar la oportunidad de desarrollarse de forma plena. El Código Civil Federal se modificó en este sentido en 2019 y hoy los 32 estados de la Federación eliminaron las dispensas judiciales.⁵⁴

52 UNICEF, Reporte Ejecutivo, Accelerate Actions to End Child Marriage and Early Unions in Latin America and the Caribbean, 2018.

53 Acción inconstitucionalidad 22/2016 y amparo en revisión 1364/2017.

54 El último estado en adoptar la modificación fue Baja California, el 14 de septiembre de 2021.

2. Impedimentos para contraer matrimonio

Código Civil para el Distrito Federal

ARTICULO 156.— Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

I.— La falta de edad requerida por la Ley;

II.— (DEROGADA, G.O. 13 DE JULIO DE 2016)

III.— El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.— El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.— (DEROGADA, G.O. 5 DE ABRIL DE 2017)

VI.— El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

(REFORMADA, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

VII.— La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

VIII.— La impotencia incurable para la cópula;

IX.— Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

X.— Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

XI.— El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y

XII.— El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.

ARTICULO 157.— Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.

ARTICULO 159.— El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

ARTICULO 160.— Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa.

- a) Parentesco. Tanto el Código Civil Federal como el Código Civil del Distrito Federal establecen la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas que tengan un parentesco.
- b) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

Otros impedimentos que siguen vigentes, pero deben ser analizados a la par de los criterios de la Suprema Corte son los siguientes:

- a) Violencia. Diversos códigos establecen que la violencia física y moral que se utiliza para obtener el consentimiento de una de las partes para el matrimonio resulta una causa de nulidad. Sin embargo, el derecho para ejercer la acción necesaria prescribe a los 60 días del cese de la violencia. Esta regla de procedimiento dio lugar en 2012 al ADR 413/2012, respecto a la legislación de Morelos. En el asunto, la Corte convalidó la regla, debido a que consideró que el plazo era general, razonable y objetivo, por lo que no vulneraba el derecho de acceso a la justicia. Valdría la pena preguntarnos si el entendimiento actual del tema permitiría una nueva conclusión, pues la violencia familiar es un problema de tan gran alcance en la integridad personal de las víctimas que el plazo establecido puede hacer nugatorios sus derechos.
- b) Impotencia incurable para la cópula. En diversos ordenamientos, este impedimento se contempla junto con el de padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea contagiosa o hereditaria y admite dispensa judicial. El impedimento está relacionado con la idea de que la procreación es uno de los fines esenciales del matrimonio, que fue rechazada en las sentencias que analizan la constitucionalidad del matrimonio igualitario.
- c) Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria. Este impedimento está establecido en el artículo 156 fracción IX del Código Civil de la Ciudad de México y en el 156 fracción VIII del Federal. En Ciudad de México este requisito admite dispensa judicial cuando quienes desean casarse logran acreditar que conocen los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiestan que de-

sean casarse. En el amparo directo en revisión 670/2021⁵⁵ la Corte realizó un análisis de constitucionalidad del requisito, en atención a que se trataba de la categoría sospechosa de salud, que podía dar lugar a una violación al principio de igualdad y no discriminación; determinó que el impedimento transgredía el derecho al libre desarrollo de la personalidad y afectaba la salud mental de quienes eran sujetos de la restricción. La sentencia concluyó que la medida es inconstitucional, dado que existen opciones menos restrictivas para garantizar los derechos de los cónyuges, como prestar consejería en materia de salud a quienes estén en ese supuesto.

- d) Discapacidad intelectual/incapacidad natural y legal. En diversos códigos civiles del país se establece que la discapacidad intelectual por sí misma o como causa de incapacidad legal es un impedimento para acceder al matrimonio. Esta restricción fue analizada por la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 90/2018, en relación con el Código Civil para el Estado de Guanajuato. La Corte determinó, por un lado, que las normas que asimilan la discapacidad con la incapacidad jurídica resultan contrarias al derecho humano a la igualdad y al modelo social de discapacidad (p. 18). En relación con el impedimento para contraer matrimonio, el Pleno señaló que la prohibición absoluta establecida para las personas con discapacidad intelectual de contraer matrimonio es discriminatoria y no es susceptible de interpretación conforme, sino que debe ser declarada inconstitucional. Lo anterior porque esa restricción es contraria a la dignidad del ser humano y al derecho a la igualdad, pues restringir los derechos al matrimonio y a la familia es perjudicial a las posibilidades de que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proyecto de vida en condiciones de dignidad (p. 37).

3. Plazo para poder volver a contraer matrimonio

El Código Civil Federal establece que la mujer no puede contraer matrimonio nuevamente sino hasta pasados 300 días de la disolución del anterior, a menos de que dentro de ese plazo dé a luz un hijo. En otros casos, los códigos civiles establecen la obligación de practicarse una prueba de emba-

55 Amparo directo en revisión 670/2021, fallado el 27 de octubre de 2021. El caso se analizó en relación con los requisitos de validez del concubinato, sin embargo, el mismo requisito está regulado en las uniones matrimoniales.

razo, cuyo resultado positivo debe comunicarse al oficial del Registro Civil para que rectifique la voluntad de las partes de contraer matrimonio.⁵⁶ Esta restricción sin duda asume estereotipos sobre la maternidad y las mujeres, que tendrían que ser analizados a la luz del derecho a la igualdad.

Por otro lado, algunas entidades establecían un plazo mínimo de un año sin distinción de sexo después de un divorcio para estar en posibilidad de casarse nuevamente. En la acción de inconstitucionalidad 113/2018, la Corte estableció que ese requisito es contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues aunque está relacionado con la necesidad de proteger el orden y desarrollo de la familia, no es idóneo. Establecer el plazo de forma arbitraria impone un modelo de organización y desarrollo de la familia que no corresponde con el principio de protección familiar establecido en el artículo 4 constitucional.

IV. El matrimonio y los bienes

En este apartado se describen algunas de las regulaciones sobre bienes del matrimonio, como los regímenes patrimoniales y las donaciones. Otras consecuencias de estas reglas de distribución, ya sea derivadas de la separación o de sistemas de seguridad social no enmarcados tradicionalmente en el derecho familiar, se analizan con posterioridad.

1. Regímenes patrimoniales

Los regímenes patrimoniales del matrimonio regulan las relaciones sobre los bienes entre cónyuges. De acuerdo con la Suprema Corte, son la solución que el ordenamiento jurídico ofrece para responder a las necesidades del grupo familiar originado en el matrimonio, tanto en el aspecto interno (en relación con la contribución de cada cónyuge a las cargas familiares), como en el externo (relativo a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros acreedores por las deudas familiares). En principio, las reglas legales de cada régimen económico permiten a los cónyuges pactar los aspectos específicos del régimen al cual se acogen, a través de las capitulaciones matrimoniales, y cuando los cónyuges no hagan uso de la autonomía de su voluntad en el aspecto económico referido, la ley establece las provisiones supletorias necesarias para normarlo.⁵⁷

56 Véanse, por ejemplo, artículos 155 del Código Civil de Baja California y 165 del Código Civil de Baja California Sur.

57 Contradicción de tesis 474/2019, SCJN, Primera Sala, 13 de mayo de 2020.

A diferencia de la regulación del matrimonio, los regímenes patrimoniales no tuvieron un gran número de cambios durante la historia. Durante la primera época del México independiente continuó la vigencia de la normativa colonial, en la que Las Partidas establecían un régimen de gananciales, que generaba una comunidad de bienes a partes iguales entre los cónyuges, pero administrada en todo por el esposo.⁵⁸ La vigencia de este régimen continuó con la Ley Orgánica del Registro Civil, que hacía referencia a las gananciales como el único régimen patrimonial aplicable al matrimonio.⁵⁹

Posteriormente, el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 incorporó el régimen de separación de bienes, que permitía a los cónyuges conservar la propiedad y la administración de los bienes que pertenecían a cada uno, lo mismo que los frutos y accesiones de dichos bienes. En este régimen eran propios de cada uno de los esposos los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias obtenidos por servicios personales, por el desempeño de un empleo, por el ejercicio de su profesión, comercio o industria.⁶⁰ Las disposiciones se replicaron en el Código de 1884, que estuvo vigente hasta la Ley de Relaciones Familiares de 1917. La administración de los bienes en la sociedad conyugal seguía en manos del hombre, la mujer se encontraba limitada legalmente para participar en una buena parte de actos jurídicos y la sociedad conyugal fue el régimen más utilizado.

Con el régimen revolucionario, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 terminó con la sociedad legal de gananciales como el régimen presupuesto para el matrimonio (regla subsidiaria o de *default*). La nueva ley estableció que, a falta de acuerdo en contrario, cada cónyuge seguiría siendo dueño de sus bienes y de los frutos o rendimientos que le produjeran. Dado que la ley incorporó el divorcio vincular, este cambio de normas estaba pensado (paradójicamente) para evitar abusos sobre los bienes de las mujeres, que podrían contraer matrimonio y ser abandonadas, con lo que perderían la mitad de su patrimonio.⁶¹

58 Brena, Ingrid, “Los regímenes patrimoniales del matrimonio en el siglo XIX en México”, en Bernal, Beatriz (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, t. I, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

59 Ramírez, Benito, “Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación civil federal mexicana”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, pp. 85-112, 2018.

60 *Idem.*

61 Adame, Jorge, *op. cit.*

Actualmente, la regulación jurídica del matrimonio, también en relación con los bienes, refleja la intención de conciliar la necesidad de garantizar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las dos personas contrayentes y la de someter esa autonomía a límites derivados del interés público y social para proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia. En una sociedad desigual, la conclusión sobre si efectivamente ese es el impacto de la regulación patrimonial sobre el matrimonio no es muy clara.

Sobre la regulación actual,⁶² existen tres conceptos importantes:

1. La sociedad conyugal⁶³ es la comunidad de bienes entre consortes que “por principios de equidad y justicia, consecuentes con la situación de mutua colaboración y esfuerzos que vinculan a los cónyuges”,⁶⁴ les da derecho igual sobre los bienes, de manera que participan por mitad en los beneficios y en las cargas y tienen igual derecho sobre la administración de los bienes comunes. En las cuestiones particulares sobre la sociedad son aplicables las disposiciones legales sobre copropiedad. Esta sociedad se constituye con el objetivo de lograr el sostenimiento del hogar y cubrir los gastos de la familia, por lo que las aportaciones de los cónyuges están destinados a esos fines comunes, cuando no existen capitulaciones matrimoniales en contrario.
2. Por su parte, la separación de bienes⁶⁵ es el régimen en el cual cada parte mantiene su masa patrimonial de forma independiente. Sobre este régimen, la Corte ha precisado que no puede entenderse como una situación propia de dos personas extrañas cuyos patrimonios se yuxtaponen y se comparan en un determinado momento. El régimen de separación de bienes es, antes que nada, un régimen económico matrimonial y, por tanto, es un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente armonizados con la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de esta institución.⁶⁶
3. Las capitulaciones matrimoniales (artículos 189 y 190 del Código Civil), como señalamos, son los pactos que las o los consortes celebran para constituir tanto la sociedad conyugal como la separación de bienes y reglamentar su administración. A través de un pacto, convenio o acuerdo, que se puede modificar incluso durante la vi-

62 Véanse los artículos 178 a 182 Sextus del Código Civil para el Distrito Federal.

63 Véanse adicionalmente los artículos 183 a 206 bis del mismo código.

64 Contradicción de tesis 89/96, SCJN, Primera Sala, 28 de marzo de 2001

65 Véanse los artículos 207 a 231 del código.

66 Amparo directo en revisión 2730/2015, SCJN, Primera Sala, 23 de noviembre de 2016.

gencia del matrimonio, las partes deciden sobre el destino de los bienes y su libertad configurativa está limitada únicamente por las razones establecidas en la ley, que buscan evitar acuerdos que generen inequidad o desventaja.

2. Temas especiales sobre matrimonio y bienes

a. Bienes que integran la sociedad conyugal

Un problema común en los juicios familiares es saber qué bienes integran la sociedad conyugal. En general y para Ciudad de México, de acuerdo con el artículo 183 del Código Civil, los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.

Sobre el tema, en 2010 la Corte resolvió una contradicción de criterios entre tribunales de Zacatecas. Un tribunal determinó que a falta de capitulaciones matrimoniales todos los bienes obtenidos por los cónyuges durante el matrimonio debían considerarse parte de la sociedad, entendida como una comunidad universal de bienes de las partes, pues ello era coherente con “la conciencia de que el matrimonio es una unión de esfuerzo, colaboración, trabajo y fin común, que no se distinguía en relación con los bienes”. Por su parte, otro tribunal determinó que, a falta de capitulaciones, la determinación sobre los bienes que integran la sociedad debía responder a las reglas generales de interpretación de los contratos, por lo que los bienes adquiridos a título gratuito, por herencia, donación o don de la fortuna, no forman parte del patrimonio común.

Al resolver la contradicción,⁶⁷ la Corte determinó que ante la ausencia de capitulaciones matrimoniales, los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges a título gratuito, por donación, herencia, legado o fortuna, no forman parte del patrimonio común de la sociedad conyugal, sino que debía atenderse a la regulación del sistema legal de gananciales, lo que busca alcanzar la justicia y equidad en la distribución de la riqueza obtenida durante el matrimonio. Destaca de esta resolución que la razón medular del régimen de gananciales es reconocer la participación, trabajo, colaboración y esfuerzo de ambos cónyuges para la obtención de un fin común.

67 Contradicción de tesis 474/2019, SCJN, Primera Sala, 13 de mayo de 2020.

b. Robo entre cónyuges

Los casos en los que se ha reclamado robo entre personas casadas también han permitido definir el alcance de los regímenes patrimoniales y el derecho individual de los cónyuges respecto de los bienes. El robo simple entre cónyuges⁶⁸ se puede configurar incluso cuando se comete en relación con un bien que pertenece a la sociedad conyugal, pues estos bienes están destinados a realizar los fines comunes del matrimonio, por lo que su dominio y administración residen en ambas partes de forma igual. El criterio fue reiterado en la acción de inconstitucionalidad 81/2019: el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal no implica en automático la conformación de un solo patrimonio en el que ambos cónyuges se vuelven propietarios de los bienes adquiridos a partir de la constitución de la sociedad.

c. Donaciones relacionadas con el matrimonio

Por último, repasaremos algunos de los criterios vigentes en relación con las donaciones en el matrimonio. Los códigos civiles regulan un régimen de excepción para las donaciones antenuptiales y entre consortes (cónyuges) que varía en cada estado. En Ciudad de México las donaciones antenuptiales y durante el matrimonio son revocables en cualquier tiempo y sin expresión de causa, se confirman únicamente con la muerte del donante (artículos 219 a 231 del Código Civil).⁶⁹

En diversos asuntos se ha analizado si la revocación de donaciones viola el derecho a la propiedad de la parte donataria (en los casos los bienes fueron donados por hombre a mujeres), al no poder disponer plenamente del bien sino hasta la muerte del donatario. La Corte ha concluido en cada caso que estas reglas específicas no violan el derecho a la propiedad porque las donaciones entre consortes o personas que pretenden contraer matrimonio no buscan “salvaguardar el incremento cuantitativo de riqueza de una persona, sino la posibilidad de que, a través de los bienes respectivos, pueda realizar un proyecto de vida”.⁷⁰

68 Contradicción de tesis 46/2002, SCJN, Primera Sala, 22 de noviembre de 2002 y 7 de febrero de 2003.

69 Algunos precedentes sobre el tema son los ADR 3979/2018, 7808/2018, ADR 4270/2019 y ADR 2480/2019.

70 Amparo directo 31/2020, párr. 97; contradicción de tesis 268/2021.

Este criterio también fue reiterado en los casos de revocación ocurridos después del divorcio. A pesar de que la revocación de donaciones afecta el proyecto de vida de quien recibe el bien y podría analizarse desde sus potenciales efectos adversos para determinado grupo, hasta ahora las resoluciones en esta materia han estado orientadas a establecer que las reglas de revocación no son inconstitucionales, pues no se verifica en los casos una confrontación con los derechos humanos de las partes.

3. El trabajo doméstico como aportación económica

La división sexual del trabajo en la familia (bajo la cual los hombres se dedican al trabajo fuera del hogar y las mujeres al cuidado del hogar y de los hijos) y la ausencia de valoración económica del trabajo de cuidados generaron una desventaja histórica que afecta de forma desproporcionada a las mujeres. En reconocimiento de este problema, convenciones internacionales como la CEDAW han establecido normas que determinan que es obligación de los Estados garantizar la igualdad de derechos en el matrimonio para las partes, lo que implica la necesidad de crear condiciones de igualdad en lo patrimonial y reconocer el aporte de las labores de cuidado desempeñadas en la familia.

De este modo, las reformas al Código Civil del Distrito Federal de mayo del 2000 reconocieron que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos es una contribución económica al sostenimiento del hogar. Entre otros temas, el cambio legal dio lugar a la compensación económica o indemnización. Esta figura fue replicada luego en otros códigos civiles y permite que, incluso cuando el matrimonio no se celebró conforme al régimen de sociedad conyugal, la parte que se dedicó a este “trabajo del hogar” tiene derecho a reclamar un porcentaje de los bienes obtenidos durante la relación.⁷¹

Ejercicio 5. Lo mío es mío y lo tuyo es de los dos

1. Compara las reglas patrimoniales del matrimonio de México con otros países del mundo. ¿Cuál es la regla subsidiaria (o de *default*) ante la falta de convenio expreso entre las partes?
2. ¿A quién beneficia y a quién perjudican la regla de *default*? ¿Qué principios están detrás de reconocer la voluntad de las partes en la determinación de sus bienes? ¿Qué principios estarían detrás de reconocer la sociedad conyugal como la regla de *default*?

71 La compensación económica es abordada en otro capítulo de esta obra.

3. ¿Cuál es la justificación para considerar que la donaciones entre cónyuges son revocables? ¿Cómo se relaciona la revocabilidad de las donaciones con la “excepcionalidad del derecho de familia” analizada en la introducción a este libro? ¿Estás de acuerdo con las resoluciones de la Corte que sostienen que es constitucional la revocabilidad de las donaciones entre cónyuges/consortes? ¿Bajo qué otros principios o derechos constitucionales podría analizarse esta figura?

D. CONCUBINATO: EL “OTRO MEDIO” PARA FORMAR UNA FAMILIA

Como mencionamos al inicio de la sección anterior, las dinámicas para conformar una familia han estado siempre en cambio. Resalta que mientras el número de matrimonios que se celebra y que prevalece va en decremento, el número de uniones en concubinatio, comúnmente llamadas unión libre, ha aumentado con el tiempo. Las estadísticas de nupcialidad del INEGI muestran un aumento de casi tres puntos de personas que viven en este tipo de unión. Antes de exponer cuestiones sobre la regulación de esta unión, es conveniente repasar la historia de su reconocimiento en el derecho mexicano.

Cuadro 2. Nupcialidad en México 2015-2020

Entidad federativa	Situación conyugal	2015			2020		
		Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres
Estados Unidos Mexicanos	Soltera	34.2	37.0	31.5	34.2	37.0	31.6
	Casada	39.3	40.6	38.1	35.4	36.6	34.3
	En unión libre	15.4	15.8	15.0	18.3	18.8	17.9
	Separada	4.4	2.8	5.9	5.2	3.7	6.6
	Divorciada	1.6	1.2	2.0	2.0	1.5	2.5
	Viuda	4.7	2.1	7.1	4.8	2.3	7.2
	No especificado	0.4	0.4	0.4	0.1	0.1	0.1

Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Nupcialidad, 2020.

I. ¿Quién determina cuál es “la forma moral de fundar una familia”?

La historia del concubinato en México está marcada por ser un tipo de unión con menor reconocimiento jurídico que el matrimonio. En la sección anterior desarrollamos cómo el matrimonio, legislado en gran medida a la luz de los cánones de la Iglesia católica, se configuró no sólo como la mejor opción, sino como la única alternativa que merecía reconocimiento por parte de las autoridades para formar una familia, aun cuando no necesariamente era el tipo de unión más recurrida entre la población. En este sentido, algunos estudios históricos apuntan, por ejemplo, a que la proporción de nacimientos fuera del matrimonio durante la época colonial alcanzó 60%.⁷²

Como describimos antes, los motivos para casarse no siempre estuvieron relacionados con los sentimientos y proyectos de vida de las personas contrayentes. En la Nueva España, la implantación del matrimonio como la unión legitimada por el Estado y la religión estuvo asociada al trasfondo español, la Iglesia católica y las Leyes de Indias con respecto a la herencia y los derechos de propiedad.

Raza, clase y matrimonio en la Nueva España: estado actual del debate

Elizabeth Anne Kuznesof⁷³

La nueva colonia española también estuvo sometida a los decretos del Concilio de Trento, que asumió una postura enérgica en contra del concubinato al considerar pecaminosa y emprender acción contra la cohabitación entre personas que no tuviesen impedimento de casarse. Además, la legitimación de uniones también estaba relacionada con una política orientada a preservar las castas; aunque el matrimonio entre nativos y españoles era legítimo, por ejemplo, “la corona se mostró desfavorable a las uniones entre españoles y africanos o castas, y se opuso resueltamente a los matrimonios entre indios y africanos o mulatos”.

En lo tocante a los matrimonios entre indios y negros o multados, la Audiencia de México recomendó que “se dieran órdenes especiales a los curas párrocos para que, en caso de que algún indio deseara contraer matrimonio con una persona perteneciente a estas castas, él y sus padres ... recibieran una advertencia y una explicación del grave daño ... que tales uniones les causarían a ellos, a sus familias y pueblos, además de hacer que sus descendientes fueran incapaces de ocupar un cargo municipal de honor en que se permite servir sólo a los indios de raza pura”.

72 Kuznesof, Elizabeth Anne, “Raza, clase y matrimonio en la Nueva España: Estado actual del debate”, en *Familias novohispanas, siglos XVI al XIX*, 1991.

73 Lo siguiente se transcribe de Kuznesof, Elizabeth Anne, “Raza, clase y matrimonio en la Nueva España: Estado actual del debate”, en *Familias novohispanas, siglos XVI al XIX*, 1991.

Parte de la actitud hacia los matrimonios interraciales y hacia los retoños de las uniones interraciales era resultado del concepto de “limpieza de sangre” que había cobrado reciente importancia en España después del siglo xviii, y que, con el tiempo, también adquirió importancia en las colonias españolas. Esta idea sugería que las castas necesariamente eran de personas menos dignas y menos decentes que los españoles de sangre pura. La corona siguió, en adelante, una política de “separación de las razas”, a la vez para mantener a los españoles limpios de sangre oscura y para proteger a los indios de la influencia maligna y nociva de las castas. Tales ideas acabaron por ser incorporadas en varios tipos de legislación, e impedían a las castas ingresar en ciertas ocupaciones o escuelas.

De esta forma, la historia del concubinato y su legislación no pueden entenderse lejos del carácter irregular y perseguido que tuvo durante muchos años y que generó consecuencias negativas concretas en los derechos de las personas, especialmente de niñas y niños nacidos en este tipo de relaciones, y en los efectos patrimoniales de las uniones. Al mismo tiempo, la regulación también tuvo su impacto en cuanto a las políticas raciales y de clase de la época, al ser una herramienta mediante la que se regulaba la posibilidad o no de acceder a determinados beneficios derivados de las relaciones familiares.

Los efectos legales del concubinato fueron reconocidos y regulados sólo hasta la emisión del Código Civil para el Distrito Federal de 1928.⁷⁴ La necesidad de su regulación fue atribuida principalmente a la prevalencia de este tipo de uniones entre la población; sin embargo, el reconocimiento de efectos se materializó principalmente con el objetivo de garantizar protección a hijos e hijas producto de tales uniones, aunque siguió considerándose al matrimonio como la forma legal y moral de formar una familia.⁷⁵

La admisión del concubinato como una forma de constituir una familia ganó progresivamente efectos legales al reformarse el artículo 1635 en 1983, que reconoció el derecho del concubino a heredar (que antes correspondía únicamente a la mujer). Posteriormente, en 1983 se admitió que el concubino y la concubina tendrían en la sucesión legítima los mismos derechos que los esposos. La postura de equiparar progresivamente los derechos en el concubinato a los obtenidos con el matrimonio tuvo continuidad en las siguientes reformas, por lo que en 1997 la legislación sobre violencia

74 Adame, Jorge, *op. cit.*

75 Adame, Ángel, “La génesis del Código Civil de 1928”, en Domínguez, Jorge y Sánchez, José, *80 años de vigencia del Código Civil para el Distrito Federal*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.

familiar reconoció que se trataba de hechos que también podían darse en el concubinato.⁷⁶

Por su parte, el reconocimiento de derechos entre concubinos no fue idéntico al de hijos e hijas procreados en el concubinato. La Ley de Relaciones Familiares de 1917 eliminó la diferencia entre hijos “naturales” (nacidos fuera del matrimonio) y “espurios” (resultado de uniones de personas que no podían casarse entre sí). Sin embargo, la distinción entre hijos “legítimos” (nacidos en el matrimonio) e hijos “naturales” prevaleció hasta el Código de 1928, en el que fue eliminada y los derechos fueron igualados.

Esta tendencia igualadora se consolidó con la reforma del año 2000. De acuerdo con Sosa, en ese momento el concubinato “pasó de ser una peculiaridad atípica tolerada por el legislador y regulada de manera incidental a convertirse en un auténtico equivalente del matrimonio”. Esta reforma estableció derechos alimentarios y el reconocimiento general de la aplicabilidad de todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia a este tipo de uniones.⁷⁷

II. Requisitos para la configuración del concubinato en la regulación vigente

Luego de la etapa de prohibición y condena, el concubinato se reconoce hoy como un tipo de unión autónoma. Sin embargo, a pesar de estar diferenciada del matrimonio, los requisitos sobre los que fue construido su reconocimiento no se encuentran alejados de la misma lógica que esa institución que, como señalamos, está íntimamente ligada con determinados preceptos religiosos.

Código Civil para el Distrito Federal

CAPITULO XI

Del concubinato

(REFORMADO, G.O. 29 DE DICIEMBRE DE 2009)

ARTICULO 291 Bis.— Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

⁷⁶ Adame, Jorge, *op. cit.*

⁷⁷ Sosa, Fernando, *El concubinato y su dimensión patrimonial. Evolución y perspectivas*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

(ADICIONADO, G.O. 31 DE OCTUBRE DE 2014)

Los Jueces del Registro Civil podrán recibir declaraciones con relación a existencia o cesación de concubinato, existencia o cesación de cohabitación y otros hechos relativos a relaciones de pareja que no constituyan modificaciones al estado civil, y que las personas deseen hacer constar, ante el referido Juez del Registro Civil.

(ADICIONADO, G.O. 31 DE OCTUBRE DE 2014)

Los Jueces del Registro Civil harán constar por escrito y en los formatos que al efecto se aprueben, las declaraciones emitidas por las personas que acudan a formular las mismas. Estos formatos serán conservados por la Dirección General del Registro Civil y se podrán expedir constancias de las mismas, las cuales sólo acreditan el hecho de la comparecencia y de haber emitido las declaraciones en ella contenidas. Las constancias emitidas por Dirección General del Registro Civil en los términos del presente artículo no constituyen modificaciones al estado civil de las personas, circunstancia que se asentará en los formatos respectivos.

(ADICIONADO, G.O. 31 DE OCTUBRE DE 2014)

En caso de que, mediante las declaraciones se pretenda hacer constar actos que pudieran constituir un ilícito o una modificación al estado civil de las personas, el Juez del Registro Civil podrá negar el servicio, fundando y motivando su negativa.

(ADICIONADO, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

ARTICULO 291 Ter.— Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

(ADICIONADO, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

ARTICULO 291 Quáter.— El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

(ADICIONADO, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

ARTICULO 291 Quintus.— Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Como puede observarse de la regulación vigente en el Código Civil para el Distrito Federal, los requisitos fundamentales para la configuración del matrimonio son:

- a) No tener impedimentos legales para contraer matrimonio.

- b) Cohabitación constante y permanente por un periodo mínimo de dos años previos inmediatos o un hijo en común.

Como el mismo artículo destaca, la configuración de una relación de este tipo es excluyente del reconocimiento de otras y, como en el matrimonio, la buena fe de las partes es considerada para efectos de daños y perjuicios. Al ser una relación de hecho, cuya configuración permite pero no depende de un reconocimiento oficial, diversos problemas jurídicos se relacionan con sus características. El Código regula la posibilidad de recibir declaraciones voluntarias sobre la existencia o término de estas relaciones, que no afecta el estado civil de las personas declarantes.

La constancia de declaración de cesación o de existencia del concubinato está regulada en el Reglamento del Registro Civil del Distrito Civil, cuyo artículo 40 bis establece que la comparecencia de las concubinas y los concubinos únicamente acredita ese hecho y haber emitido las declaraciones contenidas en la declaración, y establece los requisitos documentales que la pareja debe presentar.

Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal

Artículo 40 bis.— El Juez hará constar por escrito las declaraciones de las y los concubinos, en términos de lo establecido en el artículo 291 bis del Código Civil del Distrito Federal, emitidas por las personas que acudan a formular las mismas; pudiendo expedirse constancias de dichas declaraciones, las cuales sólo acreditan el hecho de la comparecencia y de haber emitido las declaraciones en ella contenidas. Las constancias emitidas no constituyen modificación del estado civil de las personas.

Para la Constancia de declaración de existencia de concubinato, los solicitantes deberán añadir a su solicitud:

1. Original y copia de identificación oficial de ambos;
2. Copia certificada, de reciente expedición, y copia simple de acta de nacimiento de los concubinos;
3. Copia certificada, de reciente expedición, y copia simple de acta de nacimiento de los hijos, en caso de haberlos;
4. Original y copia de comprobante del domicilio en el que habitan, y
5. Original y copia de constancia de inexistencia matrimonio de ambos, no mayor a tres meses.

Para la Constancia de declaración de cesación de concubinato, los solicitantes deberán añadir a su solicitud:

1. Original y copia de identificación oficial de ambos;
2. Copia certificada, de reciente expedición y copia simple de acta de nacimiento de los concubinos;
3. Copia certificada, de reciente expedición, y copia simple de acta de nacimien-

to de los hijos, en caso de haberlos, y

4. Original y copia de comprobante del domicilio en el que habitan.

En caso de que, mediante las declaraciones se pretenda hacer constar actos que pudieran constituir un ilícito o una modificación al estado civil de las personas, el Juez del Registro Civil podrá negar el servicio, fundando y motivando su negativa.

Sobre esta constancia conviene tener en cuenta que en la contradicción de tesis 163/2007 la Primera Sala reafirmó que se trata de una diligencia voluntaria, que no puede exigirse para el reconocimiento de derechos como los alimentarios ni para el establecimiento de medidas provisionales para el aseguramiento de esos derechos; en ese asunto, la Suprema Corte estableció que exigir tal constancia implicaría establecer un sistema asimétrico entre los juicios que enfrentan las personas casadas y las que vivieron en concubinato, contrario al derecho a la igualdad.

Por su parte, los artículos 291 ter, quáter y quintus dan cuenta de la equiparación de derechos mencionada previamente. Existe un reconocimiento formal de derechos sucesorios y alimentarios equiparables a los obtenidos con el matrimonio, sin embargo, en la práctica los problemas en torno a la exigencia de esos derechos están frecuentemente ligados con la necesidad de comprobación de una relación y con muchos otros supuestos en que la vida cotidiana se desarrolla. Tal como en el matrimonio, los requisitos para su configuración han sido puestos bajo la lupa en diversos asuntos de la Suprema Corte que, a la luz del nuevo paradigma del derecho de familia y del derecho a la igualdad, ha dado pie a razonamientos novedosos.

1. Libre de impedimentos para contraer matrimonio

En relación con el requisito de estar libre de impedimentos para contraer matrimonio, destaca el amparo directo en revisión 230/2014. En el caso, una mujer con diagnóstico de cáncer demandó el pago de alimentos del hombre con el que estuvo unida en una relación de pareja durante 40 años. El señor se negó al pago y argumentó que la señora no tenía derecho a pedirlo, dado que entre ellos no se había configurado una relación de concubinato porque durante su relación él estaba casado con otra persona.

La cuestión era determinar si el requisito de estar libre de impedimentos para contraer matrimonio se constituía como un impedimento para configurar concubinato y, con él, los derechos inherentes a esta relación, como los alimentos. En el caso, la Sala consideró que las familias constituidas por parejas de hecho que conviven de manera constante y estable, con base en

vínculos de solidaridad, afectividad y ayuda mutua, también son sujetos del derecho constitucional a la protección familiar, por lo que las personas que integren uniones familiares que actualizan estas características tienen derecho a beneficiarse de las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia, como son las obligaciones alimentarias. Es decir, la resolución soslayó el cumplimiento de los requisitos formales con el fin de preservar el derecho a la igualdad y la protección familiar.

Un caso similar fue resuelto en el amparo directo en revisión 3727/2018, relativo también a derechos alimentarios en una relación de pareja en que la persona demandada estaba unida en matrimonio a otra persona. En este asunto las consideraciones de la Corte estuvieron particularmente orientadas al análisis de la libertad configurativa del legislador, sobre la que señaló que el establecimiento de requisitos como estar libre de matrimonio no encuentra una justificación constitucional, sino que deja en desprotección a los núcleos familiares formados al margen de estas reglas. De esta forma, también reconoció que el matrimonio y el concubinato pueden coexistir y que la ley no puede privilegiar un modo de convivencia sobre otro. El mismo argumento de protección familiar fue fundamental en el reconocimiento de parejas del mismo sexo de acceder al concubinato, que fue estudiado en los amparos en revisión 48/2016, 1127/2015, 582/2016, entre otros.

2. Cohabitación constante y permanente

El segundo requisito, relativo a la cohabitación constante y permanente por un periodo mínimo previo, también ha sido motivo de análisis por parte de la Corte. La regla de dos años se encuentra vigente en la legislación de Ciudad de México, sin embargo, es un periodo que puede variar entre las legislaciones locales y cuya fijación fue analizada por la Primera Sala en el ADR 1766/2021.

En el caso, luego de la muerte de su concubino una mujer demandó el reconocimiento de su carácter de concubina y el pago proporcional de la pensión alimentaria correspondiente. La solicitud fue negada dado que la legislación del estado de Jalisco establece un plazo mínimo de cinco años para la configuración del concubinato, por lo que la demandante planteó en su recurso de revisión la inconstitucionalidad de las disposiciones aplicadas.

La Primera Sala concluyó que resulta contrario al principio de protección integral de la familia negar el reconocimiento de un concubinato únicamente con base en el incumplimiento del plazo prescrito por el legislador,

pues la aplicación de esta regla sería excluyente de aquellas parejas que emprenden un proyecto de vida común, fundado en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad con la finalidad de convivir de forma estable, pero que no alcanzan a satisfacer el requisito de temporalidad. De esta forma, estableció que la temporalidad puede ser una condición suficiente, pero no necesaria para acreditar el concubinato y que se debe adoptar un modelo flexible e idóneo para la acreditación de estas uniones, capaz de garantizar la protección de las estructuras familiares que no se ajustan a una visión estricta y limitante, pero que son igualmente merecedoras de protección legal y constitucional.

3. Elementos del concubinato

La construcción jurisprudencial del concubinato en general destaca tres elementos como los básicos para identificar una relación como concubinato: a) estabilidad, b) afectividad, c) solidaridad y ayuda mutua.⁷⁸ Según el último criterio de la SCJN, los tribunales pueden tomar en cuenta como el punto de partida para determinar la existencia del concubinato lo siguiente:

- a. El nivel de compromiso mutuo;
- b. La existencia de una relación estable de carácter sentimental entre las partes;
- c. La existencia de un domicilio común, su naturaleza y alcance;
- d. Las relaciones de dependencia económica que puedan existir entre las partes;
- e. La conformación de un patrimonio común;⁷⁹
- f. Los aspectos públicos de la relación;
- g. Las contribuciones pecuniarias o de otro tipo realizadas por las partes;
- h. El posible perjuicio de las partes en caso de negarse la declaratoria;⁸⁰

78 Amparo directo en revisión 1766/2021, SCJN, Primera Sala, 18 de mayo de 2022.

79 Sobre el punto se precisó que “la juzgadora o el juzgador debe ir más allá de los elementos formales como, por ejemplo, la existencia de títulos de propiedad o antecedentes registrales, privilegiando la intención común de las partes al momento de adquirir, conservar o mejorar dicho patrimonio.”

80 Aquí se aclaró que “la juzgadora o el juzgador debe incorporar elementos como los costos de oportunidad, capacidad económica y cualquier otro que resulte relevante dentro de este contexto.”

- i. Cualquier otro elemento que permita al tribunal discernir la existencia de elementos de solidaridad, afectividad y ayuda mutua entre las partes.

El precedente es enfático en precisar que es una lista enumerativa y no limitativa, esto es, puede haber otros factores, y añade que ninguno de dichos indicios es indispensable ni posee mayor relevancia que los demás. Se concluye que tanto las legislaturas como los tribunales se encuentran en libertad de incorporar elementos adicionales, con la única condición de que éstos no tengan por efecto excluir o privilegiar indebidamente a uno o más modelos particulares de familia.

III. *El concubinato y los bienes*

A diferencia de otros temas, en relación con los derechos patrimoniales la asimilación del concubinato y el matrimonio ha recibido mayor reticencia.⁸¹ Aunque existe diversidad en las legislaciones familiares⁸² sobre cómo se regulan los bienes al concluir el concubinato, muchas no establecen un régimen patrimonial supletorio, como en el caso del matrimonio. En general, se ha reconocido el derecho de sus integrantes a la compensación económica y a los alimentos.⁸³

La mayoría de los casos sobre concubinato que ha resuelto la SCJN recientemente navegan la tensión entre equiparar los concubinatos y otras uniones familiares con el matrimonio para concluir que —con base en el derecho al libre desarrollo de la personalidad— así como existe el derecho a contraer matrimonio, también existe el derecho a no casarse. La contraposición de los derechos a la protección familiar basada en la solidaridad, el derecho a la

81 Sosa, Fernando, *op. cit.*

82 Para mayor claridad, retomamos la clasificación que se realiza en la sentencia del ADR 597/2014, en el párrafo 75, que además relata que “Regulan la terminación de las relaciones económicas surgidas del concubinato: Guerrero (los bienes se rigen como en la sociedad conyugal), Hidalgo (recibe una compensación por el total de multiplicar cuatro meses por cada año de relación por el salario mínimo diario integrado vigente en Hidalgo, y sólo es aplicable al concubinato declarado judicialmente), Querétaro (los bienes se rigen como en la comunidad de bienes), Tlaxcala (los bienes se rigen como en la sociedad conyugal), Yucatán (los bienes se rigen como en la separación de bienes, no se obtiene ninguna compensación) y Zacatecas (cada concubino obtiene el cincuenta por ciento de los gananciales)”.

83 El tema se aborda en otro capítulo de esta obra.

igualdad y al reconocimiento del trabajo en el hogar, frente al libre desarrollo de la personalidad están presentes en toda esta jurisprudencia.⁸⁴

La respuesta de la Corte parece apuntar hacia reconocer la autonomía de las personas al no someterlas a los regímenes patrimoniales previstos para el matrimonio, pero, al mismo tiempo, establecer un piso mínimo de responsabilidad familiar. Esto último para reconocer —con perspectiva de género— el trabajo en el hogar y garantizar la estabilidad de las personas que pudieran encontrarse en situaciones de vulnerabilidad derivadas de un rompimiento familiar.

La primera resolución que destaca es el ADR 597/2014, en el que una mujer reclamó que la falta de establecimiento de un régimen patrimonial en el concubinato resultaba discriminatoria para las personas que formaban este tipo de uniones. La Suprema Corte determinó que no equiparar la regulación del matrimonio con el concubinato en este aspecto no resulta inconstitucional ni discriminatorio, pues para el establecimiento de un régimen patrimonial se requiere la declaración de voluntad de las partes. En este sentido, el concubinato es una unión personal sin mayores formalidades, de la que el sistema jurídico no puede presumir que las personas quieran voluntariamente adquirir mayores obligaciones más allá de lo personal y ayuda mutua que se propicien durante su relación; señaló que fijar un régimen patrimonial implicaría crear consecuencias jurídicas complejas que las partes no manifestaron querer, lo que atentaría contra la “naturaleza” de la relación.

En el mismo sentido se pronunció la Sala en el ADR 4116/2015, en el que agregó que la distinción entre matrimonio y concubinato está justificada en el respeto y garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los concubinos:

[U]na persona soltera tiene la libertad de decidir vivir en pareja y, en ese supuesto, puede hacerlo mediante el matrimonio o eventualmente actualizar un concubinato. Una de las razones para optar por el segundo puede ser, claramente, el hecho de que no se crea una relación de estado ni todo el entramado jurídico de obligaciones y deberes que conlleva el matrimonio, particularmente sus eventuales consecuencias patrimoniales. Mientras que este último exige una serie de formalidades legales y da lugar, por mandato legal, a un catálogo obligacional libremente aceptado por los contrayentes, el concubinato encuentra su origen en la vida en

84 Véase Treviño Fernández, Sofía del Carmen, Roldán Orozco, Omar Giovanni y Rubio Rufino, Isabel Lucía, *Cuaderno de jurisprudencia núm 4. Concubinato y uniones familiares*, México, CEC-SCJN, 2020.

común de sus miembros sin que exista una manifestación expresa de la voluntad. Es precisamente el respeto a esa voluntad no exteriorizada, anclada en el libre desarrollo de la personalidad, lo que persigue el legislador al abstenerse de establecer presuntivamente un régimen patrimonial específico para los concubinos (párr. 45).

Ejercicio 6. ¿El derecho a no casarse?

En algunos asuntos, la SCJN declaró inconstitucional el artículo 273, párrafo tercero, del Código Civil de Querétaro que establece un régimen de comunidad de bienes en casos de concubinato. Se consideró que es violatorio del derecho a la libre autodeterminación de los concubinos al establecer, sin posibilidad de elección, un régimen patrimonial en el concubinato, pues aunque es una medida orientada a la protección de la familia, no es razonable ni proporcional.⁸⁵

1. Ante la historia del concubinato y el acceso al matrimonio, así como las múltiples razones por las que la gente decide o no casarse, ¿estás de acuerdo con la decisión de la Corte para Querétaro? Si tanto el matrimonio como el concubinato pueden generar situaciones de dependencia económica, ¿está justificado eliminar la sociedad de bienes prevista por el legislador para casos de concubinato?, ¿qué pasaría si hubiera la posibilidad de realizar un pacto en contrario?, ¿estaría justificado que ante la ausencia de pacto en contrario rigiera la comunidad de bienes?
2. La ausencia de legislación específica sobre las consecuencias económicas y patrimoniales del concubinato ha causado muchos problemas y ha dejado a personas desprotegidas, ¿cómo se podría legislar este tema en respeto de todos los derechos e intereses que ha reconocido la SCJN rigen las relaciones de familia?⁸⁶

E. SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

Por último, haremos una breve mención de las sociedades de convivencia, como una unión legislada en algunas entidades, que en sus orígenes estuvo vinculada con el reconocimiento legal de uniones entre personas del

85 Véase, entre otros, amparo directo en revisión 928/2017, SCJN, Primera Sala, 4 de julio de 2018.

86 Véanse, por ejemplo, las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (artículos 509 a 528).

mismo sexo. La Ley de Sociedades de Convivencia fue publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de noviembre de 2006, y entró en vigor el 17 de marzo de 2007. De acuerdo con su propio texto, su objetivo principal era definir y regular un nuevo tipo de unión entre dos personas, llamado “sociedad de convivencia”.

Esta sociedad fue descrita como la conformada por dos personas, de diferente o del mismo sexo, con el objeto de establecer un “hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua” (artículo 2). El artículo 4 estableció que sólo pueden constituir una sociedad de convivencia personas mayores de edad, con plena capacidad jurídica, no unidas en matrimonio, concubinato o en otra sociedad de convivencia y que no sean parientes consanguíneos en línea recta, sin límite de grado, o en línea colateral hasta el cuarto grado (artículo 4). La ley también estableció que su registro no era obligatorio, pero producía efectos frente a terceros. Sus principales efectos, conforme a la primera publicación y la posterior Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México, son la obligación proporcionarse alimentos entre los socios, la configuración de derechos sucesorios y el derecho a desempeñar la tutela respecto de la otra persona.

Dado que fueron utilizadas como una forma de regular y reconocer las uniones entre parejas del mismo sexo, excluyéndolas de la posibilidad de formar un matrimonio o un concubinato, fueron objeto de críticas y de análisis por parte de la Suprema Corte. En asuntos como la acción de inconstitucionalidad 8/2014, la Corte señaló que resultaba discriminatorio establecer de forma diferenciada una figura exclusiva para las parejas del mismo sexo. En particular, determinó que era inconstitucional que bajo la legislación civil del estado de Campeche la sociedad de convivencia sea la única unión disponible para las parejas del mismo sexo y que, por otro lado, con base en ello se les impida el acceso a la figura de la adopción.

Ejercicio 7. Amigos con beneficios

De lo descrito en este capítulo parecería que el derecho de familia en las relaciones entre adultos se ha alejado de la regulación de la sexualidad y la reproducción para concentrarse en las relaciones de dependencia o “ayuda mutua” que merecen reconocimiento y protección legal. Las sentencias de la SCJN sobre concubinato son un claro ejemplo de cómo la “estabilidad, afectividad, solidaridad y ayuda mutua” sirven ahora como fundamento del derecho familiar, en oposición a la rigidez del matrimonio que, como vimos, ha estado marcado por una historia de exclusión y desigualdad.

La constitución legal de una familia conlleva el reconocimiento de cargas y beneficios legales que van más allá del derecho civil. Con base en la transición descrita en el párrafo anterior, reflexiona sobre qué otro tipo de relaciones entre adultos merecen o podrían tener regulación legal en el derecho familiar: ¿qué tipos de relaciones entre adultos generan dependencia?, ¿podríamos reconocer, por ejemplo, sociedades de convivencia para amigos o amigas que no tengan una relación de pareja?⁸⁷

F. CUADROS DE REFERENCIAS

Cuadro 1. Referencias legislativas y normatividad

Constitucional y tratados internacionales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4.
- Convención Americana de Derechos Humanos: artículos 17, 18 y 19.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículos 2, 5, 14 y 16.

Legislación

- Código Civil del Distrito Federal: principalmente los artículos 146 a 291 y 291 Bis a 291 Quintus.

Cuadro 2. Referencias jurisprudenciales

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Matrimonio

- Acción de inconstitucionalidad 2/2010, SCJN, Pleno, 16 de agosto de 2010 (matrimonio igualitario en la CDMX)
- Acción de inconstitucionalidad 90/2018, SCJN, Pleno, 30 de enero de 2020 (la discapacidad como impedimento para contraer matrimonio)
- Acción de inconstitucionalidad 113/2018, SCJN, Pleno, 18 de junio de 2020 (plazo para poder contraer matrimonio después del divorcio)
- Amparo directo en revisión 917/2009, SCJN, Primera Sala, 23 de septiembre de 2009 (divorcio sin expresión de causa)
- Amparo directo en revisión 413/2012, SCJN, Primera Sala, 2 de mayo de 2012 (violencia como causa de nulidad del matrimonio)

87 Ver, por ejemplo, Laura A. Rosenbury, “Friends with Benefits”, *Michigan Law Review*, vol. 106, 2007, pp. 202-219.

- Amparo directo en revisión 2730/2015, SCJN, Primera Sala, 23 de noviembre de 2016 (límites del régimen de separación de bienes)
- Amparo en revisión 581/2012, SCJN, Primera Sala, 5 de diciembre de 2012 (matrimonio igualitario: Oaxaca I)
- Contradicción de tesis 46/2002, SCJN, Primera Sala, 22 de noviembre de 2002 y 7 de febrero de 2003 (robo entre cónyuges)
- Contradicción de tesis 474/2019, SCJN, Primera Sala, 13 de mayo de 2020 (sociedad conyugal sin capitulaciones matrimoniales)

Concubinato

- Amparo directo en revisión 597/2014, SCJN, Primera Sala, 19 de noviembre de 2014 (los bienes en el concubinato)
- Amparo directo en revisión 4116/2015, SCJN, Primera Sala, 16 de noviembre de 2016 (diferencias entre matrimonio y concubinato)
- Amparo directo en revisión 3727/2018, SCJN, Primera Sala, 2 de septiembre de 2020 (el requisito de estar “libre de matrimonio”)
- Amparo directo en revisión 670/2021, SCJN, Primera Sala, 27 de octubre de 2021 (la enfermedad como impedimento)
- Amparo directo en revisión 1766/2021, SCJN, Primera Sala, 18 de mayo de 2022 (criterios para identificar un concubinato)

Sociedad de convivencia

- Acción de inconstitucionalidad 8/2014, SCJN, Pleno, 11 de agosto de 2015 (adopción homoparental)

^A Entendemos *jurisprudencial* en sentido amplio, esto es, sentencias emitidas por la SCJN y otros órganos jurisdiccionales con independencia de que constituyan jurisprudencia en términos de la Ley de Amparo.

Cuadro 3. Otras referencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva OC24/17 de 24 de noviembre de 2017. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Serie A No. 24.

Comité de Derechos Humanos

- Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23-La Familia (1990). Disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2f-CCPR%2fGEC%2f6620&Lang=en»

Comité CEDAW

- Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución) (2013). Disponible en: «<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9496.pdf>».

Suprema Corte de Justicia de la Nación

- *Matrimonio y divorcio*, Cuadernos de jurisprudencia, núm. 13, julio de 2022
- *Concubinatos y uniones familiares*, Cuadernos de jurisprudencia, núm. 4, septiembre de 2020
- *Compensación económica*, Cuadernos de jurisprudencia, núm. 2, julio de 2020

Bibliografía

- Adame, Ángel, “La génesis del Código Civil de 1928”, en Domínguez, Jorge y Sánchez, José, *80 años de vigencia del Código Civil para el Distrito Federal*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.
- Adame, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004.
- Aguirre, E., “Do changes in divorce legislation have an impact on divorce rates? the case of unilateral divorce in Mexico”, *Latin American Economic Review* 28, núm. 1, pp, 1-24, 2019.
- Aguirre, E., “The (non) impact of education on marital dissolution”, *Discussion Papers 19/15*, Department of Economics, University of York, 2019.
- Arrom, Silvia, “Liberalismo y derecho de familia en México: los Códigos Civiles de 1870 y 1884”, en León de Leal, Magdalena, *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.
- Beltrán y Puga, Alma, “La laicidad y el excepcionalismo del derecho de familia en México: un apunte histórico”, en Capdevielle, Pauline y Medina, María (coords.), *Bioética Laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- Brena, Ingrid, “Los regímenes patrimoniales del matrimonio en el siglo XIX en México”, en Bernal, Beatriz (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, t. I, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- Buenrostro Báez, Rosalía y Baqueiro Rojas, Edgar, *Derecho de familia*, Oxford University Press, 2019.
- Coontz, Stephanie, *Marriage, a history: from obedience to intimacy or how love conquered marriage*, Nueva York, Viking, 2005.
- Cott, Nancy, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1993.

- Halley, Janet y Rittich, Kerry, “Critical directions in comparative family law, genealogies and contemporary studies of family law exceptionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, núm. 4, pp. 753-775, 2011.
- Ibarra, Ana y Treviño, Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra, Ana y Espejo, Nicolás (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Nupcialidad, 2020. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/nupcialidad/>.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “INEGI presenta la estadística de matrimonios 2020”, Comunicado de prensa núm. 549/21, 30 de septiembre de 2021.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género”, Comunicado de prensa núm. 340/2022, 28 de junio de 2022.
- Jaramillo, Isabel Cristina, “Familia”, en Motta y Saéz (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Siglo del Hombre Editores, 2008.
- Jaramillo, Isabel, “The social approach to family law: conclusions from the canonical family law treatises of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVIII, núm. 4, pp. 843-872, 2010.
- Jaramillo, Isabel, *Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.
- Kuznesof, Elizabeth Anne, “Raza, clase y matrimonio en la Nueva España: Estado actual del debate”, en *Familias novohispanas, siglos XVI al XIX*, 1991.
- Madrazo Lajous, Alejandro, *Revelación y creación. Los fundamentos teológicos de la dogmática jurídica*, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Mijangos y Gonzáles, Pablo, “¿Secularización o Reforma? Los orígenes religiosos del matrimonio civil en México”, *Hispania Sacra*, LXVIII 137, enero-junio, pp. 105-117, 2016.
- NeJaime, Douglas, Richard, Ralph, Grossman, Joanna y Kim, Suzanne, *Family Law in a changing America*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2021.
- Ortíz-Ávila, E., “Estrato sociodemográfico y patrones relacionados con la primera unión o la primera maternidad en México, 2018”, *Población y Salud en Mesoamérica*, 18(1), 2020. Disponible en: <https://10.15517/psm.v18i1.40350>.
- Pérez Amador, J., “Continuity and change of cohabitation in Mexico: same as before or different anew”, *Demographic Research*, p. 35. 2016. Disponible en: doi: 10.4054/DemRes.2016.35.42.
- Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, 2010, UNAM.
- Ramírez, Benito, “Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación civil federal mexicana”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, pp. 85-112, 2018.
- Restrepo, Esteban, “El matrimonio gay en América Latina: Entre la conformidad y la subversión”, en *Reconceptualizaciones jurídicas. El matrimonio y la violencia de género*, Ciudad de México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2018.
- Sáez, Macarena, “Transforming family law through same-sex marriage: lessons from (and to) the western world”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 25, 2014.

- Sánchez, Ramón, “Los grandes cambios en el derecho de familia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1981.
- Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia en México*, Porrúa, 1991.
- Sosa, Fernando, *El concubinato y su dimensión patrimonial. Evolución y perspectivas*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.
- Treviño, Sofía, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y backlash en México”, en Martínez Verástegui, Alejandra (coord.), *Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.
- Treviño Fernández, Sofía del Carmen, Roldán Orozco, Omar Giovanni y Rubio Rufino, Isabel Lucía, *Cuaderno de jurisprudencia núm 4. Concubinato y uniones familiares*, México, CEC-SCJN, 2020.
- UNICEF, Reporte Ejecutivo, Accelerate Actions to End Child Marriage and Early Unions in Latin America and the Caribbean, 2018.
- Vela, Estefanía, “La evolución del divorcio en clave de derechos y libertades”, *Nexos*, El Juego de la Corte, 2013. Disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3004>.
- Vela, Estefanía, “Same-sex unions in Mexico: between text and doctrine”, en Sáez, Macarena (ed.), *Same Sex Couples-Comparative Insights on Marriage and Cohabitations*, pp. 49-83, Washington, Springer, Dordrecht, 2015.
- Vela, Estefanía, “Las uniones entre personas del mismo sexo”, en Martínez Verástegui, Alejandra (coord.), *Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.
- West, Robin, *Marriage, sexuality and gender*, Colorado, Paradigm Publishers, 2007.

Regulación patrimonial de las uniones afectivas en México y su disolución*

Alma Beltrán y Puga
Lina Céspedes-Baez

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. UN POCO DE HISTORIA. C. EL DIVORCIO Y LA DESIGUALDAD ECONÓMICA. D. TIPOS DE DIVORCIO EN MÉXICO. I. El divorcio judicial por causales. II. El divorcio por mutuo acuerdo. III. El divorcio unilateral o incausado. E. ¿QUÉ ESTÁ EN JUEGO EN EL DIVORCIO? I. Los bienes. II. El cuidado y el trabajo doméstico. III. Los alimentos y el ejercicio de la sexualidad. F. CONCLUSIONES; G. ANEXO.

A. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se aborda la regulación de las uniones afectivas en México, enfocado particularmente en el matrimonio. Para ello, se realiza un análisis de los efectos patrimoniales de la disolución del vínculo entre las (ex)parejas, en la medida en que las dimensiones y consecuencias de la regulación patrimonial de las uniones afectivas sólo se hace evidente cuando éstas terminan. En este sentido, se estudia desde una perspectiva de género principalmente la figura del divorcio y sus consecuencias distributivas para los cónyuges. Entre los tipos de divorcio más utilizados resalta el unilateral o sin causa, que está contemplado en 21 entidades del país. El sistema de causales fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en 2015.

Se reconoce que el concubinato es un tema de importancia debido al aumento de esta figura como arreglo afectivo en el país. Las cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) indican que en el periodo comprendido entre 2000 y 2020, “el porcentaje de la población casada ha dismi-

* Las autoras agradecen la asistencia de investigación de Isabella Bermúdez y Julián Pacheco, estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario para la elaboración de este texto.

nuido 11 puntos (de 49% a 38%)”,¹ que el de “la población en unión libre aumentó nueve puntos porcentuales (pasó de 11 a 20%) y el de la ex unida se incrementó de 9 a 12 por ciento”.² No obstante, existe una falta de claridad en la regulación de sus efectos patrimoniales en la legislación estatal y la prevalencia de criterios jurisprudenciales para resolver estos temas en el concubinato que pueden resultar contradictorios para las mujeres. En este sentido, la SCJN ha privilegiado la autonomía de la voluntad de las partes para decidir el régimen patrimonial de bienes en el concubinato, lo que puede generar incertidumbre jurídica para las mujeres que se encuentran en esta unión afectiva y promueven amparos para que se reconozcan sus aportes económicos al patrimonio común o buscan liquidar los bienes compartidos con sus ex parejas.

El análisis distributivo de las normas jurídicas familiares consiste en examinar qué está en juego, cómo incide el género en la distribución de los recursos e intereses en disputa, así como en la capacidad de negociación, intercambio de bienes (tangibles e intangibles) y en los posibles reclamos entre las parejas.³ Este análisis asume que hay negociaciones “dentro y fuera” del derecho, es decir, que las reglas jurídicas familiares estructuran una serie de posibilidades de negociación y reclamos, pero que también pesan los arreglos privados o informales que se dan a “la sombra” del derecho.⁴

En este sentido, los efectos distributivos de la disolución de las uniones de pareja deben verse también en el contexto social, considerando las brechas salariales, el trabajo doméstico no remunerado realizado principalmente por las mujeres, los arreglos de cuidado y los incentivos que se generan en el mercado laboral para permanecer dentro o fuera de una unión afectiva. Por tanto, el análisis normativo de la legislación civil estatal se entreteje con estadísticas poblacionales y un recuento histórico de algunas diferencias de género ocasionadas por la legislación del divorcio en México, así como con el análisis de sentencias relevantes de la Suprema Corte en la materia.

1 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Comunicado de Prensa Núm. 114/21. “ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL 14 DE FEBRERO DATOS NACIONALES”, 2021. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_14FEB21.pdf, p. 1.

2 La población “ex unida” se refiere a personas separadas, divorciadas y viudas. *Idem*.

3 Alviar, H. y Jaramillo, I., *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2012.

4 Mnookin, R. y Kornhauser, “Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce”, *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, *Dispute Resolution*, pp. 950-997, 1979.

B. UN POCO DE HISTORIA

La Revolución mexicana de 1910 tuvo profundas consecuencias para el divorcio y los derechos de propiedad de las mujeres casadas. En el siglo XIX, la mayoría de las legislaciones civiles en América Latina sometían a las mujeres a la potestad marital, lo que implicaba que fueran consideradas incapaces relativas. Como resultado de esta limitación en la capacidad, las mujeres casadas fueron apartadas de la administración de sus propios bienes y de los bienes que constituían el patrimonio común de la pareja, alejadas del mundo de los negocios, relegadas de la dirección del hogar y sometidas a ejercer una autoridad parental restringida.⁵ A pesar de que en 1870 México fue el primer país que estableció la separación de bienes como un régimen jurídico que las parejas podían escoger, el Código Civil de 1884, elaborado por juristas de corte liberal, mantuvo la potestad marital sobre las mujeres y limitó su libertad contractual.⁶ El matrimonio además era indisoluble y el divorcio sólo autorizaba la separación de cuerpos. Por tanto, el divorcio en el siglo XIX era utilizado más que nada por las mujeres para salirse de situaciones de violencia o para reclamar pensiones alimenticias.⁷

En contraste, con los cambios revolucionarios en la legislación familiar ocurridos entre 1914 y 1917⁸ el uso creciente del divorcio por las mujeres en la Ciudad de México en las primeras décadas del siglo XX tuvo como objetivo obtener libertad financiera respecto de sus maridos.⁹ El desarrollo

-
- 5 Céspedes-Báez, Lina María y Cardozo, Clara Carolina, “Socias invisibles, amas de casa por siempre: análisis feminista de la sociedad de hecho en el concubinato”, en Isabel Cristina Jaramillo, *Género en Transición. Estudios sobre el papel del derecho en la distribución de recursos para y en el postconflicto colombiano*, Nueva York, Peter Lang, 2020, pp. 168, 178-179; Deere, C. D., “Married Women’s Property Rights as Human Rights: The Latin American Contribution”, *Florida Journal of International Law*, pp. 101-113, 2005;
 - 6 Arrom, Silvia, “Liberalismo y derecho de familia en México: los Códigos Civiles de 1870 y 1884”, en León de Leal, M. y Rodríguez, E., *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.
 - 7 García, A., “El divorcio en el Distrito Federal en los albores del siglo XX: la rebelión de los hombres”, *Signos Históricos*, vol. XVIII, núm. 36, pp. 118-147, 2016.
 - 8 La Revolución mexicana de 1910 tuvo marcados discursos progresistas que se plasmaron en la legislación civil por los líderes liberales triunfantes que querían continuar la tradición laica de las Leyes de Reforma promulgadas por Benito Juárez. El Ejército Constitucionalista, encabezado por Venustiano Carranza, expidió varias leyes sobre familia entre 1914 y 1917, entre ellas, la Ley del Divorcio.
 - 9 García, A., “El divorcio en el Distrito Federal en los albores del siglo XX: la rebelión de los hombres”, *Signos Históricos*, vol. XVIII, núm. 36, pp. 118-147, 2016.

modernizador del Porfiriato (1876 a 1911), que acogió a muchos extranjeros a favor del divorcio, así como el incremento de las mujeres casadas de clase media en la economía del país, promovió que la demanda de estas mujeres de administrar libremente sus bienes se agudizara y los juicios de divorcio aumentaron en la capital.¹⁰ La mayoría de las mujeres accionantes tenía algún tipo de ingreso que le daba una autonomía relativa respecto de los maridos. Además, en los convenios de separación preferían quedarse con los bienes inmuebles, pues arrendarlos les generaba un ingreso fijo que ayudaba a su sostenimiento económico.¹¹ Por otra parte, los hombres demandaban el divorcio para poder recuperar su libertad y volver a casarse.¹²

Bajo discursos liberales progresistas y después de la promulgación de la Ley del Divorcio Civil en 1914,¹³ la Ley de Relaciones Familiares de 1917 fue expedida por Venustiano Carranza, quien encabezaba el Ejército Constitucionalista, y consideraba que “los derechos y deberes de los consortes deben regularse sobre la base de la igualdad entre estos”, dejando atrás el imperio del marido sobre la mujer. El principio de igualdad se manifestó en que ambos tenían “igual autoridad” dentro del hogar, podían administrar los bienes comunes y cada uno disponer libremente de los propios. Sin embargo, las mujeres siguieron sometidas “a la autorización del marido para prestar servicios personales a personas extrañas” y obligadas a hacer las tareas domésticas, mientras que los hombres se consideraban el sostén económico del hogar. Además, a falta de capitulaciones matrimoniales, se eliminó la presunción de la sociedad conyugal como régimen patrimonial y se estableció que el régimen sería la separación de bienes.

La Ley de Relaciones Familiares consideró al matrimonio “un contrato civil”, incluyó el divorcio vincular estableciendo una serie de causales, entre las cuales estaba el mutuo consentimiento transcurrido un año de casados. La infidelidad de las mujeres era siempre considerada causal de divorcio, mientras que la masculina sólo podía alegarse en ciertas circunstancias: cuando ocurría dentro del domicilio conyugal, se probara un concubinato, por escándalo o insulto público del marido hacia la esposa, y maltrato de la mujer adúltera.¹⁴ Se establecieron sanciones personales y

10 *Idem.*

11 *Idem.*

12 *Idem.*

13 Véase Ley sobre Divorcio Civil, 19 de diciembre de 1914, expedida por Venustiano Carranza. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4091/9.pdf>.

14 Véase la Ley de Relaciones Familiares, 1917, artículo 77.

patrimoniales para el cónyuge culpable (lo que hoy se conoce como “divorcio sanción”), así como el derecho a una pensión alimenticia para la mujer que no hubiera dado pie al divorcio, mientras no se volviera a casar y viviera honestamente. De ahí que algunos códigos estatales del país todavía impongan esta restricción moral a las mujeres separadas para poder reclamar alimentos.¹⁵

Considerando el legado de la Constitución Política de 1917, fruto de un pensamiento revolucionario predominantemente liberal, el Congreso Federal dio facultades al presidente Plutarco Elías Calles para expedir reformas a la legislación civil, por lo que fue elaborado el Código Civil para el Distrito Federal y para toda la república en materia federal en 1928, que entró en vigor en 1932. Desde entonces, la legislación civil en México ha tenido varias reformas, separando el Código Civil del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) y el Federal.¹⁶ Por lo tanto, la mayoría de los códigos civiles estatales adoptaron y reformaron algunas reglas en materia de divorcio y regímenes patrimoniales del Código Civil del Distrito Federal de 1928, existiendo actualmente una heterogeneidad legislativa en la regulación de estos temas, como puede apreciarse en el anexo.

C. EL DIVORCIO Y LA DESIGUALDAD ECONÓMICA

Según el INEGI, “el estado civil de las personas varía según si se vive en localidades más o menos pobladas del país¹⁷, y buena parte de la población inicia su vida en pareja entre los 20 y 30 años”.¹⁸ De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda de 2020, “38% de las personas de 15 años o

15 Aguascalientes, Baja California, Baja California del Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Durango, Guerrero, Guanajuato, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Zacatecas.

16 Jiménez García, J. “Código Civil para el Distrito Federal de 1928”, *Revista de Derecho Privado*, Año 2, Núm. 5, 2003, p. 23-51.

17 Por ejemplo, “las localidades con menos de 2,500 habitantes tienen la proporción más alta de personas en unión libre (16.4%), la cual disminuye conforme aumenta el tamaño de la localidad. En contraste, en localidades de 100 000 y más habitantes, proporcionalmente hay más solteros (36.1%), así como separados o divorciados (6.4%) y menos casados (39.8%) o en unión libre (13.2 por ciento)”. Véase Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Estadísticas de nupcialidad*, 2010, p. 200.

18 *Ibidem*, p. 201.

más está casada, 30% es soltera y 20% vive en unión libre”.¹⁹ En materia de cifras desagregadas por la variable sexo, se “destaca que el porcentaje de mujeres ex unidas (separadas, divorciadas y viudas) es mayor al de los hombres, sobre todo en aquellas que están viudas (8% respecto a 3% de los hombres.”²⁰

De acuerdo con estadísticas de 2005 a 2018, la tasa anual de divorcios ha tenido aumentos sostenidos de 1 a 3% por año.²¹ Según datos del INEGI, “los divorcios respecto a los matrimonios han aumentado de manera constante, entre 2000 y 2019 casi se quintuplicaron, al pasar de siete a 32 divorcios por cada 100 matrimonios”.²² Esto no quiere decir que el matrimonio o las uniones duraderas estén en riesgo, ya que como se observa de las estadísticas poblaciones hay una vocación general de las personas jóvenes de vivir en pareja (entre los 25 y los 30 años), siendo las uniones de hecho una tendencia al alza. Los matrimonios entre parejas del mismo sexo también son cada vez más frecuentes. En 2019, se registraron 3,600 matrimonios de personas del mismo sexo en México, lo que representó un incremento de 7.1% en comparación con las cifras de 2018.²³ El número total de matrimonios igualitarios en el país supera los 500,000 por año.²⁴

Al momento de redacción de este capítulo, no existe un cuerpo extenso de estudios empíricos detallados sobre el divorcio y los efectos de los regímenes patrimoniales de las parejas después de la separación que los aborden desde una perspectiva de género. Un estudio reciente en Israel encontró que mientras los hombres de clase alta obtienen mayores ingresos después del divorcio, los de clase media y baja son poco afectados económicamen-

19 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Comunicado de Prensa Núm. 114/21. “ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL 14 DE FEBRERO DATOS NACIONALES”, p. 1.

20 *Idem.*

21 Statista Research Department, Evolución anual del número de divorcios por cada 100 matrimonios en México entre 2005 y 2018, A partir del 2010 se registran divorcios en matrimonios del mismo sexo, 2021. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/575077/evolucion-de-la-tasa-de-divorcio-en-mexico/#:~:text=En%202018%2C%20se%20registraron%20en,inicio%20del%20periodo%20de%20estudio>.

22 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Comunicado de Prensa Núm. 114/21. “ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL 14 DE FEBRERO DATOS NACIONALES”, p. 2.

23 Statista Research Department, México: número de matrimonios entre personas del mismo sexo 2010-2019, 2021. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1186169/numero-matrimonios-homosexuales-mexico/>.

24 *Idem.*

te por la separación, pero los ingresos de las mujeres de *todos* los niveles socioeconómicos disminuyen en comparación con los recibidos el año anterior a la separación.²⁵ Este estudio explica que lo anterior se deba a la brecha salarial, la manutención de los hijos e hijas y la falta de experiencia laboral de las mujeres divorciadas que se dedicaron a las tareas domésticas no remuneradas durante el matrimonio.²⁶

En esta misma línea, estudios de género en distintos países consideran que las mujeres se empobrecen después del divorcio, sobre todo las que realizan mayores labores de cuidado cuando no hay indemnizaciones que lo reconozcan posteriores al divorcio.²⁷ La violencia doméstica es también un factor de empobrecimiento económico, pues reduce la productividad laboral de las mujeres por faltas al trabajo o por los costos adicionales en que incurren asociados con las agresiones que experimentan, como trámites legales y gastos en salud física y mental.²⁸ De igual forma, existe evidencia de que las “principales afectadas por la manera en la que opera actualmente el régimen de alimentos son las mujeres”, debido al alto incumplimiento de los pagos de las cuotas, lo que las deja materialmente al cuidado de sus hijos e hijas.²⁹ Así, la dificultad que encuentran las mujeres para hacer efectivos los derechos de sus hijos a recibir alimentos de sus padres contribuye a su empobrecimiento económico, impide su acceso al mercado laboral, detiene su carrera profesional y las incentiva a realizar trabajos informales para responder a las cargas de cuidado que recaen en ellas.³⁰

25 Endeweld, M., Herbst-Debby, A. y Kaplan, A., “Do the Privileged Always Win? Economic Consequences of Divorce by Income and Gender Groups”, *Social Indicators Research: An International and Interdisciplinary Journal for Quality-of-Life Measurement*, p. 1, 2021.

26 *Idem*.

27 Carbone, J. “A Feminist Perspective on Divorce.” *The Future of Children*. Vol. 4, No. 1, 1994, pp. 183-209; Huaita, M., “Introducción” y “Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio”, en Facio, A. & Fries, L. *Género y Derecho*, Chile, Ediciones La Morada, 1999; Ramírez, Beatriz, “Amores rotos, impactos desiguales. Reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género”, *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia, Gaceta Jurídica*, pp. 265-287, 2013.

28 Alviar, H., “Violence against women as an economic issue: Making sense of fragmented field”, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, 3(2), pp. 53-73, 2016.

29 Jaramillo, I. y Anzola, S., *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Colombia, Universidad de los Andes, 2018, p. 11.

30 *Idem*.

En este contexto, es esencial preguntarse si los regímenes patrimoniales de las uniones afectivas protegen de manera adecuada los derechos patrimoniales de hombres y mujeres. La razón que sustenta esta pregunta se encuentra en la necesidad de determinar si la ordenación de los derechos patrimoniales de las parejas incide en la discriminación de las mujeres. La respuesta permitirá determinar si es necesaria una agenda que propenda por su reforma y sus precisos términos.

D. TIPOS DE DIVORCIO EN MÉXICO

A lo largo del tiempo, el derecho ha diseñado instituciones jurídicas que facilitan y canalizan los efectos jurídicos de la terminación de la vida de los cónyuges. De la indisolubilidad del matrimonio que primaba en la legislación civil de la región en el siglo XIX, se pasó en el siglo XX a un sistema de causales de divorcio y en el XXI a privilegiar el divorcio sin causa o por la voluntad de uno de los cónyuges.³¹ De acuerdo con el INEGI, en México “[e]n 2019, casi dos terceras partes de los divorcios (63%) se tipificaron por ser voluntarios unilaterales, en tanto que 35% se dieron por mutuo consentimiento”.³² Estos datos confirman la tendencia legislativa y jurisprudencial a privilegiar el divorcio unilateral y por mutuo consentimiento sobre el sistema de causales, cada vez más en desuso en el país.

I. *El divorcio por mutuo acuerdo*

El divorcio por mutuo consentimiento fue introducido en el Código Civil del Distrito Federal de 1928 como una forma expedita de separación. Cuando los cónyuges tuvieran un año de casados, fueran mayores de edad,

31 El divorcio unilateral, es decir, sin que se tenga que probar la causa de la disolución, se acepta en Argentina, Brasil, Costa Rica y México (22 estados); algunos códigos civiles de estos países exigen de uno a tres años de separación de hecho para poder solicitar el divorcio o permanecer mínimo un año dentro del matrimonio; en el caso de México, véanse Huaita, M., “Introducción” y “Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio”, en Facio, A. & Fries, L. *Género y Derecho*, Chile, Ediciones La Morada, 1999; Beltrán y Puga, A. *Movilización feminista y derecho de familia: la regulación del divorcio civil en Colombia*. Tesis doctoral, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2019.

32 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Comunicado de Prensa Núm. 114/21. “ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL 14 DE FEBRERO DATOS NACIONALES”, p. 7.

no tuvieran hijos y se liquidara la sociedad conyugal, el juez del Registro Civil solamente los llamaría a ratificar su solicitud, declarando la separación y levantando el acta correspondiente.³³

La comisión redactora del Código Civil de 1928 justificó este tipo de divorcio considerando “que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los intereses sagrados de los hijos o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos”.³⁴ Actualmente, la mayoría de códigos del país establecen dos tipos de vías para la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento: la judicial y la administrativa.³⁵

Se tramita por la vía administrativa ante un Oficial del Registro Civil, cuando se acredita que los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos ni bienes que liquidar. Algunos códigos estatales señalan que la mujer no debe estar embarazada ni los cónyuges deberse alimentos para solicitar este tipo de divorcio.³⁶ El estado de Jalisco establece que este tipo de divorcio también se puede realizar por conciliación o mediación.³⁷

II. El divorcio judicial

Cuando existe consenso entre las partes para divorciarse, los cónyuges son adolescentes³⁸, tienen hijos en común, están casados por sociedad conyugal o no hay convenio sobre cómo repartirse los bienes del patrimonio común, el divorcio se tramita de forma judicial.

33 Domínguez, J., *Derecho Civil Familia*, México, Porrúa, 2014.

34 *Ibidem*, p. 411.

35 Ciudad de México, Jalisco, Sinaloa, Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Guerrero, Michoacán, Morelos, Tabasco, Baja California, Baja California del Sur, Chiapas, Chihuahua, Durango, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

36 Véase Código Civil de la Ciudad de México, Jalisco, Coahuila, Michoacán, Chiapas, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas.

37 Ver, artículo 405 ter del Código Civil de Jalisco.

38 La SCJN declaró constitucionalmente válida la edad mínima de 18 años para contraer matrimonio, promoviendo que los matrimonios entre adolescentes no sean válidos. Ver, SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, 26 de marzo de 2019; Primera Sala, Amparo en Revisión 1364/2017, 21 de noviembre de 2019.

En México, 7 estados todavía contemplan el divorcio necesario o contencioso a través de la invocación de causales ante un juez.³⁹ La dogmática del derecho de familia ha discutido cuándo el divorcio necesario constituye un remedio y cuándo una sanción. En el primer caso, se considera que hay causas “objetivas” de la separación por lo que no hay culpabilidad de ninguno de los cónyuges. Estas causas suelen ser: enfermedad crónica e incurable, afectaciones a la salud mental que generan un estado de interdicción, declaración de ausencia o presunción de muerte. En el segundo, se considera a una de las partes culpable de la ruptura conyugal, por razones de infidelidad, abandono del hogar, violencia, falta a los deberes dentro del matrimonio (como la falta de apoyo y el deber de dar alimentos), la sevicia, la calumnia, entre otras.

Lo que distingue a estos dos tipos de divorcio es la sanción al cónyuge culpable que tiene implicaciones tanto personales como patrimoniales.⁴⁰ En estos casos, si el régimen patrimonial del matrimonio fue la sociedad conyugal, el cónyuge culpable pierde su derecho a los frutos y productos de los bienes del inocente (los gananciales).⁴¹ Así, “el juez puede conceder además una indemnización al cónyuge inocente por daño moral, si las causas del divorcio comprometen su integridad personal”.⁴² Asimismo, el cónyuge inocente tiene derecho a recibir alimentos, mientras que el culpable no, excepto si se encuentra en estado extremo de necesidad. Si ambos son culpables no se configura la obligación alimentaria.⁴³

En algunos códigos estatales el derecho de recibir alimentos del cónyuge inocente se limita en los casos de las mujeres “mientras no contraigan nuevas nupcias y vivan honestamente”.⁴⁴ De igual forma, 8 códigos civiles

39 Baja California, Campeche, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Sonora y Tabasco. Por otro lado, la legislación de Colima contiene una serie de causales sin perjuicio de las cuales, cualquiera de los cónyuges puede solicitar a la autoridad judicial el divorcio manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio. Ver, Art. 268, Código Civil de Colima.

40 Beltrán y Puga, Alma, “La crítica de Los binarios y el reto de la distribución en el Caso Del divorcio”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, núm. 45, pp. 47-81, 2016.

41 *Idem*.

42 Fernández Revoredo, M., *Manual de Derecho de Familia, Constitucionalización y diversidad familiar*, Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad del Perú, 2013.

43 *Idem*.

44 Aguascalientes, Baja California, Baja California del Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Durango, Guerrero, Guanajuato, Michoacán, Na-

dan la custodia preferente al cónyuge inocente⁴⁵ o a las mujeres.⁴⁶ Durante el proceso de divorcio, el juez civil o familiar puede decretar de oficio, o a petición de una de las partes, medidas provisionales sobre la separación de los cónyuges, la custodia provisional de niños, niñas y adolescentes, la subsistencia de quienes tengan derecho a alimentos, y en casos de violencia doméstica, dictar órdenes de protección para evitar daños a la integridad personal de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados.

III. *El divorcio unilateral o incausado*

Este tipo de divorcio está regulado expresamente en 21 estados de la república; existe una tendencia legislativa y judicial a reconocerlo.⁴⁷ En los estados donde no está regulado se aplica la jurisprudencia de la SCJN, que ha privilegiado el derecho al desarrollo de la libre personalidad y la autonomía de la persona que quiere separarse, declarando el régimen de causales inconstitucional cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges. La SCJN ha considerado que

el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las legislaciones de Morelos y Veracruz (y ordenamientos análogos), que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se trata de una medida legislativa que restringe injustificadamente ese derecho fundamental, toda vez que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y de orden público.

[...]

De acuerdo con lo anterior, los jueces de esas entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. No obstante, el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge

yarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Zacatecas.

45 Durango, Guanajuato y Tabasco contemplan custodia preferente para el cónyuge inocente.

46 Sonora, Puebla, Quintana Roo, Durango, Ciudad de México, Chihuahua, Campeche y Baja California del Sur.

47 Actualmente lo regulan Ciudad de México, Aguascalientes, Baja California del sur, Chiapas, Coahuila, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Tlaxcala, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante.⁴⁸

Para efectos prácticos, la SCJN ha hecho posible el divorcio unilateral inclusive cuando no está expresamente contemplado en algún código estatal. Éste se diferencia del divorcio por mutuo consentimiento porque no hace falta que ambos cónyuges estén de acuerdo en separarse, sino que opera con la sola voluntad de una de las partes. Se tramita por la vía judicial, a solicitud de una o ambas partes. La SCJN ha declarado inconstitucional el requisito temporal -de haber transcurrido al menos un año de la celebración del matrimonio- para solicitar el divorcio.⁴⁹ Se presenta una propuesta de convenio por la parte que se quiere separar estableciendo los términos para cumplir con los deberes de alimentos, la disolución del régimen patrimonial y la custodia de los hijos, en caso de haberlos.

En este tipo de proceso, el juez declara el divorcio y en caso de que no haya acuerdo sobre el convenio de separación, las disputas sobre los bienes, alimentos y el cuidado de los hijos se tramitan por la vía incidental. Si hubo acuerdo sobre algunas de las propuestas del convenio, el juez debe aprobarlas en la sentencia o en el auto respectivo. La SCJN ha determinado que son inconstitucionales las cláusulas del convenio de divorcio que reproduzcan asimetrías de poder entre hombres o mujeres o fomenten la desigualdad de género.⁵⁰

No obstante, el convenio de separación puede ser impugnado por el juez y el Ministerio Público cuando no se protejan adecuadamente los intereses de los niños, niñas y adolescentes.⁵¹ El juez debe suplir de oficio las deficiencias de las partes en el convenio propuesto. Sin embargo, el divorcio se decreta a pesar de las diferencias que tengan las partes. Al igual que otros tipos de divorcio, el juez puede dictar las medidas necesarias para asegurar

48 Jurisprudencia 1a./J. 28/2015 (10a.), Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 20, julio de 2015, t. I, Décima Época, p. 570, registro 2009591.

49 SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 113/2018, 18 de junio de 2020.

50 1a./J. 58/2021 (11a.), Primera Sala, SCJN, “CONVENIO DE DIVORCIO. SON INCONSTITUCIONALES LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE REPRODUZCAN RELACIONES DE PODER ENTRE GÉNEROS.” *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 8, Diciembre de 2021, Tomo II, p. 1005. Registro: 2023935.

51 Baqueiro, E. y Buenrostro, R. *Derecho de Familia*, México, Oxford University Press, 2009.

los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el deber de dar alimentos entre los cónyuges y las órdenes de protección cuando hay violencia.

Indudablemente, el divorcio unilateral respeta los principios liberales que privilegian la libertad y la autonomía de las personas, y que han nutrido históricamente el derecho de familia en México. Las reformas legislativas han justificado este tipo de divorcio basándose en las obligaciones del Estado de no interferir con la esfera privada de las personas y de respetar sus decisiones íntimas,⁵² así como evitar procesos largos, desgastantes y costosos en términos emocionales y económicos.⁵³ Sin embargo, la defensa del régimen de causales todavía se aprecia en las demandas de amparo en contra de las legislaciones civiles y familiares de los estados que han optado por incorporar el divorcio unilateral. Los agravios de un amparo en revisión estudiado por la SCJN en el 2012 plantearon que el divorcio unilateral en la legislación familiar de Hidalgo, “constituye una violación al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de que la eliminación de las causales de divorcio implica el dejar de proteger a la familia y exponerla de forma total a su eliminación por la simple voluntad de uno de los cónyuges”.⁵⁴

La parte quejosa alegaba que la ausencia de causales de divorcio reforzaba el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio, ya que no había sanciones legales para el cónyuge culpable de la ruptura. Además, consideraba que “la sanción legal no se satisface con la indemnización compensatoria, pues contrariamente a lo razonado en la sentencia impugnada dicha compensación siempre ha sido una consecuencia del divorcio, además de que la misma tiene una naturaleza indemnizatoria y no sancionatoria”.⁵⁵ De igual forma, argumentaba que el divorcio incausado era contrario a las garantías de audiencia y legalidad establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos por la inexistencia

de las etapas procesales regulares (contestación a la demanda, ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, formulación de alegatos), que le privaba de sus

52 Véase, por ejemplo, Exposición de Motivos de la reforma al Código Civil del Distrito Federal de 2008 para establecer el divorcio unilateral. Gaceta Oficial del Distrito Federal, 3 de octubre de 2008. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/DISTRITO%20FEDERAL/Decretos/DFDEC160.pdf>.

53 Véase Decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo en materia de divorcio, citado en SCJN, Amparo en Revisión 1905/2012, sentencia de 22 de agosto de 2012, pp. 35-37.

54 Amparo en revisión 1905/2012, SCJN, sentencia de 22 de agosto de 2012, p. 14.

55 *Ibidem*, p. 13.

derechos al estado civil, a heredar de su cónyuge, a una pensión alimentaria, a usar su nombre de casada, a ser considerada como tal y a continuar formando una familia.⁵⁶

La SCJN no concedió la razón a la quejosa, al considerar que a) el matrimonio no es la única forma de constituir o conservar relaciones familiares; b) los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos reconocen, en las disposiciones sobre la familia, la disolución del matrimonio de acuerdo con los procedimientos legales establecidos, por lo cual los Estados son libres para regular el tema, siempre y cuando no incurran en discriminación en los procesos jurisdiccionales; c) el divorcio incausado no viola la integridad de las familias, pues su finalidad es evitar la afectación en el desarrollo psicosocial de sus integrantes; d) no se deja indefensa a la quejosa porque cuando hay conflicto, los derechos de las partes subsisten para exigirlos en un juicio diverso, y e) la figura de la compensación económica es una consecuencia del divorcio y no una sanción legal.⁵⁷

Cuadro 1. Tipos de divorcio en México

Tipo de divorcio	Requisitos	Autoridad ante quien se tramita	Observaciones
<p>Judicial o contencioso</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tienen hijos en común. • Están casados por sociedad conyugal. • No hay convenio sobre cómo repartirse los bienes del patrimonio común. • Las causales de divorcio fueron declaradas inconstitucionales por la SCJN en el 2015. 	<p>Juez de Familia</p>	

56 *Ibidem*, p. 15.

57 *Ibidem*, p. 37-46.

Tipo de divorcio	Requisitos	Autoridad ante quien se tramita	Observaciones
Administrativo (Mutuo consentimiento)	<ul style="list-style-type: none"> • Ambos cónyuges están de acuerdo con el divorcio. • No hay hijos • No hay bienes que liquidar <p>* Algunos códigos estatales también señalan que la mujer no debe estar embarazada ni los cónyuges deberse alimentos al solicitar este tipo de divorcio.</p>	Oficial del Registro Civil	En algunos estados también puede ser por mediación o ante notario (Coahuila, Jalisco, Estado de México, Michoacán y Ciudad de México, entre ellos).
Unilateral o incausado	<ul style="list-style-type: none"> • La sola voluntad de una de las partes. <p>Se presenta una propuesta de convenio por quien se quiere separar sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los deberes de alimentos. • La disolución del régimen patrimonial. • La custodia de los hijos, en caso de haberlos. 	Juez de Familia En Ciudad de México, Michoacán, Tlaxcala, Yucatán y Jalisco, entre otros estados, se puede acudir a medios alternativos de controversias (mediación o conciliación) para llegar a un convenio.	Si hubo acuerdo sobre algunas de las propuestas del convenio, el juez debe aprobarlas en la sentencia o en el auto respectivo. Las disputas sobre los bienes, alimentos y el cuidado de los hijos se tramitan por la vía incidental.
<p>En todos los divorcios judiciales, el juez debe decretar de oficio, o a petición de una de las partes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medidas para asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes (lo que incluye determinaciones sobre custodia y alimentos). • El deber de dar alimentos entre los cónyuges. • En casos de violencia doméstica, dictar órdenes de protección para evitar daños a la integridad personal de las mujeres, niñas, niños y adolescentes afectados. 			

Fuente: elaboración propia.

E. ¿QUÉ ESTÁ EN JUEGO EN EL DIVORCIO?

En este capítulo entendemos que el divorcio es un dispositivo jurídico de remedio, sanción y distribución de bienes materiales, como la propiedad o los alimentos, e inmateriales como el cuidado, cuyos arreglos tienen un impacto en el ejercicio de la sexualidad. El divorcio permite poner fin a la unión de una pareja, imponer sanciones cuando el ordenamiento jurídico contemple causales de culpabilidad y determinar el estado patrimonial de las personas que deciden no continuar con la vida común y los arreglos para el cuidado de los hijos (cuando los hay). Las consecuencias del divorcio dependen de la regulación que ordena los deberes, derechos y obligaciones de la pareja cuando se celebra el matrimonio o se forma el concubinato. En este sentido, el divorcio, así sea un hecho futuro, estará determinado por las reglas que gobiernan la vida de la pareja y su familia, y estará influido directamente por el poder de negociación que estas tuvieron a lo largo de su convivencia.

En virtud de la heterogeneidad de la legislación estatal en México, no será lo mismo separarse o divorciarse en un estado que en otro. En la distribución de los bienes, el cuidado y la posibilidad de rehacer la vida con otra pareja influyen también los vínculos de dependencia económica que existan entre los cónyuges o concubinos, las redes de cuidado infantil, el ingreso percibido por cada uno en el mercado laboral, las prestaciones sociales estatales a las que cada uno tenga acceso, y el trabajo doméstico realizado por alguno de ellos (o por ambos) durante y después de la separación.

Desde los estudios de género, una de las principales preocupaciones es que en las separaciones se logren arreglos igualitarios entre las parejas, sobre todo para las mujeres que están en desventaja económica respecto de sus maridos por realizar más trabajo doméstico no remunerado, pues enfrentan mayor discriminación en el mercado laboral o tienen más dificultades para acceder a una pensión en la vejez y a una mayor esperanza de vida.⁵⁸ (Huaita, 2009; Beltrán y Puga, 2016).

En México, las cifras del INEGI demuestran que las mujeres siguen siendo quienes mayoritariamente se dedican a trabajo de cuidado doméstico y de

58 Ramírez, Beatriz, *op. cit.*; Jaramillo, I. y Anzola, S., *op. cit.*; Céspedes-Báez, Lina María y Cardozo, Clara Carolina *op. cit.*; León de Leal, M. y Deere, C. D., “De la potestad marital a la violencia económica y patrimonial en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 2021. Disponible en: <https://search-ebSCOhost.com.ez.urosario.edu.co/login.aspx?direct=true&db=edsvlx&AN=edsvlx.861677985&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

cuidado no remunerado en los hogares, pues dedican 67% de tiempo a este.⁵⁹ Las mujeres casadas “registran el mayor valor neto per cápita del trabajo no remunerado de los hogares, con 71.5 miles de pesos; mientras que los hombres casados aportan 22.1 miles de pesos, valor que representa una tercera parte del realizado por las mujeres.”⁶⁰ Les siguen las mujeres separadas, divorciadas o viudas, con \$48,700. De acuerdo con el INEGI, cuando en el hogar existen menores de 6 años, “la participación de las mujeres en el valor neto per cápita es tres veces mayor al de los hombres.”⁶¹ Este dato le permite concluir al Instituto que son las mujeres quienes siguen asumiendo en su mayoría la carga de trabajo derivada de la crianza de niños y niñas en estas edades.⁶²

En materia de ingresos propios, las mujeres casadas o unidas se encuentran en situaciones económicas más vulnerables. Los datos del INEGI de 2018 revelan que 31.7% de las mujeres casadas o unidas de 15 años o más que no asisten a la escuela no tienen ingresos propios. En el caso de solteras y separadas, divorciadas o viudas, los porcentajes son de 23 y de 9.5. Lo anterior es preocupante, ya que en 2018 había más de 13 millones de personas en esa situación, de las cuales 82.6% eran mujeres.⁶³ No contar con un ingreso propio puede afectar de manera significativa el poder de negociación de las mujeres dentro del hogar, lo cual tiene incidencia en su vida de pareja y en las condiciones para terminar la convivencia por separación o divorcio. Por estos motivos, es necesario examinar cómo las normas jurídicas sobre los bienes, la custodia y los alimentos contribuyen o no a la promoción de arreglos más (o menos) igualitarios entre las parejas durante su vida en común y en el momento de la extinción del vínculo afectivo.

I. Los bienes

La legislación civil permite a los cónyuges escoger entre dos tipos de regímenes patrimoniales, a través de las capitulaciones matrimoniales: la

59 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) e Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres), Encuesta Nacional sobre el Uso del Tiempo (ENUT), 2019. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enut/2019/doc/enut_2019_presentacion_resultados.pdf.

60 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Mujeres y hombres en México 2019*, México, Inegi, 2019. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825189990.pdf.

61 *Idem.*

62 *Idem.*

63 *Ibidem*, p. 116.

sociedad conyugal o la separación de bienes. Cuando la pareja, previamente o durante la celebración del matrimonio, omite pronunciarse sobre el régimen de su preferencia, los códigos estatales de 19 estados establecen como presunción patrimonial la sociedad conyugal, la sociedad legal o una copropiedad de bienes entre los cónyuges.⁶⁴ La sociedad conyugal se entiende como los bienes elegidos por los cónyuges que entran a formar parte de su patrimonio común mientras están casados. En general, las legislaciones estatales consideran bienes propios de los cónyuges los obtenidos por herencia, legado, donación o los recibidos a título gratuito por una de las partes.⁶⁵ De igual forma, se entiende que los bienes previamente adquiridos no formarán parte de la sociedad conyugal, a menos de que se pacte en contrario por las partes.

La diferencia con la sociedad legal es que en ésta “la ley suple la voluntad de los cónyuges determinando qué bienes la integran, su administración y liquidación”.⁶⁶ En otras palabras, es una sociedad conyugal regulada por la ley; por ejemplo, en Jalisco, el artículo 288 del Código Civil determina qué bienes forman parte del patrimonio común.⁶⁷ En contraste, en la sociedad

64 Aguascalientes, Baja California, Baja California del Sur, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Durango, Jalisco, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Tamaulipas, Veracruz.

65 Códigos de Jalisco, Aguascalientes, Coahuila, Hidalgo, Michoacán, Tabasco, Baja California del Sur, Chiapas, Chihuahua, Durango, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

66 Villalobos, E., *Manual de Derecho de Familia*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 87.

67 Artículo 288 del Código Civil del estado de Jalisco: “Forman el patrimonio de la sociedad legal:

I. Todos los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de su profesión u oficio;

II. Los bienes que provengan de herencia, legado o donación hechos a ambos cónyuges sin designación de parte. Si hubiere designación de partes y éstas fueren desiguales, sólo serán comunes los frutos de la herencia, legado o donación;

III. El numerario extraído de la masa común para adquirir bienes por resolución de contrato u otro título que pertenezca por derecho propio a alguno de los cónyuges, anterior al matrimonio;

IV. El precio de las refacciones de crédito, y el de cualesquiera mejora y reparaciones hechas en fincas o créditos propios de cada uno de los cónyuges;

V. El exceso o diferencia de precio dado por uno de los cónyuges en venta o permuta de bienes propios para adquirir otros en lugar de los vendidos o permutados;

VI. Los bienes adquiridos por título oneroso durante la sociedad, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los consortes; y

VII. Los frutos, accesiones, rentas o intereses percibidos o devengados durante la sociedad, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los consortes.”

conyugal los cónyuges libremente determinan qué forma parte de su patrimonio común. En Ciudad de México la lista de bienes debe establecerse mediante un escrito privado, y cuando haya transferencias de propiedad éstas deben constar en escritura pública ante notario e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.⁶⁸ De igual forma, el escrito debe indicar, entre otras cuestiones, si se trata de una comunidad absoluta o parcial, es decir, si todos los bienes presentes o futuros forman parte de la sociedad, cómo se dividirán las utilidades entre los cónyuges, la administración de los bienes y las bases para liquidar la sociedad en caso de disolución.⁶⁹ La ley prohíbe pactos en los que sólo alguien reciba todas las ganancias o soporte de forma desproporcionada las pérdidas del capital aportado.

Por otra parte, 10 estados establecen la separación de bienes como régimen presunto ante la omisión de los cónyuges.⁷⁰ Nuevo León no especifica qué régimen deberá prevalecer. Campeche considera que “los bienes no comprendidos en la sociedad conyugal, están sujetos al régimen de separación de bienes”.⁷¹ En Baja California, Baja California Sur y Sinaloa opera la premisa contraria: “Los bienes no comprendidos en el régimen de separación se registrarán por sociedad conyugal”.⁷² En la separación de bienes los cónyuges conservan la situación patrimonial que tenían previamente al matrimonio, con la excepción de las contribuciones económicas que destinadas al sostenimiento económico del hogar, a los alimentos entre sí y destinados a los hijos u personas dependientes. Este régimen puede establecerse antes y durante el matrimonio a través de las capitulaciones matrimoniales. Cuando los cambios de régimen implican bienes inmuebles debe hacerse la anotación en la escritura pública correspondiente. Los cónyuges pueden también pactar casarse bajo un régimen mixto. Es decir, conservar algunos bienes propios y señalar que los demás ingresan a un patrimonio común. Los cambios de régimen se permiten cumpliendo los requisitos de ley para el establecimiento de cada uno, que varían según la legislación estatal.

68 Baqueiro, E. y Buenrostro, R. *Derecho de Familia*, México, Oxford University Press, 2009, p. 112.

69 *Idem*.

70 Campeche, Coahuila, Guerrero, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Quintana Roo, Yucatán y Zacatecas.

71 Véase el artículo 220 del Código Civil de Campeche.

72 Véanse los artículos 205 y 211 del Código Civil de Baja California y Baja California del Sur, respectivamente; además, el artículo 122 del Código Familiar del Estado de Sinaloa.

En el caso del concubinato, hay vacíos significativos en la legislación civil para establecer qué régimen patrimonial aplica cuando no hay un acuerdo explícito de las partes sobre éste. En general, la ley no obliga a adoptar algún tipo de régimen patrimonial. Al respecto, la SCJN ha considerado que no puede presumirse la sociedad conyugal como el régimen aplicable en las uniones de hecho, pues “no se puede presumir que las personas quieran voluntariamente adquirir mayores obligaciones más allá de lo personal y ayuda mutua que se propicien durante su relación”.⁷³ La SCJN ha defendido la libre elección de la pareja del régimen patrimonial, inclusive en casos en los que la legislación sí establece cuál debe regir. En este sentido, la Corte consideró inconstitucional el artículo 273 del Código Civil de Querétaro, que establecía el régimen de comunidad de bienes como el aplicable en el concubinato, por considerar que la medida si bien protegía la familia no era razonable ni proporcional.⁷⁴

A través de amparos, se ha cuestionado si la falta de reglas para la disolución de bienes bajo este tipo de unión es discriminatoria respecto del matrimonio, en el cual sí se contemplan reglas de distribución de bienes durante la unión y en caso de separación.⁷⁵ A pesar de que la SCJN ha considerado que esta ausencia de reglas distributivas en el concubinato no crea situaciones de desigualdad familiar, sino que pretende reconocer “la libertad patrimonial de las parejas”, los casos resueltos parecen estar demostrando lo contrario.⁷⁶ Ésta es una de las razones por las que algunas mujeres han presentado demandas de amparo sobre la liquidación de bienes inmuebles que han sido adquiridos conjuntamente durante el concubinato.⁷⁷

Si bien la Corte ha establecido, en algunos casos, que debe reconocerse la posibilidad de que los bienes adquiridos se liquiden bajo las reglas de una sociedad civil, considerando que han sido resultado del trabajo común de la pareja, en otros, ha fallado que no se puede presumir que existe un patrimonio común entre los concubinos cuando faltan pruebas de que existió un

73 Amparo directo en revisión 597/2014, SCJN, Primera Sala, 19 de noviembre de 2014, párr. 64.

74 Amparo directo en revisión 633/2017, SCJN, Primera Sala, 4 de julio de 2018.

75 Treviño, S. Roldán, O. y Rubios, I. *Concubinato y Uniones Familiares. Cuadernos de Jurisprudencia Núm. 4*. México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2020.

76 Idem.

77 Amparo directo en revisión 4116/2015, SCJN, Primera Sala, 16 de noviembre de 2016. Razones similares han sido dadas en ADR 597/2014, ADR 4219/2016, ADR 6333/2017, ADR 928/2017, ADR 557/2018; ADR 5630/2017, ADR 3703/2018 y en el ADR 3376/2018.

acuerdo de la pareja señalando que todos los bienes adquiridos durante la vigencia del concubinato entran a formar parte de ese patrimonio.⁷⁸

Por tanto, la omisión legislativa parece generar una discriminación implícita hacia las mujeres. Esto se puede concluir de la lectura de algunas demandas en las que ellas principalmente piden la existencia de un patrimonio común formado en el concubinato, en el que se encuentran en juego bienes inmuebles adquiridos durante su existencia. Las mujeres en su posición de demandantes tienen la carga de demostrar que la unión existió y acreditar que los bienes fueron adquiridos por ambos.⁷⁹ Históricamente, las mujeres han enfrentado barreras considerables para acceder a la titularidad de los bienes inmuebles. Por lo que esta omisión legislativa, sumada a la tendencia liberal de los tribunales y la SCJN, de privilegiar “la libertad de decisión” de la pareja o de asumir que no querían formar un patrimonio común por estar bajo un concubinato, podría estar siendo un factor determinante en la generación de perjuicios patrimoniales para las mujeres debido a la discriminación económica histórica que han padecido y a los déficits en su poder de negociación en la pareja y en el hogar que esta circunstancia les genera.

Cuadro 2. Los bienes

Sociedad conyugal	Separación de bienes
<p>Bienes elegidos por los cónyuges que entran a formar parte de su patrimonio común mientras están casados.</p> <p>Se consideran bienes propios los obtenidos por herencia, legado, donación o los recibidos a título gratuito por una de las partes.</p> <p>Los bienes previamente adquiridos no formarán parte de la sociedad conyugal, a menos de que se pacte en contrario por las partes.</p> <p>La lista de bienes debe establecerse mediante un escrito privado y cuando haya transferencias de propiedad, éstas deben constar en escritura pública.</p>	<p>Los cónyuges conservan la situación patrimonial que tenían previamente al matrimonio. No se incluyen las contribuciones económicas destinadas al sostenimiento económico del hogar, a los alimentos entre sí y destinados a los hijos u personas dependientes.</p> <p>Puede establecerse antes y durante el matrimonio a través de las capitulaciones matrimoniales.</p> <p>Cuando los cambios de régimen implican bienes inmuebles debe hacerse la anotación en la escritura pública correspondiente.</p>

78 Amparo directo en revisión 4219/2016, SCJN, Primera Sala, 25 de abril de 2018. Razones similares se han dado en CT 148/2012, ADR 597/2014, ADR 4116/2015 y en el ADR 3376/2018.

79 Amparo directo en revisión 3376/2018, SCJN, Primera Sala, 7 de noviembre de 2018.

Sociedad conyugal	Separación de bienes
Régimen mixto	
Los cónyuges pueden conservar algunos bienes propios y señalar que los demás ingresan a un patrimonio común.	
Los cambios de régimen se permiten cumpliendo los requisitos de ley para el establecimiento de cada uno, que varían según la legislación estatal.	
Concubinato	
Hay vacíos significativos en la legislación civil para establecer qué régimen patrimonial aplica cuando no hay un acuerdo explícito de las partes sobre éste.	
En general, la ley no obliga a adoptar algún tipo de régimen patrimonial.	

Fuente: elaboración propia.

II. *El cuidado y el trabajo doméstico*

El debate de qué régimen patrimonial beneficia más a las mujeres después del divorcio⁸⁰ no está zanjado. En México, existe la figura de la compensación económica establecida en 22 estados, mediante la cual el cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar no remuneradas tiene derecho hasta a 50% de los bienes del otro cónyuge cuando estén casados bajo el régimen de separación de bienes.⁸¹ El objetivo de estas reformas, que iniciaron en el 2000 con la legislación civil de Ciudad de México, fue reconocer el trabajo doméstico y de cuidado realizado por alguno de los cónyuges dentro del matrimonio y compensar esa contribución económica a la vida en común de la pareja. La SCJN ha considerado constitucional la compensación económica inclusive en el caso de matrimonios celebrados antes de las reformas legislativas⁸² o en el concubinato.⁸³ Asimismo, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales “tienen la obligación de tomar cuenta las

80 Esta pregunta y su respuesta también pueden servir para determinar qué régimen es más benéfico para la persona con menos poder de negociación en la pareja, o para la persona que dedica más tiempo al trabajo doméstico y de cuidado no remunerado a expensas de su plena inserción laboral.

81 Entre los estados que tienen esta disposición se encuentran Ciudad de México, Aguascalientes, Baja California, Baja California del Sur, Chiapas, Coahuila, Colima, Guerrero, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

82 Contradicción de Tesis 24/2004, SCJN, Primera Sala, 3 de septiembre de 2004.

83 Amparo directo en revisión 6333/2017, SCJN, Primera Sala, 4 de julio de 2018.

especificidades, duración y grado de dedicación al trabajo del hogar como parámetros para determinar el monto de la eventual compensación, a fin de no invisibilizar las diversas modalidades del trabajo del hogar.”⁸⁴

La pregunta que surge con respecto a esta previsión es si el porcentaje máximo de 50% es apropiado para determinar el monto de la compensación económica, sobre todo cuando se tienen en cuenta los datos del INEGI en los que se demuestran las brechas de género desfavorables para las mujeres en materia de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado. Ahora, aunque la SCJN ha reivindicado los derechos de las mujeres reconociendo a) la validez de normas civiles que recompensan el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado y b) considerando que no es obligación de las mujeres realizarlo, se ha quedado corta en determinar las consecuencias económicas que estas normas imponen en la vida de las mujeres en relación con el régimen patrimonial aplicable a la unión. Así, en la revisión de un amparo directo, la SCJN analizó “si el artículo 270 de la Ley de Relaciones Familiares del Estado de Zacatecas, que prevé, como regla general, el régimen patrimonial de separación de bienes, genera una discriminación indirecta en contra de las mujeres que se dedicaron al cuidado del hogar y la familia”.⁸⁵

Los agravios de la quejosa señalaban que la Ley de Relaciones Familiares de Zacatecas vulneraba la Constitución mexicana, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Belem do Pará, por contener normas cuyos efectos producían una discriminación indirecta hacia las mujeres.⁸⁶ En este sentido, la ley establecía que las mujeres deberían dedicarse a las tareas domésticas y decretaba el régimen de separación de bienes en el matrimonio por *default*. Por lo tanto, el marido de la quejosa (cuyos derechos de propiedad se reclamaron a través de su sucesión) realizó una compraventa de la casa residencial de la pareja sin su consentimiento. La discriminación normativa se generó por la asignación de roles de género en detrimento de las mujeres casadas, privándolas de tomar decisiones sobre los bienes adquiridos dentro del matrimonio, dando un privilegio injustificado al marido.

84 Amparo directo en revisión 4909/2014, SCJN, Primera Sala, 20 de mayo de 2015.

85 ADR 2730/2015, SCJN, Primera Sala, 23 de noviembre de 2016, p. 1.

86 La sucesión quejosa manifestó que los artículos 44, 45, 270, 271, 272 y 275 de la Ley de Relaciones Familiares de Zacatecas vulneraban los artículos 1 y 4 de la Constitución federal, en relación con los artículos 1, 2, 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y 3, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Véase ADR 2730/2015, pp. 22-23.

En este caso, la Corte consideró que una norma que parecía “neutral”, como la prescripción del régimen de separación de bienes,

en su aplicación presenta impactos diferenciados y desproporcionados dadas las situaciones fácticas y jurídicas en que se encuentran las mujeres. Por tanto —concluye— el régimen de separación de bienes debe entenderse modulado en el sentido de que los bienes obtenidos durante el matrimonio son propiedad de ambos cónyuges.⁸⁷

En consecuencia, la sucesión quejosa argumentaba que se debía interpretar la Ley de Relaciones Familiares de Zacatecas bajo el principio *pro persona*, tomando en cuenta también los derechos a la igualdad y no discriminación por razones de género, y considerar la compraventa nula por carecer del consentimiento de la esposa en su enajenación a un tercero.⁸⁸

La SCJN determinó que en este caso sí existía una discriminación de género en perjuicio de la quejosa en el diseño normativo, al contener la ley “una visión estereotipada de la mujer con base en su sexo, al adscribirle la obligación del trabajo del hogar y el cuidado familiar, así como al sujetar su autonomía laboral a la autorización de su cónyuge”;⁸⁹ sin embargo, no declaró la nula la compraventa bajo argumentos de seguridad jurídica y la protección de los derechos patrimoniales de una tercera persona de buena fe, ya que

de lo contrario, la procedencia de la acción de nulidad conllevaría a que cualquier adquirente de un bien inmueble se encontrara obligado a realizar una investigación exhaustiva antes de adquirir un derecho real sobre el inmueble, con la insatisfacción de que, aún después de concluida, seguiría sin tener certeza absoluta de la situación del inmueble.⁹⁰

Esta resolución de la Corte dejó sin resarcimiento pecuniario a la mujer, a pesar de que la sentencia reconoció la discriminación de género en su contra. Si bien la protección de terceros de buena fe es un principio que debe orientar la aplicación de las normas, el que la Corte no hubiera ofrecido un remedio para las consecuencias patrimoniales ligadas a la discriminación sufrida por la quejosa demuestran las limitaciones que pueden tener las consideraciones de género en materia de adjudicación específica de casos.

87 Véase ADR 2730/2015, p. 25.

88 *Idem*.

89 Véase ADR 2730/2015, p. 32.

90 *Ibidem*, p. 38.

III. *Los alimentos y el ejercicio de la sexualidad*

El deber de dar alimentos existe dentro de las parejas casadas y concubinatos como efecto del vínculo matrimonial o de hecho.⁹¹ También existe respecto de los padres, madres y sus hijos e hijas. Los alimentos están sujetos a principios de proporcionalidad, equidad y necesidad entre la persona que los da y quien los recibe. Constituye un deber recíproco entre los cónyuges o concubinos y también respecto de padres, madres e hijos. En casos de divorcio, la legislación civil considera que existe un derecho a recibir una pensión alimenticia del cónyuge del que tenga necesidad de recibirlos después de la separación, o a favor del inocente⁹² (en el divorcio sanción). En general, el criterio de necesidad en la legislación civil aplica por una o varias de estas razones: a) no estar en capacidad de trabajar; b) carecer de ingresos suficientes o bienes para su sostenimiento, o c) haberse dedicado preponderantemente al trabajo relacionado con el hogar. Algunos códigos estatales señalan que los alimentos se darán por el tiempo que haya durado la unión de hecho o marital.⁹³ Varios códigos establecen una presunción alimentaria a favor del cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas.⁹⁴ En Chiapas, la persona que se dedicó a las tareas domésticas también puede reclamar una compensación económica por el tiempo que haya durado el matrimonio o concubinato.⁹⁵

En los casos de divorcio, se tienen en cuenta la edad, el estado de salud, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica para fijar una pensión alimenticia, entre otros factores. En este contexto, es esencial analizar el alcance de la previsión de ciertos códigos estatales que condicionan el derecho a recibir alimentos del cónyuge acreedor a que no se vuelva a casar o forme un concubinato.⁹⁶ La finalidad de dicha limitación puede

91 Contradicción de tesis 148/2012, SCJN, Primera Sala, 11 de julio de 2012. Considerando: la obligación de dar alimentos debe subsistir entre los concubinos una vez terminada la relación, en caso de necesidad.

92 Véase Baja California, Campeche, Chihuahua, Sonora, Durango, Guanajuato y Tabasco.

93 Véase Código de la Ciudad de México, Aguascalientes, Chiapas, Nayarit, Tamaulipas y Zacatecas. Además, los códigos de Coahuila, Michoacán y Quintana Roo señalan la duración de alimentos para el mismo tiempo que haya durado la convivencia en el caso de concubinato.

94 Véase Chiapas, Coahuila y Oaxaca.

95 Véase el artículo 298 bis del Código Civil de Chiapas.

96 Aguascalientes, Baja California, Baja California del Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Durango, Guerrero, Guanajuato, Michoacán, Na-

estar guiada precisamente por las consideraciones que sustentan la obligación alimentaria. En la medida en que los alimentos constituyen una de las dimensiones de la solidaridad debida entre personas unidas por vínculos de parentesco hasta cierto grado o que comparten o han compartido una vida común como pareja, el establecimiento de una nueva relación íntima con vocación de estabilidad está llamada a poner fin a la obligación alimentaria previa en cabeza de la expareja para dar nacimiento a otra nueva a cargo de la nueva pareja. Si bien esta mecánica de la obligación alimentaria es justificada, debe examinarse su rol en la posible limitación del ejercicio de la sexualidad del cónyuge acreedor y en su posible decisión de establecer otra unión. Igualmente, es pertinente analizar con detenimiento si este tipo de previsiones pueden convertirse en herramientas de control en manos de los cónyuges deudores.

Estas previsiones sobre alimentos presentan otro tipo de sesgos. Por ejemplo, en Chihuahua se establece esta restricción en razón del sexo, considerando que: “El hombre tiene la obligación de proporcionar alimentos a la mujer siempre que ella permanezca libre de matrimonio y carezca de bienes propios para proveer a su subsistencia”.⁹⁷ Esta norma es claramente discriminatoria al asumir que los hombres son siempre los proveedores económicos y las mujeres las dependientes y realizadoras de los trabajos domésticos. Asimismo, resultan problemáticas en términos de género las normas que establecen un derecho de alimentos sólo para las mujeres en casos de divorcio puesto que debería de primar un criterio de necesidad y no de sexo en la determinación de quién debe recibirlos. En Tabasco, se establece además que será la “mujer inocente y dedicada a las tareas domésticas” la que tenga derecho a recibirlos mientras no pueda trabajar, y se condiciona el pago a que no se vuelva a casar o forme un concubinato.⁹⁸ Las normas anteriores presentan sesgos de género que incorporan visiones binarias de los roles que corresponden a hombres y mujeres en la sociedad. La incorporación de estas presunciones de qué es lo adecuado para cada uno de los sexos implican precisas consecuencias económicas. De ahí que sea determinante siempre analizar cómo se traduce el sesgo de una norma particular en la situación patrimonial de quienes deciden establecer una vida en pareja o terminarla.

yarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Zacatecas.

97 Artículo 279 del Código Civil de Chihuahua.

98 Artículo 285 del Código Civil de Tabasco.

F. CONCLUSIONES

Comprender de manera adecuada los regímenes patrimoniales de las uniones afectivas implica preguntarse de manera obligatoria sobre sus impactos de género. Por tanto, cualquier examen jurídico de la organización de los bienes de las parejas, durante su convivencia y luego del fin de la vida común, debe considerar si sus derechos patrimoniales se protegen de manera adecuada en cada uno de estos momentos. Esta interrogante se hace más evidente cuando se debate cuál es el régimen que mejor cumple esta función. Sin embargo, este examen, que se funda en evidencia de otros estudios y en el análisis de la regulación mexicana, demuestra que el cómo les vaya a las mujeres económicamente durante su vida de pareja y en su disolución no puede ser analizado únicamente a la luz de lo estrictamente jurídico o bajo la suposición de que hombres y mujeres tienen las mismas oportunidades y ganancias en el juego social. Las cifras del INEGI muestran las brechas que afectan a las mujeres durante su existencia, afectando su capacidad de construir, mantener y expandir sus derechos patrimoniales. El solo hecho de que las mujeres asuman la mayor carga de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado las pone en una clara posición de desventaja respecto de los hombres en sus relaciones de pareja.

Esta discriminación hacia las mujeres debería traducirse en el reconocimiento normativo, sobre todo en las reglas patrimoniales, de los aportes económicos realizados a través del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado y la situación económica en la que quedan cuando se termina la convivencia. En este sentido, jueces y legisladores deberían tomar en cuenta, por ejemplo, las posibilidades que tienen las mujeres para insertarse en el mercado laboral luego de haber estado fuera de éste por cuestiones de crianza, los sueldos promedio a los que pueden aspirar en sociedades cruzadas por brechas salariales y techos de cristal y el rol de la obligación alimentaria en sus vidas. El que en ciertas jurisdicciones se reconozca la compensación económica por trabajo doméstico y de cuidado no remunerado en el momento del divorcio debería ser una regla general para todos los estados, y la razonabilidad de la limitación a 50% de los bienes del otro cónyuge ha ser seriamente estudiada.

Como lo demuestra este capítulo, analizar detenidamente las normas que gobiernan las relaciones patrimoniales de las parejas en los diversos momentos de su vida en común es un proyecto necesario para el feminismo y para cualquier agenda que promueva la igualdad de género. La manera en que se ordenan los patrimonios de las personas que se embarcan en un

proyecto de vida íntima común con vocación de permanencia incide en la determinación de su poder de negociación y de su bienestar mientras la unión está vigente y en el momento de la terminación, y se proyecta por muchos años más después de que ésta llega a su fin.

Por esta razón, los estudios de género y feministas han hecho de este tema uno de sus objetos de estudio, especialmente después de que las mujeres casadas se liberaron de la potestad marital. Una pregunta esencial que surge es cómo la regulación patrimonial de las uniones afectivas puede contribuir o no a la igualdad de género. Así, el objetivo que hoy inspira muchos de estos estudios es develar cómo el ordenamiento jurídico discrimina de manera implícita y de qué manera distribuye el poder de negociación y económico entre personas plenamente capaces cuyas relaciones están enmarcadas en la igualdad formal.

El caso mexicano demuestra los retos de realizar un análisis distributivo en la disolución de las uniones afectiva con perspectiva de género. En un país federal, la diversidad en la regulación de las relaciones patrimoniales de las parejas y de las formas de ponerle fin a la unión afectiva es una tarea de largo aliento a la cual este capítulo contribuye. Para ello, es necesario no sólo determinar los distintos regímenes de bienes, sino cómo la jurisprudencia los ha implementado al revisar la disolución del vínculo afectivo. De ahí que este capítulo sea una pieza más en un examen cuya continuación sistemática es crucial. En la medida en que se puedan determinar las ventajas y desventajas que las diversas regulaciones representan, se podrá avanzar en hacer explícitos los sesgos de género subyacentes en una regulación redactada generalmente en tono neutral y en el diseño de propuestas de reforma particulares que contribuyan a la erradicación de la discriminación.

G. ANEXOS

Anexo 1. Legislación estatal sobre divorcio

Estado	Divorcio (unilateral, régimen de causales, mixto)	Presunción de régimen patrimonial (separación de bienes/sociedad conyugal/no específica)	Custodia (preferente para las mujeres o no)	Ejercicio de la sexualidad (limitación para casarse luego del divorcio)
Aguascalientes	Incausado	Sociedad legal	No	No
Baja California	Causales	Sociedad conyugal	No	No
Baja California Sur	Incausado	Sociedad conyugal.	Sí	No
Campeche	Causales	Separación de bienes	Sí	No
Chiapas	Incausado	Sociedad conyugal	No	No
Chihuahua	Causales	Sociedad conyugal	Sí	No
Ciudad de México	Incausado	Sociedad conyugal	No	No
Colima	Puede ser causado o incausado	Sociedad conyugal	No	La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados 300 días de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo dé a luz un hijo (artículo 158 del Código Civil).
Coahuila	Incausado	Separación de bienes	No	No
Durango	Causales	Sociedad conyugal	Sí	No
Estado de México	Incausado	Sociedad conyugal	Sí	No
Guerrero	Incausado	Separación de bienes	No	No

Estado	Divorcio (unilateral, régimen de causales, mixto)	Presunción de régimen patrimonial (separación de bienes/sociedad conyugal/no específica)	Custodia (preferente para las mujeres o no)	Ejercicio de la sexualidad (limitación para casarse luego del divorcio)
Guanajuato	Causales	Separación de bienes	No	En los casos de divorcio, la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados 300 días de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo dé a luz (artículo 155 del Código Civil).
Hidalgo	Incausado	Separación de bienes	No	No
Jalisco	Incausado	Sociedad legal	No	No
Morelos	Incausado	Sociedad conyugal	No	No
Michoacán	Incausado	Separación de bienes	No	No
Nayarit	Incausado	Separación de bienes	No	No
Nuevo León	Incausado	No específica	No	No
Oaxaca	Incausado	Sociedad conyugal	No	No
Puebla	Incausado	Sociedad conyugal	Sí	No
Quintana Roo	Incausado	Separación de bienes	Sí	No
Querétaro	Incausado	Comunidad de bienes (copropiedad)	No	No
San Luis Potosí	Causales	No específica	No	Sí. Limita al cónyuge que dio causa al divorcio.
Sinaloa	Incausado	No específica	No	No
Sonora	Causales	Sociedad legal	Sí	Sí
Tabasco	Causales	Sociedad conyugal	No	No

Estado	Divorcio (unilateral, régimen de causales, mixto)	Presunción de régimen patrimonial (separación de bienes/sociedad conyugal/no específica)	Custodia (preferente para las mujeres o no)	Ejercicio de la sexualidad (limitación para casarse luego del divorcio)
Tlaxcala	Incausado	No específica	No	No
Tamaulipas	Incausado	Sociedad legal	No	No
Veracruz	Incausado	Sociedad conyugal	No	No
Yucatán	Incausado	Separación de bienes	No	No
Zacatecas	Incausado	Separación de bienes	No	No

Anexo 2.

Estado	Alimentos (mientras la mujer no se vuelva a casar o entre en concubinato)	Compensación económica en caso de disolución de matrimonio en la separación de bienes
Aguascalientes	No hay limitación	Sí
Baja California	No hay limitación	Sí
Baja California Sur	No hay limitación	Sí
Campeche	No hay limitación	No
Chiapas	La concubina no podrá solicitar compensación cuando haya demostrado ingratitud, viva en concubinato o contraiga matrimonio con otra persona	Sí
Chihuahua	Sí hay limitación de alimentos para la mujer	No
Ciudad de México	No hay limitación	Sí
Colima	No hay limitación	Sí
Coahuila	No contempla limitación	Sí
Durango	No hay limitación	No

Estado	Alimentos (mientras la mujer no se vuelva a casar o entre en concubinato)	Compensación económica en caso de disolución de matrimonio en la separación de bienes
Estado de México	No hay limitación	Se establecen alimentos para quien se haya dedicado a las tareas del hogar.
Guerrero	No hay limitación	Sí
Guanajuato	No hay limitación	Sí
Hidalgo	No hay limitación	No
Jalisco	No hay limitación	Sí
Morelos	No hay limitación	Sí
Michoacán	No hay limitación	Sí
Nayarit	No hay limitación	Sí
Nuevo León	No hay limitación	Sí
Oaxaca	No hay limitación	Sí
Puebla	No hay limitación	Sí
Querétaro	Sí hay limitación	Sí
Quintana Roo	No hay limitación	Sí
San Luis Potosí	Sí hay limitación	Sí
Sinaloa	No hay limitación	Sí
Sonora	No hay limitación	Sí
Tabasco	No hay limitación	No
Tlaxcala	No hay limitación	No
Tamaulipas	No hay limitación	Sí
Veracruz	No hay limitación	Sí
Yucatán	No hay limitación	Sí
Zacatecas	No hay limitación	No

Fuente: Elaboración de Isabella Bermúdez, con base en legislación civil vigente en septiembre de 2021.

Bibliografía

- Alviar, H., “Violence against women as an economic issue: Making sense of fragmented field”, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, 3(2), pp. 53-73, 2016.
- Alviar, H. y Jaramillo, I., *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2012.
- Arrom, S. “Liberalismo y derecho de familia en México: los Códigos Civiles de 1870 y 1884”, en León de Leal, Magdalena, *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.
- Baqueiro, E. y Buenrostro, R. *Derecho de Familia*, México, Oxford University Press, 2009.
- Bartlett, K., “Feminism and family law”, *Family Law Quarterly*, núm. 33, p. 475, 1999-2000.
- Beltrán y Puga, A. “La crítica de Los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, núm. 45, pp. 47-81, 2016.
- Beltrán y Puga, A. *Movilización feminista y derecho de familia: la regulación del divorcio civil en Colombia*. Tesis doctoral, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 2019.
- Carbone, J. “A Feminist Perspective on Divorce.” *The Future of Children*. Vol. 4, No. 1, 1994, pp. 183-209.
- Céspedes-Báez, Lina María y Clara Carolina Cardozo, “Socias invisibles, amas de casa por siempre: análisis feminista de la sociedad de hecho en el concubinato”, en Isabel Cristina Jaramillo, *Género en Transición. Estudios sobre el papel del derecho en la distribución de recursos para y en el postconflicto colombiano*, Nueva York, Peter Lang, 2020.
- Chávez, M., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, México, Porrúa, 2007.
- Consejo Nacional de Población (CONAPO), “Perfil sociodemográfico de los hogares censales por grado de intensidad migratoria de los municipios”, Índices de intensidad migratoria México-Estados Unidos 2010. Disponible en: http://www.conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/intensidad_migratoria/pdf/Perfil_de_hogares.pdf.
- Deere, C. D., “Married Women’s Property Rights as Human Rights: The Latin American Contribution”, *Florida Journal of International Law*, 2005, pp. 101-113.
- Domínguez, J., *Derecho Civil Familia*, México, Porrúa, 2014.
- Endeweld, M., Herbst-Debby, A. y Kaplan, A., “Do the Privileged Always Win? Economic Consequences of Divorce by Income and Gender Groups”, *Social Indicators Research: An International and Interdisciplinary Journal for Quality-of-Life Measurement*, 2021.
- Facio, A. , “El sexismo en el derecho de familia”, en Camacho, R. & Facio, A. (eds.), *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones (Una mirada género sensitiva al derecho)*, Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, 1993.
- Fernández Revoredo, M. , *Manual de Derecho de Familia, Constitucionalización y diversidad familiar*, Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad del Perú, 2013.
- Jiménez García, J. “Código Civil para el Distrito Federal de 1928”, *Revista de Derecho Privado*, Año 2, Núm. 5, 2003, pp. 23-51.
- García, A., “Divorce in Mexico City at the dawn of the twentieth century: the rebellion of men, Signos Históricos”, vol. XVIII, núm. 36, pp. 118-147, 2016.
- Grosman, C. y Martínez Alcorta, I., *Familias ensambladas: Nuevas uniones después del divorcio: Ley y creencias, problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad, 2000.

- Huaita, M., “Introducción” y “Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio”, en Facio, A. & Fries, L. *Género y Derecho*, Chile, Ediciones La Morada, 1999.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Censo de Población y Vivienda 2010, SNIEG, Información de Interés Nacional. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/perfil_socio/uem/702825047610_1.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Comunicado de Prensa, “En México hay 34.1 millones de hogares; 28.5% con jefatura femenina: Encuesta Nacional de Hogares 2017”, 2018.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Comunicado de Prensa No.1/18, “ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL DÍA DE LA MADRE (10 DE MAYO) DATOS NACIONALES”, 2018. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2018/madre2018_nal.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Mujeres y hombres en México 2019*, México, INEGI, 2019. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825189990.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Comunicado de Prensa Núm. 114/21. “ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL 14 DE FEBRERO DATOS NACIONALES”, 2021. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_14FEB21.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) e Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), Encuesta Nacional sobre el Uso del Tiempo (ENUT), 2019. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enut/2019/doc/enut_2019_presentacion_resultados.pdf.
- Jaramillo, I. y Anzola, S., *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Colombia, Universidad de los Andes, 2018.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., *La familia en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- León de Leal, M. y Deere, C. D., “De la potestad marital a la violencia económica y patrimonial en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 2021. Disponible en: <https://search-ebsohost.com.ez.urosario.edu.co/login.aspx?direct=true&db=eds-vlx&AN=eds-vlx.861677985&lang=es&site=eds-live&scope=site>.
- León de Leal, M. y Rodríguez, E., ¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.
- Ley de Relaciones Familiares de 1917. 12 de abril de 1917. Disponible en: <https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Ley-sobrerelacionesfamiliares1917.pdf>.
- Mnookin, R. and Kornhauser, “Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce”, *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, *Dispute Resolution*, pp. 950-997, 1979.
- Olsen F., “The family and the market: a study of ideology and legal reform”, *Harvard Law Review*, núm. 96, pp. 1497-1578, 1983.
- Ramírez, Beatriz, “Amores rotos, impactos desiguales. Reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género”, *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia, Gaceta Jurídica*, pp. 265-287, 2013.

Statista Research Department, Evolución anual del número de divorcios por cada 100 matrimonios en México entre 2005 y 2018, A partir del 2010 se registran divorcios en matrimonios del mismo sexo, 2021. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/575077/evolucion-de-la-tasa-de-divorcio-en-mexico/#:~:text=En%202018%2C%20se%20registraron%20en,inicio%20del%20periodo%20de%20estudio>.

Statista Research Department, México: número de matrimonios entre personas del mismo sexo 2010-2019, 2021. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1186169/numero-matrimonios-homosexuales-mexico/>.

Treviño, S. Roldán, O. y Rubios, I. *Concubinato y Uniones Familiares. Cuadernos de Jurisprudencia Núm. 4*. México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2020.

Villalobos, E., *Manual de Derecho de Familia*, México, Tirant Lo Blanch, 2014.

Sentencias y jurisprudencia de la SCJN

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6333/2017, 4 de julio de 2018.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo directo en Revisión 4909/2014, 20 de mayo de 2015.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2730/2015, 23 de noviembre de 2016.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4116/2015, 16 de noviembre de 2016.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3376/2018, 7 de noviembre de 2018.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 597/2014, 19 de noviembre de 2014.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 633/2017, 4 de julio de 2018.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo de Revisión 4116/2015, 16 de noviembre de 2016.

SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4219/2016, 25 de abril de 2018.

Alimentos y compensación económica*

Luz Helena Orozco y Villa

SUMARIO: A. LOS ALIMENTOS Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: DOS FIGURAS DISTINTAS CON UN PUNTO DE TOQUE; B. NORMATIVIDAD; I. Los alimentos en las uniones familiares; 1. Fuente y sujetos de la obligación alimentaria en las uniones familiares; a. Matrimonio; b. Concubinato; c. Sociedad de convivencia y pacto de solidaridad; d. Uniones familiares de hecho distintas al concubinato; 2. Presunción de necesitar alimentos; 3. Cuantía y principio de proporcionalidad; a. Necesidad del acreedor; b. Capacidad del deudor; II. La compensación económica en las uniones familiares; 1. ¿Compensación, indemnización, división de beneficios netos obtenidos, repartición de bienes o ganancias?; 2. La compensación económica en el concubinato; C. ALGUNAS PREGUNTAS PENDIENTES PARA DISCUSIÓN; I. Estado y familia: la privatización de la necesidad alimentaria y los cuidados; II. La creciente equiparación entre uniones familiares: el escrutinio constitucional por estado marital, los costos para la diversidad de los arreglos familiares y el libre desarrollo de la personalidad; III. Pensión compensatoria y compensación económica: ¿una excluye a la otra?; IV. La interseccionalidad en materia de alimentos; D. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. LOS ALIMENTOS Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: DOS FIGURAS DISTINTAS CON UN PUNTO DE TOQUE

La obligación de dar alimentos es una de las consecuencias jurídicas más relevantes del parentesco y de ciertas uniones familiares, incluso, en ocasiones, cuando éstas ya han finalizado. Desde Roma, ha sido a través de esta institución que la sociedad ha pretendido atender las necesidades materiales de aquellas personas que no pueden allegarse de medios para subsistir por sí mismas, como puede ser el caso de niños, adolescentes, *dependientes económicos*, enfermos o personas mayores. Por su parte, la compensación económica se introdujo hace poco más de dos décadas en la legislación civil del entonces Distrito Federal a favor del cónyuge que se dedicó a las labores domésticas y de cuidado durante el matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes. Reproducida parcialmente en otras entidades federativas, consiste en una vía para reclamar un porcentaje de los bienes adquiridos durante el

* Este trabajo retoma sustancialmente las ideas desarrolladas en Orozco y Villa Luz Helena, “Las uniones” y “Los alimentos” en Vela Barba Estefanía (coord.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

matrimonio con miras a resarcir un posible empobrecimiento de uno de los cónyuges ante la disolución del vínculo conyugal.

A diferencia del tratamiento tradicional en la dogmática familiar que generalmente obvia las razones que subyacen al “estado de necesidad” que da origen a la obligación alimentaria entre los miembros de la pareja, así como su vínculo con la figura de la compensación económica, este capítulo tiene como objetivo explicitar la relación directa que tienen ambas instituciones con la distribución inícuca de las tareas domésticas y de cuidado así como evaluar si el derecho consigue paliar la desigualdad resultante. ¿Por qué un miembro de la pareja, siendo mayor de edad —incluso estando sano y en edad de trabajar— puede encontrarse en un estado de necesidad que amerite establecer a su favor una pensión alimenticia? ¿Cuál es la justificación para establecer un mecanismo compensatorio o indemnizatorio al disolver o terminar una relación afectiva? ¿Cómo es que las legislaturas locales y la judicatura han reconocido o infravalorado la llamada división sexual del trabajo?

No todo estado de necesidad de alguno de los miembros de la unión familiar se deriva de la dedicación a las labores de cuidado y crianza —pueden ser producto también de alguna condición profesional o de salud específica—, y tal circunstancia puede afectar tanto a hombres como a mujeres. Resulta claro que el derecho alimentario debe estar articulado —y así lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)— para proteger a todo aquel que tenga dificultades para allegarse de los medios para subsistir, con independencia de su sexo. Asimismo, los mecanismos compensatorios previstos a favor de quienes realizaron estas tareas durante el matrimonio y el concubinato deben formularse en términos neutrales a fin de no contribuir a la estigmatización y atender a la diversidad de arreglos familiares. Sin embargo, mal haríamos en oscurecer el sustrato histórico y empírico que primordialmente justifica la existencia de estas normas.

Si atendemos a las estadísticas sobre participación económica, patrones de empleo asalariado femenino y trabajo doméstico y de cuidados no remunerado, resulta indiscutible que aún pervive una organización colectiva y familiar que coloca en desventaja principalmente a las mujeres. Según la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) sobre la población de 15 años o más, en 2021 la tasa de participación económica de los hombres es de 70.94%, mientras que la de las mujeres no rebasa 40%; es decir, existe una brecha de género de más de 30%. Asimismo, si bien tanto hombres como mujeres se insertan mayoritariamente en el sector de servicios de la economía, las mujeres lo hacen en mayor proporción respecto de actividades relacionadas con el cuidado de otras personas y que se encuentran peor remuneradas, contrario a los

hombres, que lo hacen con más frecuencia en transporte y comunicaciones, así como en servicios profesionales, financieros y corporativos.¹ Finalmente, tanto en el ámbito internacional como en México, se estima que las mujeres invierten tres veces más horas que los hombres en las labores domésticas y de cuidado no remuneradas.² Ello con independencia de si, además de realizar esas tareas tienen un trabajo en el mercado laboral convencional, es decir, si tienen una doble jornada. Aunque cada vez más hombres se involucran en las tareas domésticas y de cuidado, se calcula que de 1997 a 2012 la brecha disminuyó apenas siete minutos en promedio al día en el ámbito mundial.³

Ante estas realidades, es necesario tener presente que la estructura de la sociedad aún genera dependencia económica de unas personas frente a otras dentro de la familia, que está marcada por el género y que es fundamentalmente esa situación la que se pretende aliviar con los alimentos y la compensación. Este capítulo se centra en el origen, variada configuración legal local, interpretación por nuestros tribunales y limitaciones de ambas instituciones. Para dejar clara su distinción, se abordan en apartados diferentes. No obstante, es preciso recordar su vocación compartida respecto de corregir o enmendar los efectos de una dinámica social que ubica a la mitad de la población en una posición desventajosa —particularmente al momento de la disolución o ruptura—.

B. NORMATIVIDAD

I. *Los alimentos en las uniones familiares*

Si bien corresponde en primer lugar al Estado asegurar la satisfacción de los requerimientos básicos de la población mediante la asistencia y prestaciones sociales suficientes, lo cierto es que nuestros ordenamientos civiles y familiares establecen a cargo de los miembros de la familia la obligación de dar respuesta a las necesidades que surgen en su interior.⁴ En este sentido,

1 INEGI, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, 2021

2 ONU-Mujeres, Trabajo doméstico y de cuidados no remunerado, 2015

3 OIT, El trabajo de cuidados y los trabajadores de cuidado: Para un futuro con trabajo decente, 2019.

4 Tesis: 1a./J. 40/2016, DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*,

es en la interacción de los poderes públicos y el círculo familiar que la ley aspira a que todas las personas logren un nivel de vida adecuado. De esta manera, los alimentos son la principal herramienta jurídica para solventar las necesidades en la familia. La medida en la que esta decisión política es adecuada o no la discutiremos más adelante.

1. Fuente y sujetos de la obligación alimentaria en las uniones familiares

El derecho romano ya fundamentaba los alimentos en el vínculo paterno-filial y en la idea de que deben proveerse en función de la capacidad del obligado y la necesidad de quien deba recibirlos.⁵ Su configuración en nuestros códigos se mantuvo fiel a la tradición francesa —sujetos, elementos, formas de cumplimiento y terminación—, acompañada de una interpretación judicial que privilegió la literalidad. Así, se reconocieron en México los principios de reciprocidad (quien provee de alimentos tiene también derecho a recibirlos), proximidad (“los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos”) y proporcionalidad (los alimentos deben otorgarse según las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor, por lo que su monto no está predeterminado y puede variar en el tiempo).

Uno de los virajes más relevantes en la materia ocurrió a inicios de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, marcada por las reformas constitucionales en materia de derechos humanos publicadas el 6 de junio de 2011. Con un nuevo piso argumentativo *basado en derechos*, el concepto jurídico de alimentos en la jurisprudencia se ha enriquecido con una lectura desde la Constitución acompañada por las perspectivas de los sistemas universal e interamericano. La SCJN ha anclado la institución alimentaria en el derecho humano a un nivel de vida adecuado, referido en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y previsto expresamente en el artículo 11 del PIDESC.⁶ Destacando su relación con la dignidad humana, la SCJN ha señalado que el contenido material del derecho a recibir alimentos y la correlativa obligación de darlos va más allá del ámbito meramente alimenticio, pues también comprende edu-

Décima Época, l. 34, t. I, septiembre de 2016, p. 298, reg. digital 2012504; Amparo directo en revisión 1200/2014, Primera Sala, 8 de octubre de 2014 (sobre el derecho a acceder a un nivel de vida adecuado).

5 Rico Álvarez, Fausto, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 2020, p. 37-39.

6 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al amparo directo en revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014.

cación, vestido, habitación, atención médica, y demás necesidades básicas que una persona necesita para sobrevivir.⁷

En virtud de su vínculo con la efectivización del derecho a acceder a un nivel de vida adecuado, el cumplimiento de la obligación alimentaria es de interés social y orden público. Por tanto, corresponde al Estado vigilar que entre las personas que se presten esta asistencia, se procuren de los medios y recursos suficientes cuando alguna lo necesite.⁸

La SCJN ha razonado también que el contenido, regulación y alcances de la obligación de otorgar alimentos dependerá del tipo de relación familiar que se trate (paterno-filial, conyugal, concubinaria, de parentesco, etc.).⁹ Así, mientras que la obligación alimentaria que tienen los progenitores en relación con sus hijos surge como consecuencia de la patria potestad, la obligación de darse alimentos entre cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes, hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado, deriva del principio de solidaridad familiar.¹⁰ Este principio surge a partir de “situaciones convivenciales que responden a vínculos sanguíneos o afectivos”,¹¹ traducándose en la exigencia de asistencia y ayuda mutua. De acuerdo con las legislacio-

-
- 7 Tesis: 1a./J. 35/2016 (10a.), ALIMENTOS. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS VA MÁS ALLÁ DEL MERO ÁMBITO ALIMENTICIO EN ESTRICTO SENTIDO, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 601, reg. digital 2012360. Amparo directo en revisión 1200/2014, Primera Sala, 8 de octubre de 2014 (sobre el contenido material de la obligación alimentaria).
- 8 Tesis: 1a./ CXXXVI/2014 (10a.), ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 788, reg. digital 2006163; Contradicción de tesis 389/2011, Primera Sala, 23 de noviembre de 2011 (obligación alimentaria).
- 9 Tesis: 1a./J. 36/2016 (10a.), ALIMENTOS. EL CONTENIDO, REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS DEPENDERÁ DEL TIPO DE RELACIÓN FAMILIAR QUE SE TRATE, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 602, reg. digital 2012361. Amparo directo en revisión 1200/2014, Primera Sala, 8 de octubre de 2014 (sobre el derecho a acceder a un nivel de vida adecuado)
- 10 Tesis: 1a. CCCLXI/2014 (10a.), ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES, HERMANOS O PARIENTES COLATERALES HASTA EL CUARTO GRADO DERIVA DE UN PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 590, reg. digital 2007725; Amparo directo en revisión 1200/2014, Primera Sala, 8 de octubre de 2014 (sobre el derecho a acceder a un nivel de vida adecuado)
- 11 Íbidem.

nes estatales y con la jurisprudencia, son sujetos obligados a darse alimentos quienes participen o hayan participado del matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, pacto de solidaridad e incluso otras uniones familiares bajo determinadas circunstancias, como veremos a continuación.

a. Matrimonio

En el caso de los cónyuges, la totalidad de las legislaciones civiles o familiares en el país establecen que están obligados a proporcionarse alimentos. Mientras que la expectativa de ayuda mutua entre personas que han decidido unirse en matrimonio resulta clara, no es tan evidente por qué en ocasiones se prevé la misma entre excónyuges. ¿Por qué habría de exigirse solidaridad en una familia que ha dejado de serlo?

Tan no existe una respuesta unívoca a esta pregunta que la subsistencia de la obligación alimentaria una vez disuelto el vínculo matrimonial varía enormemente en su configuración legal dependiendo de cada entidad federativa. Algunos estados continúan otorgándole el carácter de sanción en el marco del divorcio necesario, otros la condicionan (“siempre y cuando no contraiga nuevas nupcias o entre en una relación concubinaria”¹²), otros establecen construcciones diferenciadas en razón de sexo (“el marido, en todo caso, solo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios con qué subsistir”¹³), varios no la prevén o incluso la excluyen (“en el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización”¹⁴). No obstante, en la última década, la SCJN ha emitido una serie de criterios sobre el divorcio que han impactado sustantivamente el orden jurídico nacional, con un relativo efecto armonizador respecto del origen, justificación y alcances de esta obligación entre excónyuges.

En la contradicción de tesis 73/2014,¹⁵ la SCJN sostuvo la inconstitucionalidad del régimen de divorcio necesario —aquel que condiciona su declaración a que se acredite una de las causas establecidas en la ley—. De ahí que la imposición de una pensión alimenticia derivada del divorcio por acreditación de causales no puede tener el carácter de sanción, en tanto

12 Artículo 296 del Código Civil de Aguascalientes.

13 Artículo 265 del Código Civil de Chihuahua.

14 Artículo 305 del Código Civil de Campeche.

15 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 73/2014, 25 de febrero de 2015.

el calificativo de cónyuge culpable o inocente no tiene más cabida en los procesos judiciales. Siguiendo esa lógica, la SCJN determinó en la contradicción de tesis 359/2014¹⁶ que el pago de alimentos:

[...] sólo podrá constituirse a favor del cónyuge que tendría derecho a recibirlos si queda probada, en mayor o menor grado, su *necesidad* de recibirlos, sea porque las partes lo acrediten o porque el juez, bajo su discrecionalidad y arbitrio judicial, determine que no obstante la falta de prueba contundente, hay necesidad de establecerlos precisamente por advertir cuestiones de *vulnerabilidad* o *desequilibrio económico*, por lo que a falta de prueba esa determinación debe sustentarse en métodos válidos de argumentación jurídica, de acuerdo con las circunstancias del caso. En este sentido, el origen y la justificación que persigue la obligación alimenticia en los casos de divorcio deben comprenderse desde *la igualdad de derechos y el aseguramiento de la adecuada equivalencia de las responsabilidades entre los cónyuges, durante el matrimonio y una vez concluido éste*.¹⁷

De este criterio obligatorio y la respectiva ejecutoria se pueden desprender tres premisas básicas para considerar en este tipo de asuntos:

1) La condena al pago de una pensión alimenticia en un juicio de divorcio encuentra su origen y justificación en el derecho a la *igualdad entre cónyuges*, previsto no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto.

Esta vertiente del derecho a la igualdad se desprende literalmente del contenido de los artículos 17 de la CADH¹⁸ y 23 del PIDESC,¹⁹ así como de la Observación General No. 19 del Comité de los Derechos Humanos²⁰, que la

16 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 359/2014, 5 de octubre de 2015.

17 Énfasis añadido.

18 “**Artículo 17. Protección a la Familia**

[...] 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la **igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo**. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

19 “**Artículo 23.**

[...] 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar **la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo**. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

20 Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 — La Familia, en el 39° período de sesiones, U.N. Doc.

SCJN ha utilizado como fundamento para subrayar el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente, el derecho a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos.²¹

2) La imposición debe regirse por el principio de proporcionalidad, conforme al cual los alimentos deben darse de acuerdo con las posibilidades del que deba darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Para ello, quien juzga deberá determinar qué debe comprender el concepto de una vida digna y decorosa, según las circunstancias del caso concreto.

3) La acreditación de la necesidad de recibir alimentos corresponde, en principio, a las partes. No obstante, ello no impide que el juez, bajo su discrecionalidad y arbitrio judicial, imponga dicha condena si advierte cuestiones de vulnerabilidad o desequilibrio económico sufridos por alguna de las partes al momento de disolverse el vínculo matrimonial.

Esta conexión entre la subsistencia de la obligación alimentaria y el deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que puede presentarse con el divorcio fue resaltada por primera vez en el amparo directo en revisión 269/2014.²² En este precedente, la SCJN destacó que el presupuesto básico para que surja la obligación de pagar una pensión alimenticia consiste en que la disolución del vínculo matrimonial coloque a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad de hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades. Por tener como objetivo compensar al cónyuge que se vio imposibilitado para hacerse de una independencia económica, la SCJN calificó dicha pensión alimenticia como “compensatoria”.

HRI/GEN1/Rev7 en 171 (1990). Efectivamente, el Comité manifestó lo siguiente: “[...] 8. Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio. 9. Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto [...]”.

21 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015.

22 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 269/2014, 22 de octubre de 2014.

Como consecuencia, algunas entidades federativas —como Chiapas, Coahuila, Nuevo León y Veracruz— han modificado recientemente sus códigos civiles y familiares para incorporar explícitamente el concepto de “pensión compensatoria”. Ahora bien, debe decirse que no es necesario calificar la pensión como compensatoria para que tenga tal carácter. Históricamente, los tribunales han decretado miles de pensiones alimenticias al reconocer la desventaja económica de uno de los cónyuges generada en el hogar. Más allá del término, lo relevante es que ésta se identifique como una causa legítima de necesidad y que constituye un piso firme para solicitar una pensión alimenticia no sólo del excónyuge, sino de la pareja de hecho, como veremos en el siguiente inciso.

b. Concubinato

Ya que los códigos civiles y familiares han privilegiado históricamente al matrimonio como modelo de familia, es muy común que las legislaturas locales establezcan un tratamiento diferenciado entre cónyuges y concubinos. Habrá ocasiones en que tal diferenciación encuentre fácil acomodo en la CPEUM atendiendo a la naturaleza de dichas figuras o los derechos humanos involucrados. Sin embargo, hay otras en las que la distinción legislativa resulta ofensiva u odiosa, producto de patrones sociales o concepciones estereotípicas que son problemáticos a la luz del derecho a la igualdad. La obligación alimentaria ha sido precisamente uno de los campos de batalla de la protección igualitaria a las familias y la no discriminación por estado marital.

Pensemos en el siguiente ejemplo:

Código Civil para el Estado de Tamaulipas vigente en 2011	Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero vigente en 2005	Código Civil para el Distrito Federal vigente en 1997
Artículo 280. Los concubinos tienen derecho a alimentos cuando hayan vivido maritalmente durante tres años consecutivos, o menos, si hay descendencia, siempre y cuando ambos hayan permanecido libres de matrimonio.	Artículo 391. Los cónyuges deberán darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y en otros que la misma ley señale. Los concubinos estarán obligados, en igual forma, a darse alimentos.	Artículo 302. Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635.

Las legislaciones transcritas establecen la obligación alimentaria entre concubinos en los mismos términos que los cónyuges. No obstante, ninguna de los tres códigos indica si los exconcubinos están obligados a darse alimentos. Es decir, guardan silencio respecto de la subsistencia de la obligación alimentaria una vez terminado el vínculo concubinario. Así no sea de forma expresa, las legislaciones están otorgando un trato diferenciado a los cónyuges y a los concubinos, ya que los primeros sí tienen derecho a alimentos una vez disuelto el matrimonio bajo ciertas condiciones mientras que guarda silencio respecto del concubinato.

La SCJN analizó la constitucionalidad de esa distinción legislativa en la contradicción de tesis 148/2012.²³ Después de revisar el contenido y fundamento de los alimentos y de identificar la racionalidad de la subsistencia de la obligación alimentaria entre excónyuges (aliviar la necesidad de aquel que tiene dificultades para allegarse de alimentos por sí mismo, por ejemplo, por haberse dedicado al hogar o al cuidado de los hijos durante el matrimonio), la resolución sentó las bases del juicio de relevancia en los siguientes términos:

tanto los cónyuges como los concubinos son parte de un **grupo familiar esencialmente igual**, en el que se proporcionan cariño, ayuda, lealtad y solidaridad. Entonces, cualquier distinción jurídica entre cónyuges y concubinos deberá ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho fundamental a la igualdad reconocido en nuestro artículo 1º constitucional.

En esa lógica, la SCJN no encontró justificación válida para que la obligación alimentaria que subsiste una vez terminada la relación de matrimonio en las legislaciones del Distrito Federal, Guerrero y Tamaulipas no prevalezca al terminar el concubinato. Según la Corte, el deber de solidaridad no varía cualitativamente tratándose de excónyuges o de exconcubinos, en tanto el vínculo familiar es esencialmente igual. Por lo tanto, la sentencia concluyó que “no existe impedimento alguno para interpretar que los exconcubinos gozan del derecho de alimentos”, el que dependerá de la evaluación de las circunstancias del caso —atendiendo a la capacidad para trabajar del acreedor alimentario y su situación económica, mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona—.

23 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 148/2012, 11 de julio de 2012.

Ahora bien, lo expuesto no equivale a sostener que existe un derecho humano a que el matrimonio y el concubinato estén regulados de forma idéntica.²⁴ Como sabemos, cada institución tiene sus especificidades. Sin embargo, el derecho a la igualdad implica que no pueden permitirse diferencias de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares sin que exista un ejercicio robusto de justificación.

c. Sociedad de convivencia y pacto de solidaridad

A inicios del siglo XXI, entidades federativas como Ciudad de México, Coahuila, Jalisco y Campeche han explorado la creación de instituciones para proteger el vínculo afectivo de parejas que pretenden hacer comunidad de vida con vocación de permanencia distintas al matrimonio, como son la sociedad de convivencia y el pacto de solidaridad. Dependiendo de su configuración local, estas uniones familiares establecen obligaciones relacionadas con la ayuda mutua y la colaboración.

Aunque no siempre se explicitó en los trabajos legislativos, su introducción fue motivada en buena medida para brindar protección a las parejas homosexuales. Por tanto, ha caído en desuso con el acceso al matrimonio igualitario consagrado la jurisprudencia desde 2015. No obstante, vale la pena recordar que los convivientes y compañeros civiles están obligados a proporcionarse alimentos como cualquier otra unión familiar. ¿Sería válido establecer distinciones respecto de la obligación alimentaria en el marco de una sociedad de convivencia o un pacto de solidaridad?

En el amparo directo 19/2014,²⁵ la SCJN analizó la constitucionalidad del artículo 21 de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal que prevé que, en caso de terminación de la sociedad, el conviviente que lo necesite tendrá derecho a una pensión alimenticia “sólo por la mitad de

24 Tesis 1a. CCCLXXVI/2014 (10a.), SOCIEDAD DE CONVIVENCIA, MATRIMONIO Y CONCUBINATO. EL HECHO DE QUE CONSTITUYAN INSTITUCIONES SIMILARES CUYA FINALIDAD ES PROTEGER A LA FAMILIA, NO IMPLICA QUE DEBAN REGULARSE IDÉNTICAMENTE, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 620, reg. digital 2007804; Contradicción de tesis 148/2011, Primera Sala, octubre de 2014 (sociedad de convivencia, matrimonio y concubinato).

25 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al amparo directo 19/2014, 22 de octubre de 2014.

tiempo que haya durado dicha sociedad”.²⁶ En el asunto, el quejoso acusó la disposición de discriminatoria en razón de género y preferencia sexual, así como violatoria del mandato de protección a la familia. A su parecer, no existía razón legítima para fijar un plazo menor para que el conviviente que no tenga medios de subsistencia reciba la pensión alimenticia que aquel establecido en el matrimonio y el concubinato.

Matrimonio	Concubinato	Sociedad de convivencia
<p>Artículo 288 (Código Civil para el Distrito Federal). En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; [...]</p> <p><u>El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.</u></p>	<p>Artículo 291 Quintus (Código Civil para el Distrito Federal). Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, <u>tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato.</u> [...]</p> <p>El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.</p>	<p>Artículo 21 (Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal). En el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, <u>tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad de tiempo al que haya durado la Sociedad de Convivencia,</u> siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra Sociedad de Convivencia.</p>

La SCJN determinó que al ser la sociedad de convivencia un grupo familiar esencialmente igual al matrimonio y al concubinato —basado en la comunidad de vida y apoyo mutuo—, cualquier distinción jurídica entre estas figuras debe ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada. Siguiendo esa línea, destacó que una *situación análoga* en las tres institucio-

26 “**Artículo 21.**— En el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad del tiempo al que haya durado la Sociedad de Convivencia, siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra Sociedad de Convivencia. Este derecho podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la terminación de dicha sociedad”.

nes se genera para el miembro de la unión familiar que ha desarrollado una dependencia económica durante la convivencia y que una vez que termina el vínculo, tiene dificultades para allegarse alimentos. Es decir, independientemente de si una persona estuvo casada, mantuvo una relación de concubinato o suscribió una sociedad de convivencia, la legislatura ha previsto que debe subsistir la obligación alimentaria en razón de su derecho humano a un nivel de vida adecuado. ¿Cuál sería, entonces, la razón objetiva y constitucionalmente válida para establecer una duración menor en el caso de la sociedad de convivencia?

La SCJN concluyó que no se advierte una justificación, explícita o implícita, ya sea en el proceso legislativo o en el propio texto de la ley, que permita variar el periodo durante el cual la obligación alimentaria resulta exigible, pues el supuesto de hecho y de derecho es equivalente. En otras palabras, el tratamiento diferenciado resulta arbitrario y, por tanto, inconstitucional. Además, la SCJN refirió que la distinción trazada por la legislatura del Distrito Federal genera discriminación indirecta en razón de orientación sexual, pues si bien la disposición está configurada de forma neutral —pudiendo la sociedad de convivencia conformarse por dos personas físicas de diferente o del mismo sexo—, tiene mayor impacto y repercusiones más graves para las familias conformadas por personas del mismo sexo. Para ello, la SCJN acudió a cifras estadísticas que mostraban que en ese momento 92.1% de las sociedades de convivencia registradas se constituían por personas del mismo sexo. Demostrando así que el plazo impugnado afectaba de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social protegido por el artículo 1° de la CPEUM, la SCJN subrayó su inconstitucionalidad.

d. Uniones familiares de hecho distintas al concubinato

Si todas las formas familiares son tuteladas por el artículo 4° de la CPEUM, una pregunta recurrente es: ¿cuáles son los elementos que configuran la existencia de unión familiar? ¿Cualquier relación entre dos personas da origen a una familia? Pensemos en la amistad, el noviazgo, la mera cohabitación, el amasiato, el poliamor y la infinita variedad en las que las personas nos relacionamos.

Una forma de aproximarnos a la determinación jurídica sobre la existencia de una familia ha sido establecer si en un caso particular se actualiza la convivencia constante y estable fundada en la afectividad, solidaridad y ayuda mutua. Como toda construcción lingüística, tiene textura abierta y está sujeta a interpretación. En este sentido, los tribunales han desarrollado

algunos criterios para dotarle de significado, ante una realidad social que pareciera exceder los límites del derecho. A continuación, se analizarán dos caminos mediante los cuales la SCJN ha reconocido uniones familiares fuera de las definiciones establecidas en los códigos civiles y familiares.

La acreditación del vínculo objeto de protección atendiendo a un criterio material

En el amparo directo en revisión 230/2014,²⁷ la SCJN analizó un caso en el que una mujer y un hombre mantuvieron una relación de pareja durante 40 años sin casarse y tuvieron cinco hijos. La mujer demandó el pago de una pensión alimenticia, argumentando que el señor la abandonó cuando ella enfermó de cáncer. Él opuso como excepción durante el juicio que nunca existió relación de concubinato toda vez que siempre estuvo casado con otra mujer.

La SCJN resolvió que si bien en efecto en el caso no se configuró una relación de concubinato conforme a la legislación estatal (Tlaxcala), basta la acreditación de la existencia de “una pareja que conviva de forma constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua”, para que deban aplicarse las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia para el matrimonio y el concubinato, como es el deber de proporcionarse alimentos. Lo anterior ya que excluir a parejas de hecho que por algún motivo no cumplen todos los requisitos para ser considerados como un concubinato constituye una distinción con base en una categoría sospechosa —el estado civil— que no es razonable ni justificada y que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección en relación con su derecho a acceder a un nivel de vida adecuado.²⁸

La inconstitucionalidad del requisito “estar libre de matrimonio”

Una ruta distinta para el reconocimiento de uniones familiares de hecho que no cumplen con algún requisito legal para ser consideradas co-

27 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014.

28 Tesis: 1a. VII/2015 (10a.), PENSIÓN COMPENSATORIA. PROCEDE ANTE EL QUEBRANTAMIENTO DE UNIONES DE HECHO, SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE QUE SE TRATA DE UNA PAREJA QUE CONVIVIÓ DE FORMA CONSTANTE Y ESTABLE, FUNDANDO SU RELACIÓN EN LA AFECTIVIDAD, LA SOLIDARIDAD Y LA AYUDA MUTUA”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 14, Tomo I, enero de 2015, p. 769, reg. digital 2008267.

mo concubinarias la construyó la SCJN en el amparo directo en revisión 3727/2018.²⁹ En el asunto, la Corte consideró discriminatorio el requisito previsto en la legislación familiar del estado de Morelos consistente en que ambos concubinos estén libres de matrimonio para actualizar el concubinato, reconociendo “la realidad de que matrimonio y concubinato pueden coexistir” y que negar protección a las parejas de hecho por esa razón sería contrario al derecho a la igualdad.³⁰ El caso resulta interesante desde el punto de vista del derecho a la igualdad, entendido no solamente como una prohibición de clasificación con base en determinada condición (enfoque anticlasificador), sino como un compromiso para eliminar la injusticia cultural y los prejuicios hacia un determinado grupo social (enfoque antisubordinación).³¹ (Balkin y Siegel, 2003). Ello toda vez que una parte relevante de la argumentación en la sentencia consiste en analizar las consecuencias negativas del estereotipo de “hogar extra-marital” que sufre este tipo de relaciones de pareja.

Cualquiera que sea la ruta, lo determinante es que en los casos en los que se identifique materialmente una unión familiar se eviten aproximaciones formalistas que pretendan negar las medidas mínimas de protección familiar —como son los alimentos y la compensación económica—. De lo contrario, se incumpliría con los artículos 1º y 4º de la CPEUM para favorecer a quienes pretenden rehuir responsabilidades adquiridas durante su vida familiar.

Un caso interesante es la Ley para la Familia del Estado de Coahuila, que recientemente estableció en el artículo 284 que “las personas unidas por una relación de pareja estable, independientemente del estado civil de cada una de ellas, tiene obligación recíproca de darse alimentos” cuando concurren determinadas circunstancias —tales como la afectividad, el consentimiento, la solidaridad, la estabilidad y la dependencia económica—,

29 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3727/2018, 2 de septiembre de 2020.

30 Tesis: 1a. LV/2020 (10a.), CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MORELOS AL ESTABLECER COMO REQUISITO QUE AMBOS CONCUBINOS ESTÉN LIBRES DE MATRIMONIO PARA ACTUALIZARLO, RESULTA INCONSTITUCIONAL POR ESTABLECER UNA DISTINCIÓN BASADA EN CATEGORÍA SOSPECHOSA QUE NO SUPERA UN EXAMEN ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, reg. digital 2022550.

31 Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., “The american civil rights tradition: anticlassification or antisubordination”, 58 *U. Mia L. Rev.* 9 2003.

aunque el deudor alimentista participe de otras formas de convivencia como el matrimonio o el concubinato con otras personas.

De esta manera, al reconocer legalmente la posibilidad de coexistencia de uniones familiares —cuando la mayoría de las legislaciones locales establece precisamente su imposibilidad—, Coahuila privilegia la protección alimentaria por encima de definiciones rígidas que no dan debida cuenta de la complejidad de las relaciones humanas. Ahora bien, un riesgo real y latente es colapsar la distinción entre una familia y una mera relación afectiva. Ante las limitaciones de la ley, es en el terreno de la prueba, la interpretación y la adjudicación en donde se dirimirá la cuestión.

2. Presunción de necesitar alimentos

En algunas legislaciones locales se establece que algunas personas gozan de la presunción de necesitar alimentos “independientemente del tipo de relación familiar que sostengan con quien deba proporcionarlos”.³²

Esta presunción libera a la parte acreedora de la carga procesal de demostrar la necesidad alimentaria, al reconocerse que en ocasiones, por razones de equidad, la ley puede corregir un desequilibrio resultante del mayor acceso que tiene a la prueba una de las partes. Se trata de una presunción del tipo *iuris tantum*, por lo que durante el procedimiento los deudores alimentarios pueden aportar pruebas para destruirla acreditando que los acreedores cuentan con los medios suficientes para sostenerse por sí mismos.

Nuevamente, el supuesto de la necesidad alimentaria del cónyuge que se dedicó al hogar es particularmente sensible. Acreditar que a partir de cierta distribución de las tareas del hogar, uno de los cónyuges vio mermado su desarrollo en el mercado laboral convencional y que las posibilidades de encontrar un trabajo son limitadas por su capacitación, edad, estado de salud, etc., puede ser complejo y costoso para quien ya de por sí estableció una relación de dependencia económica con su pareja. ¿Qué sucede entonces en las entidades federativas que no han previsto a su favor esta presunción legal?

En la contradicción de tesis 416/2012,³³ la SCJN se pronunció sobre la existencia de una presunción humana a favor de la **cónyuge que demanda alimentos bajo el argumento de haberse dedicado al trabajo del**

32 Rico Álvarez, Fausto, *op. cit.*, p. 47.

33 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 416/2012, 5 de diciembre de 2012.

hogar o al cuidado y educación de los hijos. Si bien sostuvo que “no basta con demostrar que se tiene el carácter de cónyuge del demandado” para acceder al pago de alimentos, la Corte señaló que en los casos en que la mujer argumente que necesita alimentos por haberse dedicado preponderantemente a las labores domésticas y de cuidado y que por ello no pudo desarrollarse profesionalmente o actualizar sus conocimientos, debe presumirse que tal argumentación es cierta. Para arribar a esta conclusión, la SCJN acudió a diversos datos estadísticos —similares a los que se han expuesto en la parte inicial de este subcapítulo— y desprendió una máxima de experiencia.

Ahora bien, como toda generalización, la máxima de experiencia únicamente ofrece un conocimiento probable que no necesariamente es verdadero en un caso particular (Protocolo para juzgar con perspectiva de género, SCJN, 2020, p. 198). Al respecto, debe precisarse que la SCJN no utilizó esta aserción para tener por probado un hecho, sino que la utilizó únicamente como punto de partida enteramente derrotable en el proceso. En este sentido, si bien se parte de la presunción de que la mujer que se dedica al hogar requiere de alimentos, es al demandado a quien le corresponde demostrar lo contrario, es decir, que la actora está en condiciones de satisfacer sus necesidades alimentarias.

Esta solución no deja de ser controversial. ¿Una presunción general de la índole propuesta por la SCJN no sería justamente construir sobre un estereotipo de género? ¿No bastaría tomar el sustrato empírico como indicio y dejar a las partes asumir sus cargas probatorias? ¿Con qué argumentos y bajo qué circunstancias podría aducirse que esta presunción humana ya no es pertinente?

3. Cuantía y principio de proporcionalidad

Una vez determinados los sujetos obligados al pago de alimentos y la posible presunción de necesitarlos a favor de ciertos acreedores, la cuestión central que se resolverá en un juicio de alimentos es si la parte actora se encuentra efectivamente en un estado de necesidad, si la parte demandada cuenta con la capacidad económica para sufragar una pensión alimenticia y, de ser el caso, cuál tendría que ser el monto. En este sentido, elementos tales como el ingreso del deudor, el nivel de vida de la pareja, la edad y el estado de salud de ambos, su calificación profesional, experiencia laboral y

posibilidad de acceso a un empleo, duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia juegan un papel crucial.³⁴

a. Necesidad del acreedor

Como parte del mosaico normativo en México, las legislaciones civiles y familiares varían en la configuración normativa de la “necesidad” del cónyuge como acreedor alimenticio. El principio básico es que su actualización no puede surgir de la comodidad, por lo que quien tiene posibilidades para trabajar no puede exigir de otro la satisfacción de sus requerimientos básicos.³⁵ Una formulación común es la utilizada por el Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, que establece en el artículo 476 ter que tendrá derecho a alimentos el cónyuge “que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles.”

¿Cómo debe interpretarse la “incapacidad” a la que hace referencia la disposición? La SCJN ha alertado sobre el peligro de limitar la procedencia de una pensión alimenticia únicamente a la hipótesis consistente en que el acreedor se encuentre incapacitado *física o mentalmente* para obtener lo necesario para subsistir y carezca de bienes, ya que invisibiliza la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo, que igualmente puede constituir una causa objetiva, real y legítima de necesidad alimentaria que debería ser aliviada en la medida de lo posible por quien se benefició directamente de dicha distribución de funciones en el núcleo familiar.³⁶

34 Tesis: 1a. CDXXXVIII/2014 (10a.), PENSIÓN COMPENSATORIA. ELEMENTOS A LOS QUE DEBERÁ ATENDER EL JUEZ DE LO FAMILIAR AL MOMENTO DE DETERMINAR EL MONTO Y LA MODALIDAD DE ESTA OBLIGACIÓN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 240, reg. digital 2008110; Amparo directo en revisión 269/2014, Primera Sala, 22 de octubre de 2014 (pensión compensatoria).

35 Tesis: 1a./J. 34/2016 (10a.), ALIMENTOS. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREEDOR ALIMENTARIO ES ESTRICTAMENTE INDIVIDUAL Y SURGE DE LA NECESIDAD Y NO DE LA COMODIDAD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 33, t. II, agosto de 2016, p. 603, reg. digital 2012362; Amparo directo en revisión 1200/2014, Primera Sala, 8 de octubre de 2014 (sobre el derecho a acceder a un nivel de vida adecuado).

36 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015.

Efectivamente, un reparto desigual prolongado en el tiempo puede debilitar los vínculos de uno de los cónyuges con el mercado laboral, lo que se traduce en oportunidades de empleo perdidas, pocas horas de trabajo remunerado, trabajos exclusivamente en el sector no estructurado de la economía, sueldos más bajos, etc.).³⁷ Esta valoración es compleja y puede, además, variar en el tiempo. En este sentido, uno de los grandes retos para la jurisdicción es determinar en toda justicia cuando una persona enfrenta dificultades para allegarse de los medios para subsistir y puede legítimamente esperar solidaridad de su expareja durante cierto periodo y bajo ciertas condiciones.

En el amparo directo en revisión 1754/2015, la Suprema Corte realizó un análisis de esta naturaleza al estudiar el *contexto objetivo* en un juicio de alimentos. Con apoyo en estadísticas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), entre otras instituciones y organizaciones, la SCJN identificó una situación de desigualdad estructural consistente en discriminación laboral, brecha salarial en relación con los hombres y exigencia de “doble jornada” para las mujeres mexicanas. Reconociendo que la mera condición de tener un empleo remunerado no exime a las mujeres de realizar el trabajo del hogar de manera preponderante, el tribunal constitucional examinó las circunstancias del caso concreto y concluyó que la mujer que solicitaba alimentos sí tenía necesidad de ellos a pesar de haber laborado durante toda su vida. Este asunto muestra cómo pueden incorporarse al razonamiento judicial los factores sociales y económicos prevalecientes en un momento histórico a fin de identificar tanto los roles y funciones que se han asignado a las personas según su género como los obstáculos que pueden enfrentar para ejercer sus derechos humanos por su pertenencia a un grupo social determinado, como es el caso de las mujeres trabajadoras.

b. Capacidad del deudor

La determinación real y objetiva de la capacidad económica del deudor implica tomar en consideración todos los recursos por medio de los cuales una persona puede satisfacer sus necesidades materiales, aunque es una práctica lamentablemente común que se intenten ocultar. Es en el marco de

37 *Ibidem.*

los frecuentes abusos y estrategias que implementan los deudores alimentarios con el objetivo de eludir sus responsabilidades que la posición de los jueces como garantes de los derechos alimentarios debe adquirir su mayor fuerza normativa.³⁸

En este sentido, para definir con equidad y certidumbre jurídica cuál es la capacidad económica del deudor alimentario, la SCJN ha señalado que debe referirse tanto a los conceptos remunerativos como no remunerativos que sean de libre disponibilidad del sujeto obligado, tratándose de trabajadores dependientes, y en caso de ser profesional independiente, al total de los honorarios y otros conceptos que perciba por el ejercicio de su profesión. Ello comprende tanto rentas de capital como del trabajo, y si bien es verdad que la determinación de la capacidad económica no puede estar basada en la especulación, su interpretación debe ser extensiva y holgada si la ley pretende cumplir su finalidad de protección alimentaria.³⁹

II. La compensación económica en las uniones familiares

Como analizamos en este capítulo, el derecho ha establecido los regímenes patrimoniales bajo los cuales puede celebrarse el matrimonio: la sociedad conyugal y el de separación de bienes. El primero establece una repartición de los bienes bajo la idea de que ambos cónyuges contribuyeron a la creación del patrimonio de la familia, mismo que debe dividirse equitativamente al disolver el vínculo matrimonial. Por su parte, el régimen de separación de bienes no permite la comunicación entre las masas patrimoniales de los cónyuges, admitiendo que puede ser esa su voluntad. En el año 2000, el órgano legislativo del entonces Distrito Federal reconoció por primera vez la posibilidad de un resultado injusto al momento de liquidar este segundo régimen para aquel cónyuge que se dedicó al hogar y al cuidado de los hijos. Por ende, estableció a su favor una acción para reclamar la compensación económica consistente en un porcentaje de hasta 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Desde entonces, 25 entidades federativas han establecido en sus códigos civiles y familiares algún tipo de mecanismo de esta naturaleza. Por su parte, Campeche, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Tabasco y Tlaxcala carecen

38 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3360/2017, 21 de febrero de 2018.

39 *Ibidem*.

hasta ahora de una acción encaminada *específicamente* a corregir situaciones de empobrecimiento y enriquecimiento injustos derivados de la división del trabajo en el hogar (lo cual no excluye del todo la posibilidad de utilizar otra figura, como podría ser la sociedad civil de hecho o la indemnización genérica).

1. ¿Compensación, indemnización, división de beneficios netos obtenidos, repartición de bienes o gananciales?

La configuración local de esta institución varía en su terminología. Se le llame compensación (16 entidades federativas⁴⁰), indemnización (6 entidades federativas⁴¹), división de beneficios netos obtenidos (Sinaloa, Sonora y Yucatán⁴²), repartición de bienes (Estado de México), o gananciales (Zacatecas), la racionalidad es la misma: resarcir al cónyuge por una desigual distribución de las tareas domésticas y de cuidado que le impidió hacerse de bienes en relación con su pareja. Ahora bien, la mayoría de las legislaciones prevé una posible graduación dependiendo del trabajo realizado (“hasta por el cincuenta por ciento de los bienes adquiridos durante el matrimonio”), mientras que otras establecen una división por mitades, exigiendo para acceder al derecho que la dedicación al hogar y al cuidado de los hijos haya sido *exclusiva*. Esta segunda formulación podría contraponerse a la jurisprudencia emitida por la SCJN, como veremos a continuación.

Desde la contradicción de tesis 24/2004,⁴³ la SCJN ha sostenido de forma reiterada la constitucionalidad de la figura de la compensación, apoyándose en el concepto de “costo de oportunidad” asociado del cónyuge que no pudo desarrollarse en el mercado laboral convencional, en donde habría obtenido la remuneración económica correspondiente. En esa línea, la Corte se pronunció posteriormente sobre las diversas modalidades que

40 Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Ciudad de México, Coahuila, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

41 Colima, Guerrero, Michoacán, Morelos, Nayarit, Quintana Roo.

42 El Código Familiar de Yucatán prevé tanto la división de beneficios netos obtenidos en general para quien se dedicó exclusivamente al cuidado del hogar o de los hijos, como una posible compensación cuando los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes.

43 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 24/2004, 3 de septiembre de 2004.

puede tener el trabajo doméstico⁴⁴ y desarrolló el concepto de doble jornada⁴⁵ para explicar por qué al cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar pero que *además* salió al mundo laboral y realizó un trabajo remunerado no debe excluirse del derecho a obtener una compensación, pues ese hecho por sí solo no resarce el costo de oportunidad asumido por no dedicar su fuerza de trabajo con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro a obtener ingresos propios.

Para determinar el monto de la compensación, debe tomarse en cuenta que la dedicación al hogar y al cuidado de los dependientes puede traducirse en una multiplicidad de actividades no excluyentes entre sí y que deben valorarse en lo individual. En este sentido, las especificidades, duración y grado de dedicación al trabajo del hogar son elementos que se deben considerar para determinar el monto de la eventual compensación, sin que la mera condición de que el solicitante se encuentre empleado en el mercado convencional o reciba el apoyo de empleados domésticos excluye *per se* la procedencia del mecanismo compensatorio, sino que únicamente graduará la cantidad a fijarse.

Modalidades del trabajo del hogar		
	Rubros	Actividades
1.	Ejecución material de las tareas del hogar.	Barrer, planchar, fregar, preparar alimentos, limpiar y ordenar la casa en atención a las necesidades de la familia y el hogar.
2.	Ejecución material de tareas fuera del hogar, pero vinculadas a la organización de la casa y la obtención de bienes y servicios para la familia.	Gestiones ante oficinas públicas, entidades bancarias, empresas suministradoras de servicios, compras de mobiliario, enseres para la casa, productos de salud y vestido para la familia.

44 Tesis 1a. CCLXX/2015, TRABAJO DEL HOGAR. PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL JUEZ DEBE CONSIDERAR SUS DIVERSAS MODALIDADES, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 22, t. I, septiembre de 2015, página 322, reg. digital 2009932; Amparo directo en revisión 4909/2014, Primera Sala, 20 de mayo de 2015 (modalidades del trabajo del hogar).

45 Tesis 1a. CCXXVIII/2018, COMPENSACIÓN. SU RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DOBLE JORNADA”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, página 277, reg. digital 2018581; Amparo directo en revisión 4883/2017, Primera Sala, 28 de febrero de 2018 (compensación y doble jornada).

Modalidades del trabajo del hogar		
	Rubros	Actividades
3.	Funciones de dirección y gestión de la economía del hogar.	Organización y supervisión de empleados domésticos sobre trabajo diario, gestiones de reparación de averías, mantenimiento y acondicionamiento del hogar.
4.	Cuidado, crianza y educación de los hijos, así como cuidado de parientes que habiten el domicilio.	Apoyo material de menores de edad y de personas mayores o con alguna discapacidad, así como acompañamiento en sus actividades diarias.

De especial importancia en este tipo de juicios es la obligación de juzgar con perspectiva de género, que se traduce en la exigencia para quienes juzgan de evitar la invisibilización del trabajo doméstico y de cuidado. ¿Qué significa esta aserción? Que la premisa fundamental de la que debe partir el órgano jurisdiccional es que *alguien* se dedicó a realizar las labores domésticas y de cuidado en alguna medida durante la vigencia del matrimonio. Si bien son muy diversas las condiciones y circunstancias en las que puede realizarse el trabajo doméstico, lo que resulta indudable es que tales tareas “no se hicieron solas”. Esto no equivale a sostener que necesariamente alguno de los cónyuges ejecutó materialmente tales labores o que se dedicó de manera plena y exclusiva a ello. Puede ser que ambos cónyuges compartieran y contribuyeran equitativamente tales funciones. Lo cierto es que dicho trabajo indefectiblemente se realizó.

En esa lógica, *ante la duda* de cómo se distribuyeron las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, la SCJN ha sostenido que quienes juzgan deben asumir un rol activo en el proceso y utilizar las herramientas que el ordenamiento les brinda para que la sentencia se conforme en el mayor grado a los imperativos de la justicia⁴⁶. De esta manera, las facultades probatorias del juez y las medidas para mejor proveer pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de establecer la verdad de algún hecho controvertido. Esta cuestión resulta de particular importancia en un juicio en el que se solicita la compensación, toda vez que la repartición de las labores domésticas y de cuidado en la mayoría de las ocasiones

46 Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4909/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 20 de mayo de 2015.

constituye un acuerdo privado (y, a veces, hasta implícito) entre los cónyuges. Además, el tipo de actividad y su realización a la vista de pocos puede dificultar su demostración, circunstancia que debe valorar el juez para el efecto de “proveer mejor” a fin de lograr la convicción sobre el material probatorio y apoyarse en presunciones humanas. Lo relevante es no invisibilizar el trabajo doméstico, pues ello iría en contra de la finalidad misma del mecanismo y, por ende, de los artículos 1° y 4° de la CPEUM.

IV. La compensación económica en el concubinato

Excepcionalmente las entidades federativas han previsto el mecanismo compensatorio a favor del concubino o la concubina que asumió las cargas domésticas y de cuidado. Tal es el caso de Chiapas o Zacatecas, que han previsto la compensación y el régimen de gananciales respectivamente. No obstante, los tribunales han resuelto que el mecanismo compensatorio sí opera en beneficio de los concubinos aun en ausencia de legislación expresa siempre y cuando se reúnan determinadas circunstancias.

En el amparo directo en revisión 4355/2015, la SCJN exploró por primera vez esta posibilidad.⁴⁷ Tomando como base el mandato de protección igualitaria a la familia previsto en el artículo 4° de la CPEUM, la SCJN sostuvo que no existe razón constitucionalmente legítima para excluir a los concubinos de los beneficios de la compensación, al tratarse de un vínculo con vocación de permanencia del cual se predica la afectividad, solidaridad y ayuda mutua. En esa lógica, la Corte señaló que al compartir los mismos fines que el matrimonio, las parejas de hecho deben recibir los mismos niveles de protección y, por tanto, concluyó que la compensación —en ese caso, prevista en el artículo 342-A del Código Civil para el Estado de Guanajuato— puede ser reclamada por el concubino o la concubina que durante la vigencia del concubinato se hubiera dedicado al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. La SCJN ha reiterado este criterio respecto de la legislación del Estado de México⁴⁸ y Michoacán⁴⁹ que contemplan el mecanismo compensatorio entre cónyuges.

47 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4355/2015, 5 de abril de 2017.

48 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 7470/2017, 4 de julio de 2018.

49 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 557/2018, 3 de octubre de 2018.

Como hemos insistido, lo toral en este tipo de planteamientos es analizar la distribución de funciones en el hogar, donde es irrelevante si el esquema se sustenta en el vínculo conyugal o en una relación de hecho. No se trata de equilibrar las masas patrimoniales simplemente por existir una asimetría económica entre los concubinos, sino de corregir una eventual situación injusta de enriquecimiento y empobrecimiento derivada de que uno de ellos asumió las labores del hogar en mayor medida que el otro, privilegiando el funcionamiento y la atención de la familia en detrimento de su desarrollo en el mercado laboral convencional. En ese análisis, hay que prestar atención a las diversas modalidades que tiene el trabajo del hogar y el tiempo dedicado a su realización a fin de establecer el monto de la compensación.

C. ALGUNAS PREGUNTAS PENDIENTES PARA DISCUSIÓN

I. Estado y familia: la privatización de la necesidad alimentaria y los cuidados

El Estado es el primer obligado a garantizar la satisfacción de los requerimientos básicos de la población. Sin embargo, como vimos en este capítulo, los poderes públicos se apoyan en el círculo familiar para resolver sus obligaciones y trasladan en buena medida los costos a los gobernados.

¿Es esta fórmula adecuada para el núcleo familiar y el bienestar social? ¿Cuáles son las reformas y políticas públicas que podrían balancear la excesiva carga en la familia? ¿De qué manera una pensión universal, un seguro de desempleo y un Sistema Nacional de Cuidados generaría una sociedad más igualitaria entre hombres y mujeres?

II. La creciente equiparación entre uniones familiares: el escrutinio constitucional por estado marital, los costos para la diversidad de los arreglos familiares y el libre desarrollo de la personalidad

Como hemos analizado en este capítulo, la SCJN ha explorado la constitucionalidad de los tratamientos diferenciados de las legislaturas locales respecto de la obligación alimentaria y el régimen patrimonial entre cónyuges, concubinos y convivientes. Para ello, la Corte ha recurrido a diversas herramientas analíticas y tipos de escrutinio constitucional para aproximarse a las normas que establecen diferenciaciones en razón de sexo, preferen-

cia sexual, estado civil o estado marital. Sobre este último, Pou⁵⁰ advierte con razón que la SCJN ha gravitado en la práctica entre exigir simple razonabilidad a la legislatura y demandar un objetivo imperioso y medios estrechamente vinculados al fin perseguido. En otras palabras, pareciera que al analizar las distinciones legislativas basadas en el estado marital la Corte realiza a veces un escrutinio simple y en otras uno estricto.

Además de señalar la inconsistencia del aparato analítico, cabe preguntar: ¿qué se gana y qué se pierde cuando equiparamos las consecuencias del matrimonio y el concubinato? ¿Siempre que la ley distingue es para discriminar a las uniones de hecho? ¿Qué distinciones podrían ser válidas y respetuosas de la Constitución federal? ¿Acaso exigir la equiparación de las uniones familiares no anularía la legítima pretensión de relacionarnos afectivamente con libertad, fuera de las instituciones previstas en los códigos?

III. Pensión compensatoria y compensación económica: ¿una excluye a la otra?

Ante la frecuente confusión entre pensión compensatoria y compensación económica, este capítulo ha hecho hincapié en su distinción reconociendo a su vez que tienen puntos de toque, pues ambas —así sea implícitamente, en el caso de la pensión— están encaminadas a reconocer primordialmente la desventaja económica de uno de los miembros de la pareja generada a partir de la distribución desigual de las cargas domésticas y de cuidado.

Ahora bien, ¿puede coexistir una condena a una pensión compensatoria con un mecanismo compensatorio? Notablemente, el Código Civil del Estado de Jalisco establece en el artículo 417-bis que una vez llevada a cabo la liquidación de los bienes para otorgar la compensación económica, los cónyuges no tendrán derecho a exigirse alimentos. Entonces, ¿el otorgamiento de la compensación económica alivia en definitiva la necesidad de alimentos para la parte acreedora? ¿Podría pensarse en alguna circunstancia que justificara una condena simultánea?

50 Pou, Francisca, “Los criterios de la Corte sobre discriminación por estado marital: las piezas que faltan”, en Micaela Alterio y Roberto Niembro (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IJ, 2017, pp. 233-272.

IV. *La interseccionalidad en materia de alimentos*

En el derecho internacional de los derechos humanos, una obligación derivada del derecho a la igualdad es analizar los hechos y aplicar el derecho con un enfoque *interseccional*. ¿Cómo se aplica esta obligación en materia de alimentos? Justamente en relación con los alimentos, la SCJN ha explorado cómo la discriminación de género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad y la orientación sexual, entre otras⁵¹. Por ende, ha sostenido que debe tenerse presente que “las experiencias de victimización forman parte frecuentemente de una cadena de actos discriminatorios, en donde uno sigue a continuación de otro, de manera que la totalidad es mayor que la suma de sus partes.”⁵² Así, una condición multifactorial, ya en el agregado, puede mermar de forma significativa las posibilidades de una persona para allegarse de satisfactores.

¿Cómo valorar la necesidad alimentaria de una mujer transexual profesionalista de 30 años frente a la de una mujer indígena mayor de 50 años con diabetes? Si bien ambas enfrentan discriminación laboral en razón de género, cada una experimenta un tipo específico derivado de sus condiciones particulares que pudiera agravar su situación.

D. CUADROS DE REFERENCIAS

Referencias legislativas y normatividad
<ul style="list-style-type: none"> • Constitución y tratados internacionales • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículos 1º y 4º • Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 17 • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: artículos 11 y 23 <p>Legislación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil de Aguascalientes • Código Civil de Baja California

51 SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015.

52 SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad, 2013, p. 41.

- Código Civil de Baja California Sur
- Código Civil de Campeche
- Código Civil de Chiapas
- Código Civil de Chihuahua
- Código Civil de Colima
- Código Civil para el Distrito Federal
- Código Civil de Durango
- Código Civil del Estado de México
- Código de Guanajuato
- Código Civil de Guerrero
- Código Civil de Hidalgo
- Código Civil de Jalisco
- Código Civil de Nayarit
- Código Civil de Nuevo León
- Código Civil de Puebla
- Código Civil de Querétaro
- Código Civil de Quintana Roo
- Código Civil de Tabasco
- Código Civil de Tamaulipas
- Código Civil de Tlaxcala
- Código Civil de Veracruz
- Código de Familia para el Estado de Sonora
- Código de Familia del Estado de Yucatán
- Código Familiar del Estado de Sinaloa
- Código Familiar del Estado de Zacatecas
- Código Familiar para el Estado de Morelos
- Código Familiar para el Estado de Michoacán
- Código Familiar para el Estado de Oaxaca
- Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí
- Ley para la Familia del Estado de Coahuila
- Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal
- Ley para la Familia del Estado de Hidalgo

Referencias jurisprudenciales

- Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014 (sobre el derecho a acceder a un nivel de vida adecuado)
- Primera Sala, Contradicción de tesis 389/2011, 23 de noviembre de 2011 (obligación alimentaria)
- Primera Sala, Contradicción de tesis 73/2015, 25 de febrero de 2015 (inconstitucionalidad del régimen de causales en el divorcio)
- Primera Sala, Contradicción de tesis 359/2014, 5 de octubre de 2016 (pensión alimenticia derivada de los juicios de divorcio)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015 (divorcio no debe constituir un factor de empobrecimiento)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 269/2014, 22 de octubre de 2014 (pensión compensatoria)
- Primera Sala, Contradicción de tesis 148/2011, Octubre de 2014 (Sociedad de convivencia, matrimonio y concubinato)
- Primera Sala, Contradicción de tesis 416/2012, 5 de diciembre de 2012 (presunción de necesitar alimentos)
- Primera Sala, Amparo Directo 19/2014, 22 de octubre de 2014 (sociedad de convivencia).
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 3727/2018, 2 de septiembre de 2020 (pensión compensatoria procede en uniones de hecho)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014 (obligación alimentaria en uniones familiares)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 1754/2015, 14 de octubre de 2015 (doble jornada)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 3360/2017, 21 de febrero de 2018 (recabación oficiosa de pruebas en casos de pensión alimenticia para niños, niñas y adolescentes)
- Primera Sala, Contradicción de Tesis 24/2004, 3 de septiembre de 2004 (compensación económica)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 4909/2014, 20 de mayo de 2015 (modalidades del trabajo del hogar)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 4883/2017, 28 de febrero de 2018 (compensación y doble jornada)
- Primera Sala, Amparo directo en revisión 4355/2015, 5 de abril de 2017 (compensación en concubinato)

Otras referencias

Bibliográficas

- Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., "The american civil rights tradition: anticlassification or antisubordination", 58 U. *Mia L. Rev.* 9 (2003).
- Díez Picazo, Luis y Guillón A., *Sistema de Derecho Civil*, 11ª. Ed., volumen IV, tomo 1 (Derecho de Familia), Madrid, Tecnos, 2013.
- Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, "Introducción", en Jaramillo, I. C. y Anzola I. (comp.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Bogotá, Uniandes-Centro de Investigaciones Sociojurídicas, 2018.
- Orozco y Villa, Luz Helena, "Los alimentos" y "Las uniones", en Estefanía Vela Barba (coord.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, SCJN, 2021.
- Pou, Francisca, "Los criterios de la Corte sobre discriminación por estado marital: las piezas que faltan", en Micaela Alterio y Roberto Niembro (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IJ, 2017, pp. 233-272.
- Rico Álvarez, Fausto, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 2020.
- SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, SCJN, México 2020.

Sistema Universal de Naciones Unidas

- Observación General No. 19 del Comité de los Derechos Humanos

Estadísticas

- INEGI, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, 2021
- ONU-Mujeres, Trabajo doméstico y de cuidados no remunerado, 2015
- OIT, El trabajo de cuidados y los trabajadores de cuidado: Para un futuro con trabajo decente, 2019

Fuentes

- Amparo directo 19/2014, 22 de octubre de 2014, SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 230/2014, 19 de noviembre de 2014, SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 269/2014, 22 de octubre de 2014, SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 1200/2014, 8 de octubre de 2014. SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 4909/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 20 de mayo de 2015.
- Amparo directo en revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015, SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 4355/2015, 5 de abril de 2017, SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 3360/2017, 21 de febrero de 2018 SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 7470/2017, 4 de Julio de 2018, SCJN, Primera Sala.

- Amparo directo en revisión 557/2018, 3 de octubre de 2018, SCJN, Primera Sala.
- Amparo directo en revisión 3727/2018, 2 de septiembre de 2020, SCJN, Primera Sala.
- Contradicción de tesis 24/2004, 3 de septiembre de 2004 SCJN, Primera Sala.
- Contradicción de tesis 148/2012, 11 de julio de 2012, SCJN, Primera Sala.
- Contradicción de Tesis 73/2014, 25 de febrero de 2015, SCJN, Primera Sala.
- Contradicción de Tesis 359/2014, 5 de octubre de 2015, SCJN, Primera Sala.
- Contradicción de Tesis 416/2012, 5 de diciembre de 2012, SCJN, Primera Sala.
- Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23.— La Familia, en el 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN1/Rev7 en 171 (1990).
- SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- Tesis: 1a./ CXXXVI/2014 (10a.), ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, Abril de 2014, p. 788. Reg. digital 2006163.
- Tesis: 1a. CCCLXI/2014 (10a.), ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES, HERMANOS O PARIENTES COLATERALES HASTA EL CUARTO GRADO DERIVA DE UN PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, Octubre de 2014, p. 590. Reg. digital 2007725.
- Tesis 1a. CCCLXXVI/2014 (10a.), SOCIEDAD DE CONVIVENCIA, MATRIMONIO Y CONCUBINATO. EL HECHO DE QUE CONSTITUYAN INSTITUCIONES SIMILARES CUYA FINALIDAD ES PROTEGER A LA FAMILIA, NO IMPLICA QUE DEBAN REGULARSE IDÉNTICAMENTE, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, Octubre de 2014, p. 620, Reg. digital 2007804.
- Tesis: 1a. CDXXXVIII/2014 (10a.), PENSIÓN COMPENSATORIA. ELEMENTOS A LOS QUE DEBERÁ ATENDER EL JUEZ DE LO FAMILIAR AL MOMENTO DE DETERMINAR EL MONTO Y LA MODALIDAD DE ESTA OBLIGACIÓN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Tomo I, Diciembre de 2014, p. 240, Reg. digital 2008110.
- Tesis 1a. CCLXX/2015, TRABAJO DEL HOGAR. PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL JUEZ DEBE CONSIDERAR SUS DIVERSAS MODALIDADES, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, Septiembre de 2015, página 322, Reg. digital 2009932.
- Tesis: 1a. VII/2015 (10a.), PENSIÓN COMPENSATORIA. PROCEDE ANTE EL QUEBRANTAMIENTO DE UNIONES DE HECHO, SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE QUE SE TRATA DE UNA PAREJA QUE CONVIVIÓ DE FORMA CONSTANTE Y ESTABLE, FUNDANDO SU RELACIÓN EN LA AFECTIVIDAD, LA SOLIDARIDAD Y LA AYUDA MUTUA, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario*

Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 14, Tomo I, Enero de 2015, p. 769, Reg. digital 2008267.

- Tesis: 1a./J. 35/2016 (10a.), ALIMENTOS. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS VA MÁS ALLÁ DEL MERO ÁMBITO ALIMENTICIO EN ESTRICTO SENTIDO, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, Agosto de 2016, p. 601. Reg. digital 2012360.
- Tesis: 1a./J. 36/2016 (10a.), ALIMENTOS. EL CONTENIDO, REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS DEPENDERÁ DEL TIPO DE RELACIÓN FAMILIAR QUE SE TRATE.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, Agosto de 2016, p. 602. Reg. digital 2012361.
- Tesis: 1a./J. 40/2016, DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES” Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, Septiembre de 2016, p. 298, Reg. digital 2012504.
- Tesis: 1a./J. 34/2016 (10a.), ALIMENTOS. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREEDOR ALIMENTARIO ES ESTRICTAMENTE INDIVIDUAL Y SURGE DE LA NECESIDAD Y NO DE LA COMODIDAD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, Agosto de 2016, p. 603. Reg. digital 2012362.
- Tesis 1a. CCXXVIII/2018, COMPENSACIÓN. SU RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DOBLE JORNADA, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, Diciembre de 2018, página 277, Reg. digital 2018581.
- Tesis: 1a. LV/2020 (10a.), CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MORELOS AL ESTABLECER COMO REQUISITO QUE AMBOS CONCUBINOS ESTÉN LIBRES DE MATRIMONIO PARA ACTUALIZARLO, RESULTA INCONSTITUCIONAL POR ESTABLECER UNA DISTINCIÓN BASADA EN CATEGORÍA SOSPECHOSA QUE NO SUPERA UN EXAMEN ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Reg. digital 2022550.

UNIDAD 2.
PARENTESCO Y FILIACIÓN

Filiación y parentalidad*

Sofía del Carmen Treviño Fernández
Fernando Sosa Pastrana

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN; B. UN POCO DE CONTEXTO; C. BREVE HISTORIA LEGISLATIVA DE LA FILIACIÓN EN MÉXICO; D. PARENTESCO Y FILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN; I. La filiación en la regulación actual; II. El acta de nacimiento; III. Sistema de presunciones; 1. Filiación materna; 2. Presunción marital o presunción de paternidad (filiación paterna); IV. El sistema de reconocimiento; 1. Reconocimiento por parte de personas menores de edad; 2. Reglas especiales sobre reconocimiento; 3. El acta de reconocimiento; V. Investigación de paternidad; 1. Procedencia y legitimación; VI. La posesión del estado de hijo; VII. Extinción de la filiación; 1. Desconocimiento o impugnación de la presunción de paternidad; 2. Contradicción y anulación del reconocimiento; E. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL, ¿PADRE O MADRE ES QUIEN ENGENDRA O QUIEN CRÍA?; I. El derecho a la identidad y la “verdad biológica”; II. La doctrina sobre la “realidad social consolidada”; III. Tecnologías reproductivas y voluntad procreacional; F. ¿CÓMO ROMPER LOS PARADIGMAS EXISTENTES SOBRE LAS RELACIONES PATERNO O MATERNO-FILIALES?; G. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. INTRODUCCIÓN

¿Quién es padre o madre? ¿Padre es el que cría o el que engendra? ¿Qué hace a alguien padre o madre? ¿Qué tipo de relaciones entre padres e hijos tienen reconocimiento y protección legal? La filiación es el concepto legal que encapsula estas preguntas: es el reconocimiento de alguien como padre o madre legal de una persona. A pesar de los cambios en dinámicas familiares, la regulación de esta figura es una de los más persistentes en su conceptualización general y en su articulación instrumental. Inclusive, a pesar de los cambios monumentales que tuvieron lugar a lo largo del siglo XX y comienzos del XXI respecto de muchas de las figuras tradicionales del derecho de familia, la filiación en los códigos civiles ha subsistido en sus principios básicos. Las reglas de la filiación conceden el estatus de padre o madre legal a una persona y sigue considerándose, casi exclusivamente,

* Agradecemos el apoyo en la investigación para la elaboración de este capítulo a Isabel Rubio Rufino, Karla Ripoll y Teresa Guadalupe Esparza Escamilla.

como el vínculo a partir del cual se determinan todos los derechos y responsabilidades parentales.

Sin embargo, los mecanismos de reconocimiento o establecimiento de filiación y de patria potestad (que se aborda en la unidad de responsabilidad parental) no han logrado capturar la diversidad familiar ni la pluralidad de formas en las que históricamente niños y niñas reciben cuidado y afecto. Los cambios normativos y las transformaciones sociales que rodean la vida familiar —que incluyen el aumento sostenido del uso de la prueba de ADN y de nuevas tecnologías reproductivas (NTR), así como la protección constitucional de las familias LBGTI+— han demostrado lo obsoleto de muchas de las reglas de los códigos civiles que actualmente regulan quién es padre o madre. De esta manera, mientras que la mayoría de los códigos y leyes familiares parecen encontrarse estancados en temas de parentalidad, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha empezado, paulatinamente, a reconocer las diversas configuraciones familiares con énfasis en la función parental.

En este capítulo se aborda de manera breve y sistemática la evolución de la filiación en la legislación mexicana (se analiza casi exclusivamente el Código Civil para el Distrito Federal). Principalmente, se explican las formas de establecimiento de la filiación, sus fuentes y sus formas de extinción. Se desarrollan aspectos como la investigación de paternidad, esto es, quiénes y cómo pueden demandar el reconocimiento del carácter de padre legal. Asimismo, se incluyen algunas figuras legales relacionadas con la filiación, como la posesión de estado de hijo. Por último, se realiza un recorrido por la evolución jurisprudencial relativa a filiación con el análisis de tres doctrinas principales: 1) el derecho a la identidad y “verdad biológica”; 2) la doctrina sobre el reconocimiento de la realidad social, y 3) el concepto de voluntad procreacional. Estos desarrollos hacen patente la necesidad de una revisión profunda de las regulaciones relacionadas con la parentalidad.

B. UN POCO DE CONTEXTO

Hay que recordar que en tanto el derecho es una práctica social, las definiciones legales o construcciones jurídicas sobre la familia influyen y determinan también lo que entendemos que “es” y “debe ser” la familia fuera del ámbito legal. Existe una relación simbiótica entre cómo percibimos socialmente a la familia o las familias y cómo son reguladas jurídicamente. Lo mismo sucede con la determinación de quién es padre o madre. Si bien

nuestros entendimientos sociales sobre la parentalidad (quién es padre o madre y qué es ser padre o madre) no necesariamente corresponden con las categorías legales —es decir, podemos hablar de padre legal vs. padre social vs. padre biológico—, lo que la ley dice que es padre o madre influye en lo que entendemos que es y debe ser la parentalidad y viceversa.

Al respecto, la construcción jurídica de paternidad y maternidad se ha basado en lo que reconoce como un paradigma sobre la reproducción centrado en la pareja constituida por un hombre y una mujer, unidos en matrimonio (indisoluble) para la procreación.¹ Del matrimonio, la mujer resulta embarazada y de esta manera se establecen paternidad y maternidad. Como describe Vela,² este esquema se asume como “lo normal”: se tienen dos padres (madre y padre) y, sólo dos, que tienen relaciones sexuales entre sí y la mujer se embaraza por esa razón. Lo que se considera “normal” se vuelve, entonces, sinónimo de “lo justo” o “lo debido”. Por tanto, este tipo de reproducción merece protección legal y social, pues —se entiende— es la que hace mejores padres e hijos. Varias transformaciones tanto tecnológicas, como sociales y jurídicas han puesto en jaque esta concepción.

A pesar de la diversidad familiar, los marcos normativos familiares actuales —creados a partir de este paradigma centrado en el matrimonio— subsisten en parte como fueron originalmente diseñados y, por tanto, tienden a dejar a muchas personas, particularmente a niños y niñas, sin protección legal. Este modelo desconoce el papel de las familias extendidas y de personas que, a través de familias ensambladas u otros arreglos familiares, asumen de manera efectiva las responsabilidades o funciones parentales. Además, excluye del reconocimiento de derechos filiales a familias constituidas por parejas del mismo sexo y, en general, deja en un limbo legal a las NTR.

Como se desprende de otros capítulos, existe un incremento sostenido en los divorcios y, por tanto, en el número de las familias ensambladas —formadas por uno o dos padres divorciados, viudos o padres o madres solteras e hijos—. Además, como puede verse en el gráfico 1, un porcentaje importante de hogares (30% del total de hogares familiares) no está constituido por la familia nuclear (padres e hijos exclusivamente). En muchas familias

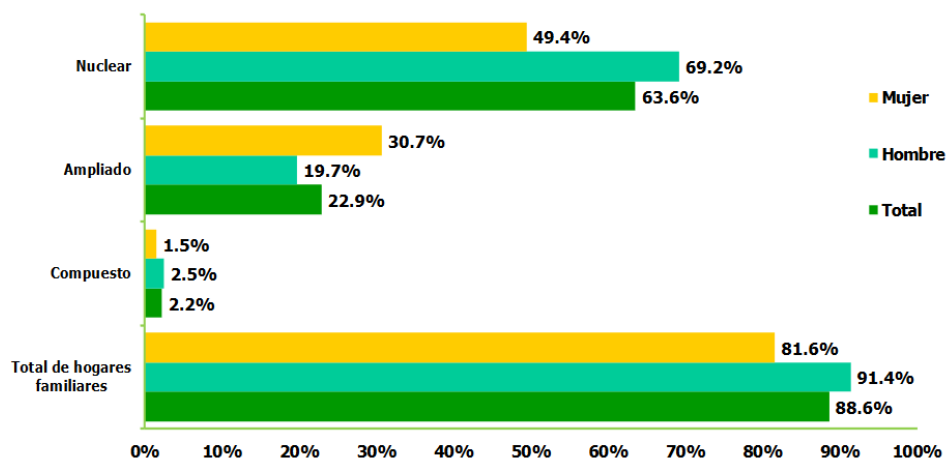
1 Jackson, Emily. 2007. “What is a Parent?”, en A. Diduck y K. O’Donovan (eds.), *Feminist Perspectives on Family Law*, Londres, Taylor & Francis, pp. 59-74.

2 Vela Barba, Estefanía, “Nuevas tecnologías reproductivas”, en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (eds.), *Conceptos clave en los estudios de género*, vol. 2, CIEG-UNAM, 2018, p 203.

en México, personas que no son los padres o madres conviven, cuidan o, incluso, crían a los niños y niñas.

Por otra parte, de acuerdo con los resultados del censo de 2020, desde 2010 existe un incremento de 38% en las parejas del mismo sexo que cohabitan (más de 350,000 parejas). Casi la mitad asumen el cuidado y la crianza de niños —58% dentro del matrimonio—. Si bien no existe información oficial sobre si sus hijos son biológicos, adoptados o nacidos por medio de NTR, se sabe que más de 62,000 parejas del mismo sexo no casadas también tienen hijos en México. En general, todas estas realidades se encuentran fuera del marco legal.

Gráfica 1. Porcentaje de hogares familiares: nucleares, ampliados y compuestos, según jefatura de hogar por hombre o mujer, 2017



Hogar familiar es en el que al menos uno de los integrantes tiene parentesco con el jefe(a), se clasifican en:

a) Nuclear, el que está conformado por el jefe(a) y cónyuge; jefe(a) e hijos; jefe(a), cónyuge e hijos.

b) Ampliado, el que está conformado por un hogar nuclear y al menos otro pariente, o por un jefe(a) y al menos otro pariente.

c) Compuesto, el que está conformado por un hogar nuclear o ampliado y al menos un integrante sin parentesco.

Nota: Los totales pueden no sumar cien por ciento debido al redondeo.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional de Hogares 2017.

Finalmente, la normalización social y el acceso a las NTR no sólo ha beneficiado a las parejas LGBT, sino también a personas solteras y —en mayor medida— a parejas heterosexuales. A pesar de que en México no sabemos cuántos niños nacen por medio de NTR, el incremento en la demanda ha llevado a un acelerado crecimiento en proveedores. En el país existen más de 100 clínicas privadas autorizadas en 21 estados de la república, y la mayor parte de los centros de salud pública ofrecen algún tipo de servicio

de reproducción asistida.³ El uso de estas tecnologías —que son abordadas con más detenimiento en otros capítulos de esta obra— constituye una de las causas más importantes de la desestabilización de las concepciones tradicionales sobre la reproducción y la parentalidad.

C. BREVE HISTORIA LEGISLATIVA DE LA FILIACIÓN EN MÉXICO

El Código Civil de 1884 estableció que la filiación “sólo podía originarse de manera natural por el hecho biológico del nacimiento” y se reconocieron tres formas de establecer legalmente ese vínculo:

1. A través de la presunción de paternidad y maternidad ligadas directamente al matrimonio (que hasta tiempo después incluyó al concubinato).
2. Mediante el reconocimiento voluntario de los hijos o las hijas.
3. Con las acciones de investigación de maternidad o paternidad.⁴

A pesar de que durante siglos el establecimiento de la relación genética entre padres e hijos era imposible de probar, para los tratadistas del derecho civil mexicano estas formas de establecimiento de la filiación tenían como presupuesto (necesario) una relación biológica con el hijo o hija.⁵ Se entendía que la única “verdad biológica” evidente era la derivada del embarazo (la madre es siempre conocida). Los tratadistas consideraban que para el derecho de familia previo a la tecnología genética en ADN, las presunciones suplían de alguna manera la falta de certeza sobre la relación biológica.

Sin embargo, figuras como la posesión del estado de hijo, que se discutirá más adelante, ponen de relieve que el matrimonio —el “único medio moral y legal” de formar una familia— fungía en realidad como el criterio determinante para establecer nexos filiales legales (con los beneficios

3 González-Santos, S. P., “A national portrait”, en *A Portrait of Assisted Reproduction in Mexico*, Cham, Palgrave Macmillan, 2020, pp. 252 y 234. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-23041-8_1.

4 Véase Rico Álvarez, Fausto, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 2013, p. 334.

5 Véase Domínguez Martínez, Jorge Alfredo *Derecho Civil: Familia*, Mexico, Porrúa, 2014, pp. 546-548. La mayoría de los códigos y leyes familiares regulan la adopción de forma separada y extienden las presunciones sobre el matrimonio a los hijos nacidos en el concubinato. Existe un debate entre los tratadistas civilistas mexicanos sobre si la adopción puede ser considerada filiación al carecer del vínculo biológico y genético.

correspondientes). Tan es así que el código de 1884 establecía un régimen diferenciado entre hijos legítimos (los nacidos dentro del matrimonio) e hijos ilegítimos (los concebidos fuera del matrimonio). A su vez, los hijos ilegítimos fueron subclasificados como naturales (quienes nacieron fuera del matrimonio, pero el padre y la madre se podían casar con dispensa) y espurios, adulterinos e incestuosos⁶ (aquellos nacidos fuera del matrimonio cuando el padre y la madre no podían casarse al momento de la procreación del hijo o inclusive después de su nacimiento).

Estas distinciones parten de lo que se conoce como privilegio matrimonial y permitían que sólo los hijos nacidos dentro del matrimonio tuvieran parentesco y filiación y, por lo tanto, fueran susceptibles de derechos patrimoniales y sucesorios. El reconocimiento de derechos y beneficios legales dependían del “tipo” de hijo o hija, esto es, si tenía derecho a llevar el apellido, recibir alimentos y la porción hereditaria correspondiente. Existían, además, reglas especiales relacionadas con el reconocimiento de hijos e hijas “ilegítimos” que tenían como interés fundamental preservar la institución matrimonial. De esta forma, si el padre o madre reconocía separadamente a un hijo no podía revelar el nombre del otro progenitor y esta información debía ser censurada en el acta correspondiente. Además, existía una prohibición absoluta para investigar la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio⁷ cuando los posibles padres estuvieran casados (algunas de estas reglas permanecen en los códigos).

Estas disposiciones eran coherentes con el paradigma de reproducción y parentalidad tradicional y correspondían con el estatus del matrimonio como marcador de estratificación social colonial, controlado originalmente por la Iglesia católica.⁸ Durante la redacción del código civil, el foco estuvo puesto en la protección de la moralidad social mediante el control de la sexualidad y la reproducción, así como en el resguardo de la propiedad y la conservación de la riqueza. Entonces, la relación biológica no hacía necesariamente a alguien hijo legal de una persona (particularmente de un hombre), el matrimonio (con o sin vínculo genético) era la fuente principal de los derechos derivados de la filiación.

6 *Idem.*

7 Artículos 341-343.

8 Véase Beltrán y Puga, Alma, *Bioética laica. vida, muerte, genero, reproducción y familia. La laicidad y el excepcionalísimo del derecho de familia en México: un apunte histórico*, México, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2018, p. 231. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4732/25a.pdf>.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917⁹ insistió en que la filiación podía originarse por el nacimiento bajo los mismos tres supuestos que contempló en el Código Civil de 1884. Asimismo, con base en promesas revolucionarias, esta ley eliminó la clasificación de hijos ilegítimos e hijos espurios, pues se consideró que no era “justo que la sociedad estigmatizara a los hijos como consecuencia de las conductas de los progenitores”. De acuerdo con la exposición de motivos, esta legislación buscaba organizar la familia “sobre bases más racionales y justas” que las que hasta entonces había tenido.¹⁰ Posteriormente, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 eliminó la diferencia legal entre hijos legítimos e ilegítimos, pues nuevamente se consideró injusto que los hijos se vieran privados de los diversos derechos únicamente como consecuencia de no haber nacido dentro del matrimonio. Con la eliminación de esta distinción también se suprimieron algunas prohibiciones para investigar la paternidad de hijos e hijas.¹¹ Estas modificaciones tienen mucho que ver con los cambios en la percepción social del valor y papel de los niños en una comunidad, y en las maneras como que se han estructurado las relaciones entre adultos y niños históricamente.¹²

Otras novedades que introdujo el Código fueron el reconocimiento de la adopción como fuente de filiación y la posibilidad de que las presunciones sobre la filiación también fueran aplicables a hijos nacidos dentro del concubinato y no sólo a hijos nacidos dentro del matrimonio. Cabe mencionar que, en gran medida, el tiempo que tomó ampliar las presunciones de filiación a los concubinatos estuvo relacionado con que la sexualidad de las mujeres se valoraba en función del matrimonio, asumiéndose que “la mujer casada es fiel”, mientras que la concubina no lo era.¹³

D. PARENTESCO Y FILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN

El estatus de familiar en el derecho se conoce como “parentesco” y conlleva una serie de consecuencias legales dentro y fuera del derecho familiar. Bajo la definición tradicional, el parentesco “se refiere a los vínculos, re-

9 Véase Ley de Relaciones Familiares de 1917.

10 Adame, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004, p. 40.

11 *Ibidem*, p. 58.

12 Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia*, 2021, pp. 7-15.

13 Véase Beltrán y Puga, Alma, *op. cit.*, p. 231.

conocidos jurídicamente, entre miembros de una familia. Esta relación se organiza en líneas, se mide en grados, y tiene como características la de ser general, permanente y abstracta”.¹⁴ De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal (CC), “la ley sólo reconoce como parentesco” los de consanguinidad (que descienden de un “tronco común”,¹⁵ en general correlativo a la filiación), afinidad (por medio del matrimonio) y civil (por medio de la adopción).¹⁶

El reconocimiento de los derechos y deberes derivados de la patria potestad (responsabilidades parentales) depende exclusivamente de la verificación de la existencia de un vínculo de filiación o del establecimiento de una tutela. Como se mencionó antes, actualmente la ley señala que la filiación puede establecerse mediante presunción, reconocimiento voluntario por el progenitor, impugnación de paternidad o a través de la adopción. La tutela se actualiza en casos de ausencia de ambos progenitores y (a falta de ellos) de los abuelos, ya sea por muerte o por la terminación judicial del encargo.¹⁷

Aunque durante mucho tiempo la presunción marital fue el medio predominante para establecer una relación entre progenitores y su descendencia, el auge de las pruebas genéticas permeó en las legislaciones. De esta forma, los avances tecnológicos que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XX, en específico, en la década de 1980, con el descubrimiento de la prueba pericial en genética o perfil de ADN, marcaron un cambio fundamental. En particular, contribuyeron al rompimiento del sistema de presunciones filiatorias derivadas del matrimonio para dar paso a la preva-

14 Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, Nostra Ediciones, 2010, pp. 113-116.

15 A partir de 2007, para Ciudad de México esto incluye el uso de tecnologías reproductivas: “Artículo 293.— El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

16 Véanse los artículos 292 a 300 del Código Civil para el Distrito Federal.

17 Sobre la regulación de la tutela que sólo se aborda de manera tangencial en este libro, véanse los artículos 449 a 640 del Código Civil para el Distrito Federal y Pérez Contreras, *op. cit.*, pp. 161-173.

lencia de concepciones biológicas sobre la parentalidad. El primer cambio en la legislación mexicana en relación con estos avances tecnológicos fue la reforma del 25 de mayo del 2000 al Código de la Ciudad de México.¹⁸ Esta modificación derogó el capítulo completo sobre el procedimiento de legitimación de los hijos (para reconocerlos como hijos legítimos) e incorporó la posibilidad de ofrecer pruebas periciales científicas en los juicios para establecer el vínculo filial.¹⁹

I. La filiación en la regulación actual

El Código Civil para el Distrito Federal define la filiación en su artículo 338 como “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia”; prohíbe que la filiación sea materia de convenio, transacción o compromiso arbitral, aunque permite que ciertos derechos de naturaleza pecuniaria sean sujetos de compromiso o transacción (artículo 339) y reconoce ciertos derechos generales del hijo derivados de la filiación (artículo 389):

- a) El derecho a llevar el apellido de sus progenitores.
- b) El derecho a percibir alimentos.
- c) El derecho a heredar.
- d) Los demás que deriven de la filiación.

En este último punto, vale insistir en que la determinación filial no sólo tiene impacto en el derecho de familia regulado en códigos civiles, sino que tiene consecuencias para la determinación de nacionalidad y estatus migratorio, para la recepción de beneficios derivados de los sistemas de seguridad social, autoriza tratamientos especiales en temas fiscales y laborales, y (a partir de la patria potestad) permite la toma de decisiones fundamentales sobre la vida de los hijos e hijas, como sería la posibilidad de tomar decisiones médicas. Incluso, la determinación de parentesco y filiación tiene consecuencias penales (en la forma, por ejemplo, de agravantes) y administrativas (en temas de prohibición de contratación y de responsabilidad administrativa), entre otras.

En algunos aspectos, la legislación actual busca separarse del paradigma matrimonial de la filiación. Por ejemplo, el código es particularmente

18 Véase la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000.

19 Véase, por ejemplo, el artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal.

enfático al establecer la igualdad sustantiva de los titulares de los derechos derivados de la filiación (artículo 338 Bis), sin importar su origen. Esta disposición, que actualmente parecería reiterar una obviedad, es el producto de la evolución progresiva relatada anteriormente sobre la eliminación de categorías de hijos. Por otra parte, la reforma del año 2000, en artículos como el 344, señala que la declaración de nulidad de esta unión, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, no afecta la filiación de los hijos. Sin embargo, en términos generales persisten los sistemas originales, los cuales —no será sorpresa, dado el paradigma tradicional— están marcados fuertemente por distinciones de género (un régimen para madres y otro para padres).

II. El acta de nacimiento

De acuerdo con el CC, el acta de nacimiento es la prueba idónea de la filiación de una persona (artículo 340) y únicamente se remite a fuentes subsidiarias a falta de ésta. El procedimiento registral del nacimiento de un niño o niña se encuentra regulado en el título cuarto, capítulo II del Código Civil, que establece la obligación, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de nacimiento de declarar el nacimiento de un hijo a las siguientes personas, en orden subsidiario (artículo 55):

- a) El padre y la madre o cualquiera de ellos.
- b) Los ascendientes en línea recta.
- c) Los colaterales iguales en segundo grado.
- d) Los colaterales desiguales ascendientes en tercer grado.

Para ello, deberá presentarse al niño o niña ante el juez del Registro Civil del lugar de nacimiento y exhibir el certificado de nacimiento suscrito por el médico que haya asistido al parto en los formatos autorizados por la autoridad sanitaria competente. Este documento se considera la prueba del día, hora y lugar de nacimiento, sexo de la persona nacida y de la maternidad. A falta de ese documento, será necesario exhibir la constancia de parto y cuando, por causas de fuerza mayor, no exista ninguno, es necesario presentar una denuncia ante el Ministerio Público y hacer constar las circunstancias de los hechos.

Por su parte, el acta de nacimiento contiene el día, hora y lugar del nacimiento, el sexo del nacido y los nombres completos de sus progenitores (en caso de conocerse). Asimismo, la legislación faculta a los progenitores para

elegir el nombre del niño o niña (con ciertas limitaciones)²⁰ y el orden de sus apellidos. El acta también incluye los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los abuelos y de las personas que hayan hecho la presentación.

Aunque el Código establece como obligación general del padre y la madre el reconocimiento de los hijos (artículo 60), en este punto encontramos la primera distinción entre el vínculo filial de la madre y el del padre. El vínculo de la madre, en circunstancias ordinarias, queda acreditado a través del certificado de nacimiento (artículo 54), mientras que el vínculo del padre puede derivar de dos fuentes distintas, las cuales ameritan un tratamiento jurídico diferenciado: la comparecencia al registro y la presunción derivada del estado civil.

La comparecencia del padre constituye un auténtico acto jurídico de reconocimiento (artículo 369), que tiene el mismo valor que el de la madre y es independiente de su estado civil. A pesar de ello, cuando el niño o niña es presentado por una mujer casada, el Código establece una presunción de filiación con el cónyuge de la madre (artículo 63), que está calificada por ciertas limitaciones que se mencionaron antes.

Finalmente, el CC prescribe la obligación de registrar al menor en ciertos casos excepcionales, como el hallazgo de expósitos (artículo 65) y el caso de menores expuestos nacidos en centros de reclusión y casas de comunidad (artículo 66). El régimen jurídico ordena la especificación de dichas circunstancias en el acta correspondiente (artículo 67), el resguardo de los efectos encontrados con el menor (artículo 68) y prohíbe absolutamente la inquisición de paternidad en estas situaciones (artículo 69).

III. Sistema de presunciones

1. Filiación materna

A diferencia de la filiación paterna —que, como veremos a continuación, cuenta con un acervo legislativo y jurisprudencial robusto—, la filiación materna pocas veces llega a constituir un punto de controversia, lo cual se debe en buena medida al parto como base para la imputación de una relación

20 “Artículo 58. El Juez del Registro Civil, exhortará a quien presente al menor que el nombre propio con el que se pretende registrar no sea peyorativo, discriminatorio, infamante, denigrante, carente de significado, o que constituya un signo, símbolo o siglas, o bien que exponga al registrado a ser objeto de burla”.

filial: *mater semper certa est* (la madre es siempre conocida). Implícitamente, el razonamiento partía de la noción de que el parto, al ser un hecho jurídico generalmente verificable, proporcionaba una prueba irrefutable respecto de la relación consanguínea entre la madre y el recién nacido, lo que era distinto en relación con el padre, cuya identidad resultaba altamente difícil de determinar con precisión en la mayoría de los casos. Al haber prueba irrefutable sobre la relación consanguínea se constituye la relación legal.

En efecto, no ha sido sino hasta años recientes, con las NTR, que el vínculo genético no necesariamente corresponde con la relación entre la mujer gestante y el producto de la gestación. Esta realidad ha constituido uno de los principales focos de controversia en los procedimientos de gestación por sustitución, que hasta la fecha son objeto de una regulación asimétrica a lo largo del país. Mientras que legislaciones como la de Sinaloa disponen la creación de un vínculo filiatorio entre la contratante y el producto, y desconocen la maternidad de la gestante,²¹ San Luis Potosí legisló la postura opuesta, para prever específicamente la exclusividad del vínculo filial entre la mujer gestante y el producto (“es inexistente la maternidad substituta”).²² En Ciudad de México la gestación por sustitución no está regulada, a pesar de que se lleva a cabo.

2. Presunción marital o presunción de paternidad (filiación paterna)

La situación deviene más compleja al momento de establecer la filiación de los hijos de matrimonio, pues en este caso el CC establece una presunción de paternidad respecto de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo (ya sea por divorcio, nulidad o muerte del marido), siempre y cuando la madre no haya contraído nuevas nupcias (artículo 324). En este caso, a diferencia de lo que ocurre con el reconocimiento (considerado en la doctrina civil como un ac-

21 El Código Familiar para el Estado de Sinaloa dispone: “Artículo 293. Una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea *contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados.*” [Énfasis añadido]

22 El Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí establece: “Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, *la maternidad se le atribuirá a la primera.*” [Énfasis añadido]

to jurídico) o el acta de nacimiento (como prueba documental), la totalidad del estatus filiatorio descansa exclusivamente en una presunción de cohabitación sexual exclusiva entre los cónyuges. Además, el CC recientemente extendió la presunción al caso de los hijos concebidos dentro del matrimonio mediante NTR cuando hubo consentimiento del esposo (artículo 326).

Desde un punto de vista instrumental, la presunción aún conserva cierta utilidad, en la medida en que facilita la inscripción del bebé y garantiza la protección de sus intereses desde un primer momento, lo cual no ocurriría si fuera necesario, en todos los casos, que el padre compareciera personalmente a realizar la inscripción del hijo. Antes de la existencia de la prueba de ADN, por ejemplo, el acta matrimonial (verdadera o apócrifa) era la única manera de establecer relaciones filiales de hombres que desconocían la paternidad de sus hijos biológicos.

La presunción de paternidad subsiste a pesar de la nulidad del acta de matrimonio (artículo 344²³). No obstante, se reconce la posibilidad del presunto padre de oponerse al establecimiento de la relación filial, pues, al tratarse de una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario), se faculta al hombre a interponer una acción para desvirtuar la presunción dentro de los 70 días contados desde que supo del nacimiento (artículo 330). En este punto, parecería que el artículo hace referencia a la impugnación de la paternidad atribuida exclusivamente a través de la presunción, esto es, cuando el padre no ha comparecido ante el juez del Registro Civil, pues de lo contrario se configuraría un acto de reconocimiento que, como se analizará más adelante, si bien no es revocable por quien lo hizo, sí se encuentra sujeto a las acciones de nulidad inherentes a todo acto jurídico.

Como se mencionó, el CC establece, en su artículo 383, la misma presunción de paternidad en el caso del concubinato. Sin embargo, a diferencia del matrimonio, que como acto jurídico cuenta con un sustento documental consistente en el acta de matrimonio, el concubinato parte de una situación de hecho y, aunque el propio código contempla la posibilidad de su inscripción registral, a menudo se carece de un sustento probatorio autónomo para acreditarlo, que por lo general sólo se configura una vez resuelta la controversia en sede jurisdiccional. En este sentido, la presunción es altamente limitada en su aplicación real.

23 El artículo original establecía que no se perdía el estatus de “hijos del matrimonio”. “ARTICULO 344.— Declarado nulo un matrimonio, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, los hijos tenidos durante él se consideran como hijos de matrimonio”.

Cabe mencionar, finalmente, que la aplicación de esta presunción está sujeta a la viabilidad de la persona nacida, entendida como la que haya vivido desprendida del seno materno durante 24 horas, o haya sido presentada viva ante el juez del Registro Civil (artículo 337). Esta situación coincide con los requisitos para la capacidad de heredar del concebido (artículo 1314) y sin lo cuales no es posible entablar acción alguna con relación a la filiación.

IV. El sistema de reconocimiento

El reconocimiento de filiación se considera el acto jurídico mediante el cual se establece la relación de filiación entre quien reconoce y quien es reconocido. De acuerdo con el CC, el reconocimiento puede surgir de una resolución judicial (artículo 360) o como manifestación de la voluntad con las siguientes modalidades (artículo 369):

- a) En la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil.
- b) Por acta especial ante el mismo juez.
- c) Por escritura pública.
- d) Por testamento.
- e) Por confesión judicial directa y expresa.

Bajo la teoría de los actos jurídicos, al tratarse de un acto considerado como solemne, el reconocimiento efectuado fuera de estas modalidades no es susceptible de producir efectos o de ser convalidado, pero “podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad” (artículo 369).

Un elemento que caracteriza al reconocimiento en el sistema jurídico mexicano es la irrevocabilidad, incluso cuando se realiza vía testamento (artículo 367).²⁴ A diferencia de otros sistemas jurídicos,²⁵ con la legislación

24 Se trata de excepción a la regla general sobre la revocabilidad de los testamentos (artículo 1295).

25 Por ejemplo, el Código Familiar de California, establece, en su sección 7574:
“a) La declaración voluntaria de paternidad deberá ser celebrada en un formulario desarrollado por el Departamento de Servicios de Sustento al Niño junto con el Departamento Estatal de Servicios de Salud, el Consejo de Sustento Familiar de California, y grupos promotores de sustento a los niños.
(b) el formulario descrito en la subdivisión (a) deberá contener, como mínimo, lo siguiente:
[...]

mexicana puede sostenerse que el reconocimiento no presume ni depende de la existencia de un vínculo genético o biológico, sino que constituye una manifestación autónoma mediante la cual el compareciente acepta de forma voluntaria asumir las consecuencias jurídicas del vínculo filial, por lo que es perfectamente viable que se efectúe aun a sabiendas de la inexistencia del nexo biológico con el reconocido.

1. Reconocimiento por parte de personas menores de edad

La legislación establece como requisito contar con la edad exigida para contraer matrimonio (artículo 361), y en caso de que quien efectúe el reconocimiento sea una persona menor de edad, contar con el consentimiento de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela o, a falta de ésta, autorización judicial (artículo 362).

Las reglas sobre el reconocimiento de hijos por parte de personas menores de edad son previas a la prohibición del matrimonio infantil. Con la nueva prohibición, no está claro si el artículo 362 deja de tener efectos, en tanto prohíbe terminantemente el reconocimiento efectuado por personas menores de edad (inclusive en el caso de haber sido ellos quienes efectivamente lo engendraron), o si, por otro lado, es el artículo 361 el que debe ceder ante el interés del recién nacido en ser registrado. Por último, el artículo 363 faculta a quien reconoció a un hijo siendo menor de edad para anularlo si acredita que hubo error o engaño, extendiendo la posibilidad de ejercer la acción hasta cuatro años después de haber cumplido la mayoría de edad.

2. Reglas especiales sobre reconocimiento

1. El reconocimiento efectuado por uno de los padres únicamente produce efectos respecto de quien lo hizo (artículo 366), y si bien no

(5) Una aserción por parte de la madre de que ha leído y entendido los materiales escritos en la sección 7572, que el hombre que ha firmado la declaración voluntaria de paternidad es el único padre posible, y que proporciona su consentimiento para el establecimiento de la paternidad al firmar la declaración voluntaria de paternidad...

(6) Una aserción por parte del padre de que ha leído y entendido los materiales escritos descritos en la sección 7572, que entiende que al firmar la declaración voluntaria de paternidad está renunciando a los derechos descritos en los materiales escritos, que es el padre biológico del niño, y que proporciona su consentimiento para el establecimiento de la paternidad al firmar la declaración voluntaria de paternidad [...].”

requiere del consentimiento del otro cónyuge, si será necesario en caso de que pretenda llevarlo a vivir al domicilio conyugal (artículo 372).

2. La ley exige el consentimiento de los adultos que pretenden reconocerse (artículo 375), y faculta a niñas, niños y adolescentes a controvertir dicho reconocimiento al alcanzar la edad adulta (artículo 376), para lo cual contarán con el plazo de dos años a partir de la mayoría de edad (artículo 377).
3. Se faculta a la madre para oponerse al reconocimiento hecho sin su consentimiento. El reconocimiento queda sin efectos en tanto no se resuelva la controversia en sede jurisdiccional (artículo 379).
4. Destaca que “la persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia podrá, contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño” está legitimada para oponerse al reconocimiento dentro de los 120 días contados desde que supo de él, sin que pueda ser separada del menor salvo mediante sentencia ejecutoriada (artículo 378). Éste es uno de los reconocimientos legales de la intención y función parental, pues establece prerrogativas a la persona que ejercen roles de padres.
5. El CC prohíbe el reconocimiento del hijo de una mujer casada si aquel no ha sido previamente desconocido por el padre (quien goza de la presunción de paternidad) (artículo 374). Aunque esta regla conserva su eficacia general en el sentido de negar el reconocimiento unilateral efectuado en estas circunstancias, el requisito de desconocimiento previo ha sido objeto de fuerte escrutinio, como analizaremos más adelante.
6. Cuando quienes reconocen al niño o niña no viven juntos, se prevé que la custodia, por regla general, se otorga a quien realice primero el reconocimiento (artículo 381), mientras que si se realiza en el mismo acto corresponderá al juez de lo familiar resolverlo, previa audiencia de las partes y de la persona menor de edad, conforme al interés superior de este último (artículo 380). Sin embargo, la tendencia jurisprudencial de los últimos años ha sido la de colocar el interés superior de niñas, niños y adolescentes como el criterio fundamental para resolver estas controversias y nunca, como pretende establecer el artículo 381, de forma subsidiaria, por lo que esta

última disposición difícilmente sería capaz de superar el escrutinio judicial.

3. El acta de reconocimiento

En general, el momento idóneo para el reconocimiento de un hijo es el levantamiento del acta de nacimiento. Sin embargo, cuando el reconocimiento no sucede en ese momento y no ha operado la presunción de paternidad respecto del cónyuge de la madre, es posible realizar un acto distinto; éste puede tener lugar mediante la comparecencia de quien pretende reconocer o, alternativamente, a través de las otras modalidades previstas por el Código (escritura pública, testamento o confesión judicial), con la exhibición ante el juez del Registro Civil de la documentación correspondiente (artículo 80).

En estos casos, se realizarán las anotaciones correspondientes en el acta originaria y se levantará una nueva (artículo 78), reservándose la originaria sin que pueda publicarse o expedirse constancia salvo mandato judicial (artículo 82). Cabe mencionar que en caso de haberse realizado por algún medio distinto a la comparecencia directa, los documentos de reconocimiento no perderán sus efectos por falta de registro (artículo 81).

V. *Investigación de paternidad*

La legislación civil resulta particularmente confusa con respecto a la clasificación de las distintas vías de acción que pueden ejercerse con motivo de una relación de filiación, por lo que es común que términos como *reconocimiento*, *investigación*, *desconocimiento* o *contradicción de paternidad* sean utilizados indistintamente, lo que produce un alto grado de incertidumbre respecto a cuál es el derecho aplicable para cada caso. No obstante, optamos, a fin de evitar confusiones, por distinguir entre las *acciones de investigación*, tendientes a establecer una relación filial que no existía previamente, y las *acciones de contradicción*, tendientes a destruir una relación de filiación jurídicamente establecida, esto sin perjuicio de que en la realidad muchas veces estas acciones se ejercen y resuelven en forma conjunta.

Como se ha mencionado, el surgimiento de la prueba genética de ADN supuso un cambio radical en la forma de valorar la procedencia de las acciones derivadas de la filiación y su efecto fue particularmente notorio en las acciones de investigación de paternidad que, hasta antes de la introduc-

ción de estos métodos, resultaban considerablemente complejas, en virtud de la escasez de pruebas que habitualmente acompaña a estos juicios.

1. Procedencia y legitimación

Respecto del procedimiento de investigación en concreto, la primera referencia se encuentra en el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal (dentro del capítulo relativo al acta de nacimiento), que introduce la posibilidad de investigar la paternidad del hijo, principalmente cuando se desconoce la identidad de uno o ambos de sus padres. Por lo que hace a la investigación de la maternidad, el Código la autoriza de manera general, aunque la prohíbe en el caso de una mujer casada (artículo 385), estableciendo como excepción el hecho de que se “deduzca de una sentencia civil o criminal” (artículo 386). Asimismo, establece la ineficacia del otorgamiento de alimentos como prueba o presunción de filiación (artículo 387). Como puede apreciarse, las anteriores disposiciones parecen a todas luces constituir resabios del sistema probatorio anterior, por lo que indudablemente carecen de efectos frente a las doctrinas jurisprudenciales actuales que buscan priorizar los intereses de niños y niñas en oposición a la protección de la vida marital.

La mayoría de los códigos civiles establecen límites a la investigación, por ejemplo, en Ciudad de México se establece que “Artículo 388. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad”. Esta disposición se conocía como la prohibición de la investigación *post mortem*.²⁶

26 En la interpretación jurisprudencial de estas disposiciones, la Primera Sala en el ADR 2750/2010 permitió a una presunta hija indagar si una persona fallecida era su padre, con el propósito de determinar la verdad biológica y la información médica relevante derivada de ésta, sin que la corroboración de la presunta paternidad la facultara para exigir los derechos derivados de la relación filial: la modificación de su nombre y el ejercicio de los derechos sucesorios. En sus razonamientos, la Corte determinó que la seguridad jurídica y paz familiar tenían mayor peso frente a los derechos de modificación de nombre y respecto a los derechos hereditarios derivados de la filiación de quien pretendía conocer su origen. Sin embargo, por lo que hace al núcleo del derecho a la identidad, relacionado con el derecho a la salud mental y la verdad biológica, la SCJN determinó que ese derecho también debía ser protegido; así, ordenó permitir a la mujer indagar sobre sus orígenes, sin que la corroboración de la presunta paternidad, la

El CC reconoce la legitimación para ejercer esta acción exclusivamente a favor del propio hijo y de sus descendientes (artículo 385), por lo que si es ejercida antes de la mayoría de edad, se entiende que corresponderá hacerlo a quien ostente la patria potestad o tutela, quien estará actuando en todo momento en representación del menor, por lo que sus facultades procesales quedarán debidamente limitadas.²⁷

Aunque, como señalamos, existe una diferencia conceptual importante entre el reconocimiento como acto jurídico voluntario y la declaración judicial que establezca el vínculo filial, estos conceptos son confundidos por el legislador en el artículo 360 del Código Civil, de modo que, en ciertos casos, las referencias relativas al reconocimiento son aplicables a los procedimientos de investigación de paternidad. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 374, que prohíbe el reconocimiento del hijo de mujer casada salvo que exista sentencia ejecutoriada en la que éste haya sido desconocido por el padre.

VI. *La posesión del estado de hijo*

Todos los códigos civiles preservan una disposición que permite cierto grado de reconocimiento de la actividad o función de ser padre, o lo que se conoce como paternidad de *facto* en otras jurisdicciones. Utilizada para demandar el reconocimiento de paternidad, la figura de “posesión de estado de hijo” funcionó como la base para probar el vínculo filial en los casos de ausencia de actas de nacimiento. Así, no era, *per se*, una fuente de filiación, sino que funcionó como evidencia para demostrar la relación suyacente. Para los tratadistas,²⁸ en la ausencia de actas de nacimiento, la posesión de un “estado constante” era evidencia suficiente para determinar la existencia de la filiación entre padres e hijos nacidos dentro del matrimonio. Para considerar como probada la filiación se requería que la persona fuera reconocida de forma pública y constante como hijo por la familia del padre y por la sociedad, y que además continuamente utilizara los apellidos de sus padres con su consentimiento, o que el presunto progenitor lo haya tratado como

facultara a exigir la modificación de su nombre y a reclamar los derechos hereditarios, que implicarían desplazar los derechos de terceros.

27 Al respecto puede darse el caso de que, de percibir un potencial conflicto de intereses entre el menor y quien se ostente como su representante, se deba nombrar un tutor judicial que represente los intereses del menor.

28 Rico, Fausto et al., *Derecho de familia*, Mexico, Porrúa, 2011, p. 79.

hijo —proveyendo de los medios para su subsistencia, un hogar y educación— (artículos 341 y 343).

Como se puede ver, la fama era crucial para esta figura, ya que implicaba el reconocimiento público del vínculo entre el padre y el hijo (o hija).²⁹ Después de que, a principios del siglo XX, se eliminaron las consideraciones de ilegitimidad, la figura de la posesión de estado de hijo fue utilizada para reconocer también a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Con el paso del tiempo, la expansión del Registro Civil y la aparición de las pruebas de ADN esta disposición se convirtió en letra muerta; hasta que, recientemente, la SCJN por medio de su jurisprudencia la revivió.

VII. Extinción de la filiación

Hasta el momento hemos analizado las distintas formas (voluntarias o contenciosas) a través de las cuales el CC establece el vínculo filial. Sin embargo, como adelantamos, existen casos en los que las partes involucradas buscan la extinción de dicho vínculo, ya sea porque se hubiere establecido a través de una presunción biológica (desconocimiento) o cuando el reconocimiento efectuado voluntariamente carezca de validez en virtud de existir algún vicio del consentimiento (anulación de reconocimiento).

1. Desconocimiento o impugnación de la presunción de paternidad

Una primera categoría de los procesos de extinción de la filiación es la que ocurre cuando surge a partir de la presunción derivada del matrimonio, en cuyo caso el CC atribuye de manera exclusiva al padre “afectado” la legitimación para la interposición de dicha acción (artículo 345). Para el ejercicio de la acción, se establece como límite el plazo de 60 días a partir de que tenga noticia del nacimiento (artículo 330), salvo que se encuentre bajo tutela, en cuyo caso el plazo corre a partir del cese del impedimento (artículo 331). En caso de haber fallecido, se faculta para el ejercicio de la acción a sus herederos (artículos 332 y 333). Adicionalmente, la ley establece que el desconocimiento necesariamente debe realizarse por vía judicial (artículo 335). Deben ser oídos, según el caso, “el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino” (artículo 336).

29 Domínguez Martínez, pp. 547-548.

Vale destacar que la legitimación exclusiva del padre legal para ejercer la acción, que opera a su vez como un obstáculo para el ejercicio de acciones de reconocimiento e investigación por parte de un tercero que se ostente como padre biológico de la persona menor de edad ha sido declarada inconstitucional, de manera que corresponderá al juez valorar, atendiendo al interés superior del niño o niña, la procedencia de dicha acción. Sin embargo, la eliminación de dicha restricción no implica que cualquier persona quede legitimada para impugnar la presunción de paternidad, tal como resolvió la Suprema Corte en el amparo directo 12/2012,³⁰ en el que la abuela materna, tras la muerte de la madre del menor, buscó impugnar la paternidad del cónyuge de ésta.

Por último, en términos del artículo 347 del CC, la acción es imprescriptible para el hijo y sus descendientes, y puede extenderse, en ciertos casos, a otros herederos (artículos 348 y 349) o a los acreedores del hijo (artículo 350), aunque está sujeta a un plazo de prescripción de cuatro años (artículo 351).

2. Contradicción y anulación del reconocimiento

El reconocimiento puede ser contradicho por 1) el progenitor que reclame para sí tal carácter, 2) el Ministerio Público, cuando se realice en perjuicio del niño, niña o adolescente, o 3) por el tercero afectado por el reconocimiento ilegal (artículo 368). Muchas de las disposiciones y limitación a la contradicción también han sido declaradas inconstitucionales, por lo que es la jurisprudencia que se abordará más adelante la que tiende a regir estos procedimientos. Por su parte, la posibilidad de anular el reconocimiento obedece a directrices considerablemente distintas a la contradicción o revocabilidad y la legislación civil admite lecturas diferentes.

En contraposición a lo que sostienen algunos tratadistas, en nuestra opinión, la figura del reconocimiento no presupone necesariamente una concordancia biológica, por lo que ésta no tiene, en principio, efecto alguno respecto de la validez del acto. Así, es perfectamente válido, en el sistema actual, el reconocimiento realizado a sabiendas de que no existe una relación biológica entre el autor del acto y aquel a quien se pretende reconocer. En este sentido, al ser irrevocable el reconocimiento —esto es, no puede ser

30 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 6 de septiembre de 2013.

privado de efectos por la mera voluntad de su autor—, la única vía para eliminar sus efectos legales radica en la existencia de un elemento de invalidez bajo la teoría civil tradicional, como es el caso de los vicios de la voluntad. En efecto, el propio CC reconoce este supuesto al señalar, en el artículo 363, la anulabilidad del reconocimiento efectuado por una persona menor de edad cuando haya prueba de que hubo error o engaño al hacerlo, facultándolo para ejercer dicha acción de nulidad hasta cuatro años después de haber alcanzado la mayoría de edad.

Sustenta esta postura que la Corte ha reconocido la extensión de este principio de anulabilidad al reconocimiento efectuado por un mayor de edad al resolver el amparo directo 1/2018.³¹ Es necesario aclarar que si bien en dicha resolución no se resolvió directamente respecto de la figura del reconocimiento de hijo en el derecho nacional,³² sí se pronunció respecto de la naturaleza del reconocimiento en tanto acto jurídico. Se consideró que al encontrarse sujeto a las mismas reglas de validez aplicables para los actos jurídicos en general, es susceptible de ser anulado ante la acreditación de un vicio de la voluntad, como puede ser el error, particularmente cuando éste es inducido (dolo) o preservado (mala fe) por un tercero, como es el caso de la madre del niño o niña.

Para estos casos la carga probatoria descansa enteramente en quien pretende impugnar dicho reconocimiento, y versará en exclusiva respecto de la existencia, objetivamente comprobable, de las circunstancias que hayan viciado su voluntad. En este sentido, la Suprema Corte determinó, en el amparo directo en revisión 6491/2018,³³ que la pericial en genética molecular, aun cuando revelara la inexistencia de un nexo biológico entre el autor y el reconocido, no es susceptible de anular el acto. Desde luego, lo anterior no implica que, en esos procedimientos, pueda prescindirse de dicha prueba, pues aun cuando se acreditara la causal de nulidad correspondiente, sus efectos desaparecen si, a final, la prueba científica revela la existencia de un nexo biológico, pues la filiación surgiría de este último.

31 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de diciembre de 2018.

32 Esto se debe a que, en el caso en concreto, el acto constitutivo de la filiación había sido celebrado en la ciudad de Pasadena, California, estado bajo cuya legislación la *declaración de paternidad*, aunque guarda ciertas similitudes con el reconocimiento, sí parte expresamente de la presunción de un vínculo biológico, a diferencia de lo que acontece en los Códigos Civiles locales de México.

33 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 4 de noviembre de 2020.

E. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL, ¿PADRE O MADRE ES QUIEN ENGENDRA O QUIEN CRÍA?

Como consecuencia de un sistema de determinación de las relaciones filiales construido con ideas sobre el matrimonio y la parentalidad que se han abandonado, la Corte ha emitido un número importante de criterios modificando las reglas codificadas descritas en este capítulo. En el apartado anterior hemos destacado algunos casos relevantes, pero la descripción jurisprudencial amerita un tratamiento independiente, en tanto responde a lógicas muy distintas a las de los códigos civiles.

Desde hace más de una década, la SCJN reconoció el derecho de todas las personas a formar una familia y la protección estatal de sus uniones civiles mediante el matrimonio y el concubinato sin discriminación. Asimismo, los criterios desarrollados en torno al libre desarrollo de la personalidad han dado lugar a una perspectiva distinta del derecho de familia, que no coincide con la acotada protección que las normas familiares y el sistema de presunciones prevé. Finalmente, y de manera destacada, la SCJN ha utilizado el lenguaje de los derechos humanos —particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)— para modificar aquellas concepciones que no logran reflejar las distintas relaciones entre padres o madre e hijos o hijas, en detrimento de las necesidades de niños, niñas o adolescentes. Es posible identificar tres etapas clave en la jurisprudencia que reflejan esta evolución:³⁴

- 1) Verdad biológica. La introducción de las pruebas de ADN permitió superar muchos de los límites que se presentaban en las investigaciones de paternidad y, a su vez, disminuyó la carga impuesta al matrimonio como elemento determinante para configurar el “derecho a la identidad biológica”.³⁵
- 2) Realidad social. Posteriormente, la SCJN abandonó su dura postura sobre “verdades biológicas” para desarrollar la doctrina de la “realidad social”; centrada no sólo en el hecho comprobable de un vínculo biológico, sino en las relaciones que se construyen en los hogares.

34 Parte de este análisis se retoma del capítulo sobre México en Huntington, Bary y Joslin, *Social Parenthood in Comparative Perspective*, NYU Press (próxima publicación).

35 Contradicción de tesis 430/2013, SCJN, Primera Sala, 28 de mayo de 2014. párr. 75. Véase también, Amparo directo en revisión 908/2006, SCJN, Primera Sala, 18 de abril de 2007.

- 3) Voluntad procreacional. Finalmente, los casos más recientes introducen protecciones para las familias que han hecho uso de las nuevas tecnologías reproductivas y para familias compuestas por parejas del mismo sexo y sus hijos, que reconocen y salvaguardan la intención de establecer una relación entre progenitores y sus descendientes.

I. El derecho a la identidad y la “verdad biológica”

La primera etapa del desarrollo jurisprudencial tuvo como catalizador el incremento en el uso de las pruebas científicas de ADN para determinar vínculos genéticos entre personas.³⁶ La altísima eficacia de esta prueba desplazó, hasta volver irrelevantes, las demás consideraciones respecto de la posible paternidad biológica de una persona. En efecto, con una prueba de ADN poco o nada valían los testimonios de quienes aseguraran la existencia de una relación clandestina entre dos personas, así como la imposibilidad de cohabitación entre los cónyuges.

Esta situación quedó finalmente reconocida mediante la incorporación al CC de las pruebas “que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer” (artículos 325, 341 y 382). Sin embargo, la reforma que reconoció la prueba de ADN agregó un par de líneas a los códigos sin modificar las reglas principales sobre presunciones, reconocimiento e investigación. Esto provocó un mar de casos sobre la compatibilidad y valor de esta prueba en el sistema general de filiación. En nuestra opinión, estos casos desestabilizaron la priorización del matrimonio para el reconocimiento filial y, en un inicio, recrudecieron la visión exclusivamente biológica de la paternidad y maternidad. Como se verá, en algunos casos, la aparición de la prueba de ADN implicó el desconocimiento de padres legales que efectivamente

36 La revolución científica que habría de alterar radicalmente el panorama de atribución de filiación mediante presunciones tiene su origen en la década de 1960, cuando comenzaron a desarrollarse las primeras pruebas de antígenos leucocitarios humanos, que habrían de alcanzar una precisión de hasta 80%, aunque aún presentaban dificultades para distinguir entre parientes cercanos. Sin embargo, fue en la década de 1980 cuando se desarrolló el método de reacción en cadena de la polimerasa (RCP), con un índice de precisión superior a 99.9%, y fue posible establecer con certeza casi absoluta la existencia de un nexo biológico entre dos personas. *Cfr. History of Paternity Testing*, disponible en: <https://web.archive.org/web/20041119070715/http://www.paternity-answers.com/history-paternity-test.html>.

realizaron funciones parentales en favor de lo que la Corte llamó “verdad biológica”.

Un grupo importante de casos establecieron la prueba de ADN como el medio idóneo para determinar la filiación biológica.³⁷ Sobre los procedimientos se señaló, por ejemplo, que la toma de muestra debe ser única para evitar la revictimización de niñas y niños.³⁸ Por su parte, en la contradicción de tesis 496/2012, la Corte sostuvo que cuando no se desahoga la prueba pericial genética en ADN, se dicta sentencia y se absuelve al demandado, no opera el principio de cosa juzgada, pues la sentencia sin desahogo de prueba pericial genética en ADN afecta el derecho al acceso efectivo a la justicia por parte de la niñez.³⁹ Así también, es jurisprudencia que se presume la paternidad cuando los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba de ADN.⁴⁰

El derecho de niñas, niños y adolescentes a la identidad —reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los artículos 7 y 8 de la CDN— fue la base para derrumbar las limitaciones de acceso a las acciones de investigación, contradicción y desconocimiento. Se consideró que el derecho a la identidad incluía el derecho al conocimiento de los orígenes biológicos de un niño o niña, y se concluyó que esto implicaba la obligación de correspondencia entre padre biológico y padre legal. Con base en esta peculiar conceptualización de los derechos de la infancia, que respondía más bien al paradigma tradicional de reproducción y parentalidad, se priorizó la relación biológica para el establecimiento de la filiación.

Los primeros casos marcaron la pauta para consolidar la doctrina sobre el origen biológico. Primero, se permitió la atribución de filiación a hombres casados y luego se autorizó la investigación de paternidad respecto de

37 Véanse ADR 1584/2011, ADR 2228/2011, ADR 3759/2012, ADR 1321/2013 y CT 430/2013.

38 Véase ADR 1584/2011.

39 Véase Jurisprudencia 1a./J. 28/2013 (10a.) “RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DEBE PREVALECER EN EL JUICIO RELATIVO FRENTE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA.”

40 Véase Jurisprudencia 1a./J. 101/2006. “JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO).”

personas que habían fallecido —si bien no la posibilidad de heredar—. ⁴¹ Posteriormente, se permitió la contradicción de paternidad de niños con dos padres legales reconocidos. ⁴² Finalmente, en un caso se estableció que el reconocimiento del vínculo filial con el padre biológico no violaba el principio del interés superior de la infancia, incluso si esto implicaba la pérdida del nexo filiatorio del padre legal y social (al único padre que conocía). ⁴³ La Corte en algún momento sostuvo que la realización de pruebas de ADN era necesaria —incluso, en algunos casos, en contra del deseo del niño— porque conocer su “origen biológico” era crucial para establecer y desarrollar la identidad. ⁴⁴

La contradicción de tesis 430/2013 fue fundamental para delimitar las reglas jurisprudenciales de la filiación frente a todos estos cambios. Ahí se destacó que el hecho de que exista un acta de nacimiento previa con el registro de un padre legal no es obstáculo para admitir la prueba genética de ADN en un juicio de investigación de paternidad, pues esto supondría una limitante al derecho de niños y niñas a conocer su origen biológico. ⁴⁵ No obstante, si bien la mayoría de los primeros casos ofrecieron una referencia sutil al interés del infancia como parámetro de admisión de las pruebas de ADN, en este asunto se aclaró finalmente que los resultados no implicaban de forma necesaria la alteración de los lazos filiales preexistentes. ⁴⁶ También se reforzó explícitamente el paradigma biparental bajo el principio de “incompatibilidad entre filiaciones contrapuestas”, el cual establece que “mientras la ley no permita la ruptura de las relaciones jurídicas que provengan de la filiación, no hay posibilidad de que coexistan filiaciones legales simultáneas”. ⁴⁷

41 Contradicción de tesis 50/2011, SCJN, Primera Sala, 1 de junio de 2011; Amparo directo en revisión 2750/2010, SCJN, Primera Sala, 26 de octubre de 2011.

42 Contradicción de tesis 152/2011, SCJN, Primera Sala, 23 de noviembre de 2011; Contradicción de tesis 430/2013, SCJN, Primera Sala, 28 de mayo de 2014.

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

44 Amparo directo en revisión 3759/2012, SCJN, Primera Sala, 27 de febrero 2013, párr. 80.

45 Véase Jurisprudencia 1a.J. 55/2014 (10a.) “PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. NO ES OBSTÁCULO PARA SU ADMISIÓN EN UN JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD QUE OBRE EN EL ACTA DE NACIMIENTO DEL ACTOR EL REGISTRO DE UN PADRE LEGAL (LEGISLACIONES CIVILES DE SINALOA Y EL ESTADO DE MÉXICO).”

46 Contradicción de tesis 430/2011, SCJN, Segunda Sala, 23 de noviembre de 2011, párrs. 77-81 y 87.

47 *Ibidem*, párrs. 82-85.

En esta contradicción, “los principios rectores en materia de filiación” son 1) la no discriminación entre hijos o hijas nacidos dentro y fuera del matrimonio; 2) “la verdad biológica” (la tendencia a que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica); 3) la incompatibilidad de filiaciones contrapuestas, y 4) la protección del interés superior de la niña o el niño. Así, paulatinamente la SCJN determinó que en ocasiones la protección del interés superior conduce a prescindir de “la verdad biológica”, ya que es factible que se privilegie un estado de familia consolidado en el tiempo.

II. La doctrina sobre la “realidad social consolidada”

El primer caso de la Corte en el que se reconoció filiación legal a personas que no tenían vínculos genéticos (frente a los padres biológicos) derivó de un complicado proceso de adopción en el que, aparentemente,⁴⁸ la madre biológica se arrepintió de haber dado en adopción a su hija. En el caso confirmó la adopción irregular y dio por terminados los derechos de la madre biológica con el fin de proteger el interés superior. Para hacer prevalecer el bienestar de la niña, que con el tiempo transcurrido había “avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad” con su familia adoptiva, debía priorizarse legalmente esa situación.⁴⁹ Nuevamente, en esta resolución la Corte reiteró el paradigma de que sólo es posible el reconocimiento de dos vínculos filiales, sin considerar la posibilidad e interés de la madre biológica en la crianza y el bienestar de la niña. Posteriormente, se retomó lo resuelto, en un amparo que consolidó la jurisprudencia sobre “realidad social”.

En el caso, la madre biológica reclamó el reconocimiento de la maternidad de la niña, después de dos años y medio de haberla entregado recién nacida a una pareja. Luego de la entrega, la pareja registró a la niña como suya y se ostentaron como progenitores en el acta de nacimiento, asumiendo plena responsabilidad parental.⁵⁰ El tribunal de primera instancia, después de ordenar

48 Los hechos del caso dejan abierta la posibilidad de que la madre biológica se hubiera encontrado en una situación de vulnerabilidad al momento en el que se llevó a cabo la supuesta adopción.

49 Amparo directo en revisión 348/2011, SCJN, Primera Sala, 5 de diciembre de 2012. Si bien la mujer retiró su consentimiento para la adopción dentro de los 150 días posteriores al nacimiento, la niña había estado viviendo con los padres adoptivos durante más de cinco años cuando la SCJN conoció el caso.

50 Amparo directo en revisión 6179/2015, SCJN, Primera Sala, 26 de noviembre de 2016, p. 12.

pruebas de ADN, reconoció la maternidad biológica de la mujer y decretó a su favor la guarda y custodia de la niña, privilegiando esta relación por el nexo biológico. Posteriormente, la SCJN revocó la decisión y sostuvo que si bien “existe una presunción a favor del principio del mantenimiento de la menor en su familia biológica”, esa presunción queda supeditada al interés superior de la niñez.⁵¹ En este sentido, para determinar qué era lo mejor para la niña, la SCJN concluyó que el principio de mantenimiento de las relaciones biológicas puede ser superado: i) a la luz de las circunstancias en las que ocurrió la separación y ii) a partir de evaluación de si existe una “realidad social consolidada” en la vida del niño, que muestre que el reconocimiento jurídico del nexo biológico podría generarle un daño.⁵²

Para evaluar la separación, la Corte reconoció que “el vínculo biológico entre padres e hijos no debe ser reconocido jurídicamente si existen causas que justifiquen la pérdida de los derechos de paternidad; ya sea porque se puso al menor en una situación de riesgo, o porque existió una situación de abandono”.⁵³ Para establecer si una “realidad social” se había consolidado, la SCJN se basó en lo que se conoce como la teoría del apego para dar contenido al principio de interés superior. Citando literatura científica, argumentó que la interacción de los niños con quienes asumen todos sus cuidados y su crianza —con independencia de algún nexo biológico o genético— es crucial, ya que existe “evidencia para considerar que el rompimiento de las relaciones que establece una niña o niño con sus figuras de apego, puede perjudicar su bienestar”.⁵⁴

En los casos subsecuentes, la SCJN desarrolló más criterios orientadores; por ejemplo, permitió que dos personas cambiaran sus apellidos para que coincidieran con la persona que las crio, a pesar de que no compartían un vínculo biológico/genético. En el caso, la Corte profundizó el desarrollo del derecho a la identidad y sostuvo de nuevo que “en el derecho no necesariamente tiene que haber correspondencia entre la realidad biológica y

51 *Idem.*

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

53 Para justificar su argumento, la SCJN, además de hacer referencia a sentencias de tribunales internacionales (Colombia, Perú, Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), cita sus propios precedentes sobre la causal de terminación de derechos parentales por abandono.

54 Amparo directo en revisión 6179/2015, SCJN, Primera Sala, 23 de noviembre de 2016. Entre otros, la SCJN cita a Bowlby J., “*A secure base: parent-child attachment and healthy human development*”, *Tavistock Professional Book*, Routledge, Ainsworth, Londres, 1988.

el hecho jurídico, puesto que deben ser consideradas una multiplicidad de circunstancias ajenas a lo genético, de naturaleza psicosocial”,⁵⁵ por lo que resolvió que “desde el punto de vista jurídico o legal, padre y madre son aquellas personas que asumen y cumplen con el conjunto de deberes y se benefician de los correlativos derechos que surgen de esa relación”.⁵⁶

Para fundar la doctrina de la “realidad social” en el código, la SCJN se apoyó en la figura de la posesión de estado de hijo. La Primera Sala señaló que “si bien tradicionalmente se utilizaba este medio para probar la filiación de un menor ante la inexistencia de las pruebas genéticas, este instrumento también ha servido para dar reconocimiento al trato de hijo que el niño ha recibido, aunque esta situación no tenga correspondencia con la realidad biológica”.⁵⁷ De esta forma, la Suprema Corte ha utilizado figuras jurídicas que eran prácticamente letra muerta para reconocer realidades familiares.

Otro elemento importante en los razonamientos que priorizan el interés superior de la infancia fue el establecimiento de un estándar de daño, que de acuerdo con la Corte implica que “no basta con demostrar que la separación definitiva de sus padres “resultará más benéfica para el niño”, sino que debe mostrarse que de otro modo, se le generará una situación perjudicial”.⁵⁸ Se trata de un estándar alto y puede resultar problemático en casos de NTR, ya que inevitablemente intensifica la tendencia de convertir a la familia biológica como el referente o ideal⁵⁹ al tratar de equiparar los supuestos de la filiación legal y filiación biológica. Hasta este punto, la interpretación de la Corte del término “familia de origen”⁶⁰ ha sido equiparada con la familia biológica, sin embargo, ésta no es la interpretación reconocida de la figura internacional. Si bien la familia de origen la mayoría de las veces será con la que se tengan lazos biológicos, no será siempre el caso.

No obstante, la SCJN sí ha aclarado que el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes no se satisface exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en ocasiones puede garantizarse de mejor manera a través del reconocimiento de la realidad social, pues es el

55 Amparo directo en revisión 259/2013, SCJN, Primera Sala, 30 de octubre de 2013, 2013, p. 54.

56 *Ibidem*, p. 53.

57 Amparo directo en revisión 6179/2015, SCJN, Primera Sala 23 de noviembre de 2016. p. 37.

58 *Ibidem*, pp. 15 y 29.

59 Contradicción de tesis 430/2011, SCJN, Primera Sala, 23 de noviembre de 2011.

60 Véase el artículo 4 de la Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional.

contexto en el que creció el niño o niña lo que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás.⁶¹ Si bien la introducción del concepto de la “realidad social” tuvo una votación dividida en los primeros casos,⁶² los criterios generales se confirmaron en casos posteriores y sirvieron como base para el reconocimiento de filiación para padres y madres LGBTQ que carecían de conexión biológica con sus hijos.⁶³

III. Tecnologías reproductivas y voluntad procreacional

La tercera etapa jurisprudencial derivó de casos relacionados con el uso de NTR. Cuando una mujer demandó a su excónyuge para despojarlo de su estatus legal como padre del hijo nacido mediante inseminación artificial, la SCJN determinó que el principio del interés superior de la infancia exige la protección del derecho del niño a conocer su identidad, que incluye la conservación del vínculo filial con la persona que expresó su voluntad procreacional al otorgar su consentimiento al procedimiento de reproducción asistida.⁶⁴ La SCJN, para solventar las lagunas legales de los códigos civiles, desarrolló la doctrina de la voluntad procreacional (reconocida ya en derecho comparado), la cual posteriormente fue aplicada a casos relacionados con parejas del mismo sexo.

En relación con el uso de gestación por sustitución, la Corte determinó que negar el reconocimiento de filiación a personas LGBT por la falta de conexión biológica con el niño o la niña es violatorio del principio del interés superior de la infancia, del principio de legalidad y del principio constitucional de igualdad y no discriminación. En este sentido, para garantizar los derechos a la procreación y la vida familiar de las parejas del mismo sexo, la SCJN determinó que “cuando dentro del matrimonio se consiente una técnica de reproducción asistida, uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas será la voluntad de los padres”.⁶⁵

61 Amparo directo en revisión 6179/2015, SCJN, Primera Sala, 23 de noviembre de 2016, p. 27.

62 El caso fue decidido por mayoría de cuatro votos contra uno y se emitieron tres votos concurrentes.

63 Amparo directo en revisión 4686/2016, SCJN, Primera Sala, 3 de mayo de 2017; Amparo directo en revisión 2069/2016, SCJN, Primera Sala, 29 de noviembre de 2017; Amparo directo en revisión 34/2016, 16 de mayo de 2018.

64 SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017, párr. 143.

65 Amparo en revisión 553/2018, SCJN, Primera Sala, 21 de noviembre de 2018, párr. 125. La SCJN utilizó para fundamentar su decisión la sentencia de la Corte Interame-

Sobre filiación de madres lesbianas, en el amparo en revisión 852/2017, la Corte fue contundente al declarar inconstitucional una disposición del Código Civil de Aguascalientes en un caso en que a una pareja de mujeres se les negó el registro de un niño como propio. La SCJN estimó inconstitucional la norma, toda vez que la concepción heteronormativa de la paternidad era incompatible con los derechos constitucionales y convencionales a la igualdad y a la protección de la familia.⁶⁶

En el caso, la SCJN ponderó el derecho del niño a la identidad y los derechos de los posibles progenitores biológicos con el interés de reconocer la diversidad familiar. En primer lugar, reiteró que, independientemente de la determinación sobre filiación legal,

el hijo conserva su derecho de investigar en el futuro, sobre sus orígenes biológicos si es su deseo y, en su caso, de reclamar el reconocimiento de paternidad del progenitor biológico cuando tenga plena conciencia de su situación, pero mientras tanto, estará salvaguardado el ejercicio pleno de derechos filiatorios respecto de las personas que encabezan su entorno familiar.⁶⁷

En segundo lugar, reconoció que el padre biológico (no se sabe si la pareja utilizó NTR)⁶⁸ puede llegar a tener un interés en reclamar la paternidad y establecer la filiación con el niño; sin embargo, dado que esa era sólo una posibilidad, se concluyó que los intereses del niño se protegen mejor cuando se reconoce la filiación con las personas que efectivamente asumen la función parental.⁶⁹

De esta forma, la posición más reciente de la Corte señala que la identidad de un niño, niña o adolescente en relación con la filiación se configura desde un doble ámbito de protección: por un lado, su derecho a conocer sus orígenes biológicos y a mantener una relación con la familia consanguínea mientras sea posible, y, por el otro, la filiación jurídica reconocida puede responder a la realidad social y al estado de familia consolidado en el tiempo. Como es posible observar, la Corte reconoce diversas formas en las que un niño o niña recibe cuidados, que pueden no depender de los vínculos biológicos, y establece que se puede privilegiar una dimensión por

ricana de Derechos Humanos *Artavia Murillo y otros*, 28, 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 142, 143, 145.

66 Según el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Amparo en revisión 852/2017, SCJN, Primera Sala, 8 de mayo de 2019.

67 Amparo en revisión 852/2017, SCJN, Primera Sala, 8 de mayo de 2019, p. 74.

68 *Ibidem*, p. 20.

69 *Ibidem*, p. 73.

sobre la otra dependiendo del caso concreto y el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado, lo que debe valorarse en juicio y después de escuchar y atender a la opinión de la niña o niño.⁷⁰ En este sentido, no existe un criterio rígido sino flexible, que permite ponderar los derechos involucrados en el caso.

Este enfoque tiene en consideración qué es mejor para los niños cuando la relación con sus cuidadores efectivos está legalmente tutelada, al mismo tiempo que reconoce la realidad de diversidad familiar, que frecuentemente no está protegida por las categorías tradicionales del derecho civil. La jurisprudencia, en este sentido, ha sido fundamental para interpretar las normas a la luz del nuevo paradigma de derecho familiar.

F. ¿CÓMO ROMPER LOS PARADIGMAS EXISTENTES SOBRE LAS RELACIONES PATERNO O MATERNO-FILIALES?

Las modificaciones y presiones al derecho filiatorio son el mejor ejemplo de la transición del derecho de familia. Mientras que el matrimonio constituía el foco casi exclusivo del canon del derecho familiar, ahora se aprecia la centralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes como base de cambio legal. Si el propósito primordial del derecho filiatorio es (ahora) la protección de los intereses de niñas, niños y adolescentes, la función parental ha tomado también un papel fundamental. Los niños y niñas se desarrollan mejor cuando las relaciones parentales que tienen con sus cuidadores primarios están efectivamente reconocidas y protegidas —con independencia de consideraciones genéticas o biológicas—⁷¹. De lo descrito en este capítulo, las reglas de los códigos civiles se han tardado en responder a esa realidad.

El profesor Jens M. Scherpe describe la necesidad de romper con los paradigmas tradicionales de las relaciones parentales. Cambios sociales relacionados con el incremento en los divorcios, el reconocimiento de familias

70 Amparo directo en revisión 6071/2018, SCJN, Primera Sala, 25 de noviembre de 2020, párr. 67.

71 Véase Bary y Joslin, *Social Parenthood in Comparative Perspective*, NYU Press (próxima publicación). También, Goldstein, Joseph, Freud, Anna y Solnit, Albert J., *The Best Interests of the Child* 12, 1996 en el que se sostiene que una persona se convierte en el padre/madre psicológico de un niño a partir de la interacción diaria, el compañerismo y las experiencias compartidas.

“arcoíris”, la flexibilización de las concepciones sobre adopción y la búsqueda de orígenes biológicos atacan el paradigma familiar tradicional. En la retaguardia, los cambios médicos relacionados con la prueba de ADN, las nuevas tecnologías reproductivas y la gestación por sustitución hacen obsoletas las reglas actuales de filiación.

Para dar respuesta, Scherpe defiende reconceptualizar totalmente las reglas que rigen las relaciones entre padres e hijos para distinguir entre el parentesco (relación genética o biológica entre progenitores e hijos), la paternidad o maternidad legal (padres legales) y la parentalidad (como aquellas personas que realizan funciones parentales). En la mayoría de los casos, habrá correspondencia entre todas estas categorías (la misma persona tendrá parentesco, será reconocida como padre o madre legal y ejercerá la responsabilidad parental), pero para los casos en los que no sea así, las reglas legales deberían flexibilizarse para reconocer derechos, prerrogativas y deberes para cada una de esas relaciones. Esta idea necesariamente presupone romper con el paradigma de los dos padres y, sólo dos padres, para reconocer la multiparentalidad.⁷²

En el derecho comparado familiar estas preguntas no son una novedad. Algunos países prevén la posibilidad de tener más de dos padres o madres legales. Por ejemplo, judicialmente, Brasil y Argentina han reconocido la posibilidad de triple filiación.⁷³ Otros países que cuentan con la figura de responsabilidad parental autorizan que varias personas pueden ostentar esta responsabilidad (con ciertos derechos y obligaciones).⁷⁴ De lo descrito en

72 Scherpe, Jens M., “Breaking the Existing Paradigms of Parent-child relationships”, en *International and National Perspectives on Child and Family Law*, Intersentia, 2018.

73 Otros ejemplos de multiparentalidad los encontramos en el derecho estadual estadounidense, en concreto en la doctrina denominada: “*De facto parentage*”, originalmente surgida en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Estado de Washington en 2005, seguida de la reforma legislativa en el Distrito de Columbia en 2007 y las reformas en las legislaciones de Delaware (2009) y California (2012). Véase: Sosa Pastrana, Fernando, “Paternidad biológica y de facto: una aproximación comparativista con el derecho estadounidense”, *Revista de Derecho Familiar: Pater Familias*, año 2, núm. 3, julio-diciembre 2014, UNAM, p. 284. Esta doctrina ha sido empleada para el estudio de casos por parte de la jurisdicción local de México, véase sentencia definitiva pronunciada por la Cuarta Sala Familiar del Poder Judicial de la Ciudad de México, bajo la ponencia del magistrado Juan Luis González A. Carrancá, consultable en *Revista Anales de Jurisprudencia*, año 81, t. 328, Décima Época, marzo-abril 2014, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pp. 65-101

74 En Francia, por ejemplo, hasta tres personas pueden ostentar responsabilidad parental (véase el artículo 377 del Código Civil). En Inglaterra, el Children Act de 1989 también

este capítulo, en México existe la peor combinación. Sólo se reconocen una madre y un padre legal y a estas personas se les atribuyen todos los derechos y deberes parentales. Este sistema legal deja a personas con intereses parentales reconocidos como legítimos (ya sean biológicos o sociales) sin protección legal y otorga a jueces y juezas demasiada discrecionalidad a la hora de determinar quién es madre o padre.

Ejercicio

¿Cómo podría regularse el sistema de reconocimiento filial y las relaciones paterno-filiales para mejor proteger tanto el interés superior de niñas, niños y adolescentes como el derecho a la igualdad?

G. PARA CONOCER MÁS SOBRE EL TEMA

Cuadro 1. Referencias legislativas y normatividad

Constitucional y tratados internacionales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4.
- Convención Americana de Derechos Humanos: artículos 17, 18 y 19.
- Convención de los Derechos del Niño: artículo 8 y 9.

Legislación

- Código Civil del Distrito Federal: principalmente los artículos 324 a 389.

Cuadro 2. Referencias jurisprudenciales^A

Suprema Corte de Justicia de la Nación

- Primera Sala, Contradicción de Tesis 430/2011, 23 de noviembre de 2011 (principios de la filiación).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6179/2015, 23 de noviembre de 2016 (realidad social consolidada y estándar de daño).
- Primera Sala, Amparo en revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018 (voluntad procreacional).
- Primera Sala, Amparo en Revisión 852/2017, 08 de mayo de 2019 (comaternidad).

reconoce la posibilidad de que más de dos personas tengan responsabilidad parental (véase secciones 2(1) y 2(2) del Children Act 1989).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 (sobre trato discriminatorio e interferencia arbitraria en la vida privada y familiar por razón de orientación sexual).
- *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
- *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257.
- *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351 (sobre separación arbitraria de la familia).

^A Entendemos *jurisprudencial* en sentido amplio, esto es, sentencias emitidas por la SCJN y otros órganos jurisdiccionales con independencia de que constituyan jurisprudencia en términos de la Ley de Amparo.

Cuadro 3. Otras referencias**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Serie A No. 17.
- Opinión Consultiva OC24/17 de 24 de noviembre de 2017. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Serie A No. 24.

Otros tribunales

- Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Sentencia L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación Expte. N° 659/17, resuelta el 7 de febrero de 2020, sumario. (triple filiación en Argentina)
- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 898.060, Relator: Min. Luiz Fux, 21 de septiembre de 2016. (triple filiación en Brazil)
- Corte Suprema de Massachussets, *E.N.O v. L.M.M.*, 711 N.E. 2d 886 (Mass. 1999) (multiparentalidad)
- Corte Suprema de Washington, *In re Parentage of L.B.*, 155 Wash.2d. 679, 122 P.3d 161 (2005) (multiparentalidad)

Bibliografía

Adame, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004
 Bary y Joslin, *Social Parenthood in Comparative Perspective*, NYU Press.

- Beltrán y Puga, Alma, *Bioética laica. vida, muerte, genero, reproducción y familia. La laicidad y el excepcionalísimo del derecho de familia en México: un apunte histórico*, México, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2018, p. 231. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4732/25a.pdf>.
- Bowlby J., “A secure base: parent-child attachment and healthy human development”, *Tavistock Professional Book*, Routledge, Ainsworth, Londres, 1988.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo *Derecho Civil: Familia*, Mexico, Porrúa, 2014, pp. 546-548.
- González-Santos, S. P., “A national portrait”, en *A Portrait of Assisted Reproduction in Mexico*, Cham, Palgrave Macmillan, 2020, pp. 252 y 234. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-23041-8_1.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional de Hogares 2017.
- Rico, Fausto et al., *Derecho de familia*, Mexico, Porrúa, 2011.
- Rico Álvarez, Fausto, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 2013.
- Scherpe, Jens M., “Breaking the Existing Paradigms of Parent-child relationships”, en *International and National Perspectives on Child and Family Law*, Intersentia, 2018.
- Sosa Pastrana, Fernando, “Paternidad biológica y de facto: una aproximación comparativista con el derecho estadounidense”, *Revista de Derecho Familiar: Pater Familias*, año 2, núm. 3, julio-diciembre 2014, UNAM.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia*, 2021.
- Vela Barba, Estefanía, “Nuevas tecnologías reproductivas”, en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (eds.), *Conceptos clave en los estudios de género*, vol. 2, CIEG-UNAM, 2018.

Técnicas de reproducción asistida

Karla Cantoral Domínguez

SUMARIO: A. RESUMEN; B. INTRODUCCIÓN; C. PANORAMA GENERAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA; D. MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO; E. ESTUDIO DOCTRINAL, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO; I. Gestación por sustitución en Sinaloa; II. Gestación por sustitución en Tabasco; 1. Primera etapa de la maternidad subrogada en Tabasco; 2. Segunda etapa de la gestación por sustitución en Tabasco; F. ESTUDIO DE CASOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES SOBRE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CELEBRADOS EN EL SURESTE DE MÉXICO; I. Caso de derecho a la identidad de persona menor de edad nacida por gestación por sustitución; II. Caso de mujer mayor de 40 años de edad; G. DERECHO A LA IDENTIDAD Y SUS IMPLICACIONES ANTE EL USO DE LAS TRA: PARENTESCO Y FILIACIÓN; I. Negación a emitir registro de nacimiento a un niño nacido por gestación por sustitución; II. Reconocimiento de la voluntad procreacional en el caso de un niño nacido por inseminación artificial heteróloga; H. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 Y AMPARO EN REVISIÓN 129/2019: ¿LA VÍA PARA LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?; I. CONCLUSIONES; J. CUADROS DE REFERENCIA.

A. RESUMEN

México es uno de los países de América Latina en el que se practica la gestación por sustitución, sin embargo, la falta de técnica legislativa ha causado que exista una regulación deficiente, la cual ha generado diversas problemáticas en el contexto nacional e internacional. En un primer momento, se analizará en un contexto general las diversas técnicas de reproducción asistida reconocidas por la Organización Mundial de la Salud. De forma específica, se estudiará la evolución que ha tenido la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida en México desde 1997 hasta 2021, para valorar sus implicaciones jurídicas en el derecho de familia, tomando en consideración el interés superior de la niñez, los derechos reproductivos y el orden público internacional.

B. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución en México es una técnica de reproducción asistida que debe ser amparada por el derecho, en el que se tomen en cuenta los

nuevos paradigmas en el derecho de familia y los derechos reproductivos, de forma que se garantice la protección al interés superior de los menores nacidos por esta modalidad, respetando la igualdad y no discriminación en cuanto al origen o nacionalidad de los padres.

El objetivo del presente capítulo es analizar en un panorama general las diversas técnicas de reproducción asistida reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, para estudiar de forma detallada la evolución que ha tenido la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida en México desde 1997 hasta 2021. Así, a través de un estudio metodológico de fuente doctrinal, legislativa y jurisprudencial se valoran las implicaciones jurídicas de la gestación por sustitución en el derecho de familia en México, tomando en consideración el interés superior de la niñez, los derechos reproductivos y el orden público internacional.

En junio de 2021 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad 16/2016, en la que declaró procedente y parcialmente fundada dicha acción, lo cual traerá consecuencias jurídicas y normativas específicamente para el estado de Tabasco, en donde se determinó la validez de los contratos celebrados conforme a las disposiciones del Código Civil vigente.

C. PANORAMA GENERAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Desde el surgimiento de las denominadas técnicas de reproducción asistida (TRA) la reproducción humana deja de ser monopolio de la naturaleza para ser compartido con la ciencia médica.¹

El uso de las técnicas de reproducción asistida provoca cambios que sobrepasan los límites procreativos que presentan algunos seres humanos, como lo son la esterilidad o infertilidad, la edad avanzada y en los tiempos modernos la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan concebir; por todo ello, deben ser tuteladas jurídicamente, implementando principios axiológicos, pues la generación de vida humana es un poder que debe tener restricciones claramente establecidas en el ordenamiento jurídico.

1 Lamm, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 2012, p. 77.

Para la Organización Mundial de la Salud, las técnicas de reproducción asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones y el útero subrogado.²

A partir del uso de las técnicas de reproducción asistida, en el caso específico de la gestación por sustitución o útero subrogado, se inicia el debate al cuestionar las normas en derecho de familia que tutelan la filiación, al surgir nuevas relaciones de parentesco en las que se rompe con el principio de *mater semper certa est* (la maternidad es siempre conocida).

En el caso de la gestación por sustitución, nos encontramos ante nuevos proyectos pluriparentales, que escapan del binomio madre-padre, toda vez que se gesta a una persona a partir de la voluntad procreacional.³

Tanto la infertilidad como la esterilidad han sido la causa principal para los grandes avances en la medicina reproductiva. Las técnicas de reproducción asistida nacen para satisfacer las necesidades de las parejas que por obra de la naturaleza no pueden generar vida. Por lo tanto, tratan de ofrecer remedios para las disfunciones o enfermedades reproductivas de los seres humanos.⁴

La definición comúnmente aceptada de esterilidad o infertilidad es la de la ausencia de consecución de embarazo tras 12 meses de relaciones sexuales sin empleo de métodos anticonceptivos.⁵

Según la Organización Mundial de la Salud el tiempo razonable para determinar si una pareja es estéril es de un plazo mínimo de dos años para

2 OMS, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida*, 2010. Disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1.

3 Igareda González, N., “La gestación por sustitución o el cuerpo de las mujeres como espacio de lo ilícito”, en Carrio Sampedro, A. (ed.) *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, España, Marcial Pons, 2021, p. 29.

4 Cantoral Domínguez, K. y Rodríguez Collado, M., “Maternidad subrogada”, en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K. y Rodríguez Collado, M., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 78.

5 Matorras, R. y Crisol, L., “Fertilidad e Infertilidad humanas”, en Matorras Weinig, R. (ed.) *Libro blanco Sociosanitario “La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas”*, España, 2011, pp. 31-42.

desarrollar el embarazo, si este no ocurre de este tiempo la pareja es considerada infértil. Para este organismo, hasta el 2010 había 80 millones de parejas con padecimientos que les impedían tener hijos.⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Sentencia del caso Artavia Murillo y otros ('fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012), afirmó que la infertilidad debe ser considerada una discapacidad, ya que al ser una enfermedad del sistema reproductivo, es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, por lo cual las personas que la padezcan deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.

Las técnicas de reproducción asistida surgen como respuesta a las problemáticas de tantas parejas que tienen problemas de infertilidad, por lo cual estos avances han permitido que a través de las distintas formas de reproducción asistida, las personas cuenten con otras posibilidades de procreación.

Ante los avances científicos y tecnológicos, en México se ha legislado de forma incompleta o deficiente la gestación por sustitución, lo que ha ocasionado situaciones con efectos negativos, tales como inseguridad para la mujer que lleva el embarazo a término, así como supuestos de incumplimiento sobre el acuerdo en cuanto a los términos y condiciones que pactan las partes intervinientes, en lo que, además de forma paradójica, el objeto del contrato se refiere a la vida de un ser humano cuya tutela jurídica debe ampararse a través del interés superior de la infancia.

D. MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO

Hablar de la gestación por sustitución genera opiniones encontradas, que van desde posturas conservadoras que están en contra del uso de estas técnicas de reproducción asistida y se considera un ilícito,⁷ hasta llegar a posturas feministas, en las cuales se defienden los derechos de la mujer a

6 Brugo-Olmedo, S., et.al., "Definición y causas de la infertilidad", *Revista Colombiana de obstetricia y ginecología*, Colombia, volumen 54, número 4, 2003, p. 19.

7 Igareda González, N., "La gestación por sustitución o el cuerpo de las mujeres como espacio de lo ilícito", en Carrio Sampedro, A. (ed.) *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, España, Marcial Pons, 2021, pp. 21-34.

celebrar este tipo de actos jurídicos obviando los derechos de las partes que intervienen, incluso del menor que va a nacer con motivo de la aplicación de dicha técnica. Por otra parte, hay autores que afirman que la gestación por sustitución se refiere al hecho de fabricar bebés en la era neoliberal. Lo cierto es que se debe reentender la maternidad, en la cual se pondere la igualdad de derechos, el rol asignado a las mujeres no casadas, solteras y sin hijos, y la participación del Estado a través de políticas precisas que tutelen sus derechos como ciudadanas, entre los que se encuentra la libertad reproductiva.⁸ Por ello es importante estudiar las modalidades de la gestación por sustitución en México en donde se ha reconocido a través de un contrato con ciertos efectos jurídicos.⁹

México regula la gestación por sustitución en los códigos civil y familiar de los estados de Tabasco, Coahuila y Sinaloa mediante la celebración de contratos en los que se patrimonializa a la persona. Lo anterior se ha convertido en una actividad en la cual están involucrados abogados, médicos y personas tanto nacionales como extranjeras, pues si bien es cierto que las técnicas han sido autorizadas en esos estados, se ha generado una maquinaria de tipo mercantilista, por lo que debe acudir a principios bioéticos que permitan armonizar la salud con el derecho.

Las modalidades de la gestación por sustitución que se practican en México, conforme a la participación genética de la mujer que lleva el embarazo a término, son de dos tipos: subrogación total y parcial. La subrogación total es cuando la mujer gestante es insminada aportando sus propios óvulos; mientras que la subrogación parcial es cuando la madre gestante solamente es portadora del embrión fecundado *in vitro* que le ha sido transplantado.¹⁰

Otra forma de clasificar las modalidades de la gestación por sustitución ha sido en atención a la persona o personas que solicitan el procedimiento y en atención al tipo de maternidad.

Existen diversas acepciones sobre gestación por sustitución, es el caso de la gestación subrogada, maternidad subrogada, útero subrogado, subrogación uterina, gestación por encargo, vientres de alquiler o vientre sustituto,

8 Torres Quiroga, M. A., *Maternidad y gestación en venta. Fabricar bebés en la era neoliberal*, Universidad de Barcelona, 2019, pp. 105-152.

9 Díaz Romero, M. del R., *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: efectos jurídicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, España, 2018, pp. 23-33.

10 Hurtado Oliver, X., *El derecho a la vida ¿y la muerte?, procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto, problemas éticos, legales y religiosos*, México, Porrúa, 3ª ed., 2008, p. 35.

sin embargo, debemos tener en cuenta que lo importante es la parte sustantiva, en cuanto a establecer el modelo adecuado que permita continuar con el uso de esta técnica de reproducción asistida, siempre y cuando se establezcan los mecanismos jurídicos que tutelen los derechos de las personas que la utilizan, evitando todo tipo de mercantilización de individuos.

Tabasco, en uso de sus atribuciones constitucionales para legislar en materia civil y familiar, en 1997 fue el primer estado de la república mexicana en legislar sobre la maternidad subrogada en el Código Civil; con posterioridad diversos estados del país legislaron de forma permisiva, como Sinaloa, que incluso prevé la modalidad onerosa (Código Familiar del Estado de Sinaloa).

Por su parte, otros estados regulan de forma genérica las técnicas de reproducción asistida en sus códigos civiles y familiares, como son Ciudad de México, Michoacán, Sonora, Zacatecas y Coahuila. Así también, San Luis Potosí y Querétaro prohíben de forma expresa el procedimiento de gestación por sustitución. La regulación en materia de técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación por sustitución, debe ser competencia del ámbito federal, en el área del derecho a la salud, por lo que los estados de México deben regular únicamente cuestiones derivadas de la filiación, el estado civil, la guarda y custodia y todo tipo de consecuencias familiares en cuanto al uso de estas técnicas, no así con relación a su procedimiento médico, sin embargo, a partir de la acción de inconstitucionalidad 16/2016 la Corte ha reconocido la validez de los contratos celebrados en Tabasco y recomendó a los demás estados del país que en virtud del margen de apreciación que tienen para legislar en materia civil y familiar, regulen esta figura de forma adecuada (Cantoral Domínguez, 2021, p. 28).

Como sostiene González Martín (2021, p. 125), desde la perspectiva de la gestación por sustitución se puede inferir una disyuntiva al momento de determinar la relación paterno-filial y la aplicación del derecho a la identidad como principio rector; además a pesar de los derechos reproductivos de los padres, no puede obviarse la especial consideración que deben tener los infantes en virtud del interés superior de la niñez.

E. ESTUDIO DOCTRINAL, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO

A efectos de realizar un estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial sobre la gestación por sustitución en México, a continuación se analizan

los dos estados del país en donde esta técnica de reproducción asistida está permitida de forma expresa, es el caso de Sinaloa y Tabasco.

I. Gestación por sustitución en Sinaloa

El Código Familiar de Sinaloa regula las técnicas de reproducción asistida, especialmente la gestación por sustitución bajo la denominación de maternidad subrogada. En el título relativo a los tipos de parentesco, encontramos que se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida entre el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo resultado de la reproducción asistida (artículo 198). Conforme a este artículo, se infiere que solamente pueden acudir al uso de la reproducción asistida parejas heterosexuales o mujeres solas.

En el apartado correspondiente a la filiación, dispone que la filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres (artículo 240); aquí podemos observar que para efectos de garantizar el derecho a la identidad del menor, se delimita a que durante el uso de las técnicas de reproducción asistida el material genético debe ser proporcionado por los padres con quienes se establecerá el vínculo de parentesco.

De igual manera, en su capítulo V, denominado “De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada”, contenido en los artículos 282 al 297, mediante los cuales se permite el procedimiento de maternidad subrogada, define las técnicas de reproducción humana asistida así como el procedimiento de maternidad subrogada, además, el código hace la precisión de que esta técnica será realizada mediante un instrumento jurídico para materializarse, pero que no por ello deja de ser un procedimiento médico.

Es lamentable que, dentro de los tipos de subrogación, además de la altruista, se considere la subrogación onerosa, en la que también se establece que se actualiza cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, así como los gastos de la gestación.

Se invocan las causas de nulidad del instrumento jurídico de maternidad, además, en consonancia con el derecho a la salud, se establece la importancia del consentimiento informado en la relación médico-paciente.

Con relación a la formalidad, el instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por las partes, siempre y cuando se acredite, entre otros aspectos, ser ciudadano mexicano; poseer capacidad de goce y ejercicio; que la madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

Es pertinente señalar que aquí podemos observar una categoría sospechosa como causa de discriminación, ¿qué sucede con los extranjeros residentes en México?, toda vez que va en contra de los principios que tutela el artículo 1º constitucional, cuando establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Es interesante que se delimite el uso de la maternidad subrogada cuando se acredite que la mujer tiene una incapacidad para llevar a término un embarazo.

Como podemos observar, Sinaloa avanzó en cuanto a reconocer la maternidad subrogada como una práctica médica y que ésta sea celebrada mediante un instrumento jurídico y no un contrato, toda vez que bajo la forma contractual se patrimonializa a la persona, sin embargo, la estructura en el Código Familiar dificulta garantizar los derechos de los intervinientes, así como la protección del interés superior de la persona menor de edad que al momento de nacer será incorporada en el núcleo familiar de la madre y padre o madre subrogados.

II. Gestación por sustitución en Tabasco

En Tabasco, la gestación por sustitución está reconocida en el Código Civil, esta técnica ha pasado por dos etapas: la primera a partir de su incorporación en 1997 y la segunda a partir de las reformas publicadas en enero de 2016, tal como se analiza a continuación.

1. Primera etapa de la maternidad subrogada en Tabasco

Esta etapa va de abril de 1997 al 13 de enero de 2016. Al incorporarse la maternidad subrogada en el Código Civil, se hizo de forma dispersa en 14 artículos, entre los que se destacan los siguientes.

1. En cuanto a la capacidad de goce, en la que fuera de todo contexto con el orden jurídico nacional e internacional se reconoce capacidad de goce a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno (artículo 31).
2. En otro dispositivo se estableció que para la expedición de las actas de nacimiento de los hijos nacidos como resultado de la aparición de una madre gestante sustituta no se haría mención que califique la filiación; también se determinó la presunción sobre la maternidad de la madre contratante que la presenta, además de que en los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. En este mismo artículo se estipula la diferencia entre madre subrogada, sustituta y contratante, en función de quién aporte el material genético y el componente para la gestación (artículo 92). En este caso, el legislador tabasqueño obvia el principio *mater semper certa est*, además, resuelve los problemas de filiación en maternidad subrogada a partir de la adopción plena.
3. Con respecto a la filiación de hijos cuyos padres no fueren cónyuges (artículo 347), si en el proceso reproductivo participa una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, además, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. En este numeral encontramos otra desvinculación del principio *mater semper certa est*, toda vez que la filiación se reconoce en favor de la madre contratante.
4. En contraposición a los criterios internacionales con relación a la protección jurídica del *nasciturus*, puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización *in vitro*, aun cuando no está en el útero materno al momento del reconocimiento (artículo 349).

Se advierte dispersión legislativa que no coadyuva al reconocimiento de una nueva forma de familia, por encontrarse tanto en los capítulos dedicados al registro civil, como en los dedicados a las personas, la filiación y la adopción en otro capítulo, lo que denota una auténtica falta de técnica legislativa. Las experiencias legales conocidas han provocado que se hayan firmado contratos en que se genera una especie de comercio, en el estado proliferaron

clínicas dedicadas a estas técnicas. Por ello, deben tomarse en cuenta los principios de indisponibilidad del cuerpo humano e indisponibilidad del estado civil a efectos de que se considere nulo de pleno derecho un acto jurídico que permita establecer como objeto de contrato el cuerpo humano.¹¹

En esta primera etapa, de una entrevista realizada a operadores judiciales en el estado de Tabasco, se obtuvo que los contratos que se celebraban sobre gestación por sustitución contenían cláusulas sobre gastos médicos antes y después del parto, algún tipo de pago de alimentos durante el periodo de gestación, así como que la madre gestante sustituta no se reservaría ninguna acción para reclamar daño moral o filiación en virtud de otorgar su consentimiento. Este tipo de contratos en definitiva patrimonializaban al ser humano al equipararlo a un objeto material.

Otro tipo de cláusulas que se establecían en este tipo de contratos, eran:

En el caso de embarazo positivo las partes acuerdan que los PADRES CONTRATANTES entregarán a la MADRE GESTANTE SUSTITUTA la cantidad de 150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos 00/100 M.N.) a fin de afrontar gastos diversos como consultas psicológicas profesionales, vestimenta y calzado de embarazo, gastos de hospedaje y compra de mobiliario para el reposo adecuado de la MADRE GESTANTE SUSTITUTA y para pago de consultas nutriólogicas postoperatorias. Dicha cantidad será entregada de la manera siguiente:

- I. 15,000.00 (quince mil pesos) al momento de la primera transferencia
- II. 25,000.00 (veinticinco mil pesos) al momento de confirmar el embarazo
- III. 25,000.00 (veinticinco mil pesos) concluido el TERCER mes de gestación
- IV. 25,000.00 (veinticinco mil pesos) concluido el SEXTO mes de gestación
- V. 60,000.00 (sesenta mil pesos) al término del embarazo

De igual manera las partes acuerdan que SOLO en el caso de un embarazo positivo de 2 y hasta 3 productos se entregará 50,000.00 (cincuenta mil pesos) adicionales. De este recurso adicional la mitad será entregada concluido el SEXTO mes de embarazo y el resto al término del mismo.

El contrato privado denominado “de maternidad gestante sustituta altruista”, que contiene estas cláusulas, fue proporcionado a la autora para efectos de investigación por el titular de un despacho jurídico que asesoraba a una de las partes, quien en ejercicio de su derecho a la protección de datos personales solicitó el anonimato.

11 Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K., “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho Mexicano, una propuesta legislativa desde la academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, año X, núm. 17, 2014, pp. 230-251.

Como podemos observar, a pesar de que desde el título denominan el contrato como de maternidad gestante sustituta altruista, en ninguna cláusula aparece que la causa del contrato sea por la infertilidad de la mujer o de los miembros de la pareja; por lo tanto, se comercializa a la mujer gestante sustituta cuando se pacta entregarle cantidades adicionales de dinero en caso de embarazos positivos de dos y hasta tres productos, como si se tratara de un objeto que se encuentra a la venta en el mercado, con lo que se desnaturaliza totalmente el propósito para el que se creó el uso de esta técnica de reproducción asistida.

También es importante señalar que el Reglamento del Registro Civil del Estado de Tabasco (artículo 34) establece que para realizar un registro de nacimiento es necesario integrar en el apéndice diversos documentos que contienen datos personales de los padres, así como el certificado de nacimiento o constancia de alumbramiento, además, copia certificada del contrato de maternidad sustituta, si se trata del hijo nacido como resultante de la participación de una madre gestante. De esto se puede inferir que la formalidad del contrato debía ser en forma escrita, sin especificarse si debía firmarse ante alguna autoridad judicial o fedatario público, únicamente con presentar una copia certificada del mismo, se expedía la correspondiente acta de nacimiento.

Conforme se fue incrementando la celebración de este tipo de contratos, empezaron a suscribirlos parejas de origen extranjero; en el caso de España, país en el que se encuentra expresamente prohibida la gestación por sustitución, se emitió la instrucción el 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, cuyo objetivo consistió en dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, por lo que era necesario establecer los criterios que determinarían las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

Por tal motivo, un requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución es la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la

eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores (Instrucción de 5 de octubre de 2010).

En atención a lo anterior, se presentaron los contratos de gestación ante los jueces familiares del estado de Tabasco, a efectos de que, mediante un procedimiento judicial no contencioso en la vía de jurisdicción voluntaria, se aprobara el contenido de dichos contratos con el propósito que la resolución judicial emitida se exhibiera ante el Registro Civil español, y en consecuencia solicitar la expedición del acta de nacimiento respectiva. Cabe destacar que las resoluciones judiciales únicamente revisaban elementos formales del contrato, de validez, la protección del interés superior de la niñez, que cumpliera con lo dispuesto en el Código Civil de la entidad.

En 2013 se presentó una iniciativa en la que se pretendía regular de manera más clara y específica lo relativo a la gestación por sustitución; el tema se volvió mediático a partir de diversas publicaciones, reportajes, entrevistas y comentarios, lo que provocó una fuerte polémica entre diversos sectores de la sociedad civil, además, encontramos casos como el de una mujer que por necesidad económica decidió alquilar su vientre, es decir, las mujeres empezaron a utilizar esta técnica que se recomienda sólo para casos de infertilidad como un medio de vida.

El 14 de diciembre de 2015 se aprobaron en el Congreso del Estado de Tabasco las reformas al Código Civil respecto al procedimiento de gestación por sustitución, mediante la cual se adiciona el capítulo VI bis, denominado “De la gestación asistida y subrogada”, integrado por los artículos: 380 bis; 380 bis 1; 380 bis 2; 380 bis 3; 380 bis 4; 380 bis 5; 380 bis 6 y 380 bis 7, al título octavo, “De la filiación”, perteneciente al libro primero, la reforma fue publicada en el Periódico Oficial del Estado el 13 de enero de 2016.

2. Segunda etapa de la gestación por sustitución en Tabasco

Esta etapa empezó a partir del 14 de enero de 2016 y es la que está vigente, dado que fue a partir de que entraron en vigor las reformas al Código Civil antes mencionadas. En estas reformas, se adicionó un capítulo, denominado “De la gestación asistida y subrogada”, mediante el cual se

impidió a los extranjeros el uso de la técnica, además, no se mencionó nada sobre el altruismo que debe regir en este tipo de prácticas para proteger los derechos humanos y dignidad de las personas que participan en estos procedimientos, aunado a ello, los artículos del Código Civil que se emitieron en la primera etapa continúan vigentes junto con los que se incorporaron a partir de la reforma, por lo que no se establecieron reglas precisas en cuanto a la filiación, sino que continúa remitiendo a las reglas de la adopción plena.

Derivado de estas reformas, la titular de la Procuraduría General de la República promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el fin de determinar la constitucionalidad de los artículos 380 bis, párrafo tercero, y 380 bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto, ambos del Código Civil de Tabasco, que establecen la forma y requisitos para el otorgamiento de células germinales, así como la omisión legislativa al no prever un criterio económico en el contrato de gestación, por lo que cinco años después (junio de 2021) la Corte reconoció la validez de los contratos celebrados conforme al Código Civil mencionado.

Con las reformas publicadas en enero de 2016, se incorporaron ocho artículos al Código Civil de Tabasco sobre gestación asistida y subrogada, de los que se destacan los siguientes.

1. Se define la gestación por contrato como aquella práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero (artículo 380 bis 1).
2. Se incorporaron las modalidades que admite la gestación por contrato: subrogada y sustituta (artículo 380 bis 2), además sigue considerándose que en caso de gestación subrogada la entrega del recién nacido a la madre contratante será mediante adopción plena.
3. Sobre los requisitos para el contrato de gestación, se establecen, entre otros (artículo 380 bis 5): ser ciudadanos mexicanos; la mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico, que tiene una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, y que tiene entre 25 y 40 años de edad; se permite la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento.

Limitar la suscripción de este tipo de contratos a ciudadanos mexicanos resulta discriminatorio, toda vez que existen extranjeros con residencia en México, a los cuales se les está negando el derecho a acceder a esta técnica

de reproducción humana asistida, lo que va en contra de los principios que marca el artículo 1° de la Constitución federal. Aunado a ello, debe señalarse que las mujeres que han participado como madres gestantes al menos en Tabasco han otorgado su consentimiento de forma libre y expresa, conscientes de que están ejerciendo una forma de vida, libre de engaños, en busca de recursos económicos con su propio cuerpo.¹²

Es un principio de derecho que las normas jurídicas rigen todos los hechos que durante su vigencia ocurren en concordancia con sus supuestos, pero puede suceder que surja una nueva ley que afecte a un suceso jurídico previsto bajo el imperio de la ley anterior.

El análisis de retroactividad de las leyes implica estudiar si una determinada norma tiene vigencia o aplicación respecto de derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. En cambio, el análisis de la aplicación retroactiva de una ley supone la verificación de que los actos materialmente administrativos o jurisdiccionales estén fundados en normas vigentes, y que en caso de un conflicto de normas en el tiempo se aplique la que genere un mayor beneficio al particular.

En Tabasco, a partir de la reforma al Código Civil publicada en enero de 2016 en materia de gestación por sustitución, han surgido casos trágicos de nacimientos de niños. El Registro Civil tiene prohibido hacer inquisición directa o indirecta sobre la paternidad, ya que en el acta sólo se asentará lo que manifiesten las personas que presenten al niño, aunque parezcan sospechosas de falsedad, sin perjuicio de que sean castigadas conforme a las prescripciones del Código Penal, sin embargo, a partir de la negativa del Registro Civil y de los casos trágicos acontecidos con relación a los menores nacidos bajo la técnica de gestación por sustitución, debe considerarse la aplicación del Código Civil en cuanto a su primera etapa a fin de garantizar los principios que tutelan el interés superior de la niñez.

Ante estos hechos pareciera que solamente los extranjeros a través del uso de las técnicas de reproducción de asistida son los que cometen el delito de tráfico de menores, cuando, como se ha señalado, al celebrar contratos con carácter oneroso, con independencia de la nacionalidad que tengan las partes intervinientes, puede configurarse el delito de tráfico de menores o trata de personas.

12 Cantoral Domínguez, K., “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K. y Rodríguez Collado, M., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 121.

F. ESTUDIO DE CASOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES SOBRE LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CELEBRADOS EN EL SURESTE DE MÉXICO

Se revisaron diversos contratos de gestación celebrados ante notario en Tabasco después de la reforma de 2016. Los casos analizados en sede notarial y judicial demuestran que el nivel de estudios de la mayoría de las mujeres que participaron como gestantes es de secundaria. Se establecen cláusulas en las que disponen que la madre sustituta puede recibir de la contratante algún tipo de donación en numerario o en especie, a título de compensación por la invaluable ayuda que presta. Así también, se pactan ayudas mensuales para alimentos durante el tiempo que dure el embarazo.

A partir de que se prohibió a los extranjeros el uso de esta técnica médica, en Tabasco disminuyó el número de casos presentados para ratificación y aprobación de convenios de gestación sustituta y subrogada. En las resoluciones judiciales se toman en cuenta: el interés superior del infante, los derechos reproductivos de los participantes, el orden público, el reconocimiento del vínculo de filiación, se analizan los elementos esenciales del acto jurídico, así también se analiza la renuncia de la gestante a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. Una vez que se aprueba el contrato de gestación, se reconoce el vínculo de filiación entre los padres contratantes y el feto que lleva en su vientre la mujer gestante. Se ordena informar a la Secretaría de Salud de Tabasco y al Registro Civil para que se pueda continuar con los trámites correspondientes.

Podemos observar que en dichos contratos se continúan estableciendo cláusulas para justificar que la mujer gestante reciba algún tipo de compensación por llevar a cabo el embarazo, situación que equivale a la apariencia de seguir con la venta de niños.

I. Caso de derecho a la identidad de persona menor de edad nacida por gestación por sustitución

A continuación se analiza el siguiente caso: un hombre de origen extranjero por su propio derecho y en representación de su menor hija acudió a los tribunales federales para promover juicio de amparo en contra de las autoridades del estado de Tabasco. El acto reclamado por el demandante consistía en la inconstitucionalidad de los artículos 380 bis y subsecuentes;

la orden de separación de su menor hija; la negativa a la expedición del acta de nacimiento el 16 de diciembre de 2016; el desconocimiento de la paternidad respecto de su menor hija y el aseguramiento por parte del Gobierno de Tabasco de la menor (juicio de amparo 53/2017 radicado en el Juzgado Segundo de Distrito de Tabasco).

En este asunto el contrato de gestación sustituta fue celebrado el 15 de diciembre de 2015, sin embargo, la transferencia embrionaria se realizó el día 7 de abril de 2016, cuando ya se había reformado el Código Civil (recuérdese que fue en enero de 2016). El nacimiento de la menor se verificó el 3 de diciembre de 2016.

En la sentencia del 28 de abril de 2017, se consideró que el Registro civil de Tabasco realizó una aplicación retroactiva de la ley contraria al artículo 14 constitucional, dado que la legislación aplicable era la que se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato de gestación sustituta. De igual forma, se estimó que el procedimiento de transferencia embrionaria era consecuencia del hecho consumado, es decir, del contrato celebrado en diciembre de 2015, por tales motivos, se concedió el amparo respecto al acto de aplicación y no procedió el examen de los conceptos de violación relacionados con la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil que regulan la gestación subrogada. Así también, se ordenó al Registro Civil acordar favorable la solicitud de registro a favor de la menor.

El 12 de julio de 2017 se declaró ejecutoriada la sentencia del juez 2º de Distrito y se requirió su cumplimiento al Registro Civil de Tabasco, así, el 25 de julio de 2017, se tuvo por recibido el informe del Registro Civil en el que se dejó insubsistente la negativa de diciembre de 2016, también se informó al padre de la menor que debía constituirse personalmente ante el Registro Civil para concluir los trámites administrativos para la obtención del acta de nacimiento de la niña.

La defensa del actor informó al juez que sus clientes habían salido huyendo del país ante la persecución que emprendió el Gobierno de Tabasco al negar los registros de los niños nacidos por gestación sustituta y tenían miedo de regresar al estado. El 11 de septiembre de 2017, el juez declaró la imposibilidad material y jurídica de cumplir totalmente con la sentencia, toda vez que el quejoso no se presentó a concluir los trámites administrativos.

El demandante promovió un incidente de inexecución de sentencia civil 13/2017, por el que el Tribunal Colegiado en Materia Civil emitió su resolución el 12 de febrero de 2018, en la que declaró que existe imposibilidad jurídica para dar cumplimiento a la ejecutoria de amparo.

Al judicializarse la situación de los hijos nacidos bajo técnicas de reproducción asistida, será el juez quien deba resolver con base en el interés superior del menor, sobre las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; así como el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas, incluso para determinar su filiación.¹³

Como podemos observar, en este caso se negó el derecho a la identidad de la menor nacida bajo gestación sustituta, además, el padre de la menor tuvo que salir de México sin contar con el acta de nacimiento de su hija, por el temor de que las autoridades de Tabasco los separaran y no pudiera tener más contacto con la niña, no obstante, a pesar del amparo concedido en su favor, al negarse a acudir personalmente a realizar los trámites para la expedición del acta de nacimiento, se decretó la imposibilidad material y jurídica para cumplir con la sentencia.

II. Caso de mujer mayor de 40 años de edad

En el juicio de amparo número 305/2019 radicado ante el Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Tabasco, una mujer reclamó la inconstitucionalidad de los artículos que regulan la gestación sustituta y subrogada en el Código Civil de Tabasco.

En la resolución, el juez determinó estudiar únicamente la inconstitucionalidad en cuanto al artículo 380 bis 5, fracción III, del Código Civil, dado que los argumentos precisados solamente controvertían ese numeral, el cual prevé que la mujer contratante debe acreditar, mediante certificado expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que tiene una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que tiene entre 25 y 40 años de edad.

La demandante demostró que es una persona interesada en crear un descendiente a través de la gestación asistida y subrogada, pero con la limitante de la edad máxima permitida porque tiene 45 años. El juez consideró que la limitante de la edad es una forma de exclusión, por lo que después de hacer un análisis de proporcionalidad, determinó que con las reformas de 2016 al Código Civil de Tabasco la intención del legislador fue proteger el interés superior de la niñez a través de la implementación de mecanismos que impidie-

13 Tesis: 1a. LXXVII/2018, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 55, junio de 2018, tomo II, p. 955.

ran la mercantilización de bebés recién nacidos como producto de gestación asistida o subrogada, que pudiera derivar en el delito de trata de personas.

Razonó también que la limitación de la edad no es una medida idónea para lograr el fin constitucional válido perseguido por la norma, toda vez que si después de una serie de estudios médicos una persona adquiere la capacidad de ejercicio para acceder a la técnica de reproducción asistida, condicionar al requisito de la edad no corresponde al interés que protegen los artículos del Código Civil, esto es el interés superior de la niñez.

El juez consideró que la manera más efectiva de reparar la discriminación normativa consistía en declarar la inconstitucionalidad del requisito de tener más de 25 y menos de 40 años de edad para la celebración del contrato de gestación subrogada. Así también se ordenó a las autoridades de Tabasco que en virtud de la concesión del amparo debía inaplicarse la fracción que establece la limitación de la edad y permitir a la demandante la celebración del contrato de gestación subrogada.

Como se puede advertir, la deficiencia en la regulación de la gestación subrogada ha originado este tipo de juicios en los cuales se combate la inconstitucionalidad de la norma por ser contraria a los derechos a la igualdad y no discriminación, en este caso por razón de la edad.

G. DERECHO A LA IDENTIDAD Y SUS IMPLICACIONES ANTE EL USO DE LAS TRA: PARENTESCO Y FILIACIÓN

En México, han sido ya varios los casos judiciales que se conocen en los que se invoca la protección del derecho a la identidad cuando se trata de niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución, a continuación se comentan dos.

I. Negación a emitir registro de nacimiento a un niño nacido por gestación por sustitución

En Yucatán se dio el caso de la negación del registro de nacimiento de un bebé nacido por gestación subrogada, en el que la pareja homosexual reclamaba su derecho a convertirse en padres a través de esa técnica de reproducción asistida, cabe destacar que en el estado de Yucatán no existe legislación alguna que permita o prohíba la gestación subrogada. Entre los antecedentes, se encuentra que en marzo de 2016 el Registro Civil de Yucatán le negó a un matrimonio homosexual de varones la expedición del acta de nacimiento de su menor hijo nacido a través de este procedimiento

médico, por lo que promovieron un juicio de amparo. Así también, se advierte que los quejosos suscribieron un acta compromiso con una mujer, para que se sometiera a tratamiento médico de fertilización asistida (*in vitro*), resultante del espermatozoides de uno de los cónyuges y el óvulo de una donante anónima, de lo cual nació el 4 de febrero de 2016 el niño que el matrimonio homosexual presentó para su registro de nacimiento.

Al respecto, el Poder Judicial de la Federación determinó que para el caso de la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución, ante la ausencia de normatividad en el estado de Yucatán, conforme al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo.¹⁴

En el juicio de amparo en revisión 553/2017, resuelto el 21 de noviembre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo para que el menor fuera registrado como hijo de los demandantes en el estado de Yucatán, para garantizar la vigencia del derecho del niño a tener una identidad, así como el derecho de los demandantes a su vida privada y procrear mediante las técnicas de reproducción asistida.

II. Reconocimiento de la voluntad procreacional en el caso de un menor nacido por inseminación artificial heteróloga

En la Ciudad de México se valoró el caso de un menor nacido bajo procedimiento de inseminación artificial heteróloga, en el que la madre deman-

14 Tesis: 1a. LXXXVIII/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 71, Octubre de 2019, Tomo II, p. 1159.

dó el desconocimiento de la paternidad, después de haberse divorciado de su esposo, cuando dentro del matrimonio se había dado el consentimiento para la práctica de esta técnica de reproducción asistida.

En la sentencia, la Corte resolvió que en la inseminación artificial heteróloga la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno filial, es decir, para que el cónyuge varón asuma las responsabilidades derivadas de la filiación; voluntad que se protege bajo el amparo del artículo 4º constitucional y que se obtiene de la interpretación funcional del Código Civil aplicable a la entidad (amparo directo en revisión 2766/2015).

Además, reiteró la Corte que esta voluntad es el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo de quien es su madre; lo que impedirá que el cónyuge varón posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad, pues se considera que quien actúa así contradice los parámetros de la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. En esa tesitura, al advertir que no se actualizaba ninguna violación al derecho a la identidad del menor, se le negó a la madre la posibilidad de reclamar el desconocimiento de la paternidad.

Es oportuno mencionar que en 2018 la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños ante la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó, con relación al aumento en el número de contratos internacionales sobre gestación por sustitución, ante la falta de normas internacionales, que se observó que aspirantes a ser padres en países desarrollados celebran contratos comerciales internacionales con mujeres de países en desarrollo, lo que ha generado prácticas abusivas que atentan contra la dignidad de la persona en la era de los derechos humanos. Así, la relatora recomienda a todos los países que se promulgue legislación amplia y clara en virtud de la cual se prohíba la venta de niños, tal como se define en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en el contexto de la gestación por sustitución.

Se recomienda en el contexto internacional que se vigile toda regulación elaborada en relación con la gestación por sustitución o con el reconocimiento jurídico de la patria potestad en los contratos internacionales de gestación subrogada, que se centre a la vez en el derecho internacional

privado y en el derecho internacional público, en particular, disponiendo la protección de los derechos del niño, de las madres gestantes y de los aspirantes a progenitor.

H. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 Y AMPARO EN REVISIÓN 129/2019: ¿LA VÍA PARA LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 16/2016, promovida por la Procuraduría General de la República, demandó la invalidez de diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial de esa entidad el 13 de enero de 2016, mediante el Decreto 265, sentencia dictada el 7 de junio de 2021, declaró procedente y parcialmente fundada dicha acción.

Concluyó el estudio de la acción de inconstitucionalidad promovida por la Procuraduría General de la República en contra de diversos artículos del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionados mediante el Decreto 265, publicado el 13 de enero de 2016, en el que se regula la gestación subrogada en dicha entidad. En las sesiones del 1 y 3 de junio de 2021, la SCJN invalidó diversas porciones del Código por regular cuestiones de salubridad que quedaban fuera de la competencia del legislador local; por excluir de manera injustificada a las mujeres de la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos pudieran ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación; por exigir el consentimiento del cónyuge o concubino para la firma del contrato de gestación, perpetuando el estereotipo que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de forma autónoma; por no atender el interés superior de la niñez, y por discriminar a las personas con base en su orientación sexual y su estado civil.

El Tribunal Pleno invalidó diversas porciones normativas publicadas a través del Decreto por extensión, al considerar que éstas también violaban los derechos a la igualdad y no discriminación de las personas con base en su orientación sexual y su estado civil. Además, reconoció la imperante necesidad de que se regule la práctica de la gestación por sustitución en el Estado mexicano; la SCJN exhortó a las autoridades competentes atender dicha necesidad de forma urgente y prioritaria.

Por otra parte, al resolverse el amparo en revisión 129/2019, derivado del promovido por Fertility Center Tabasco, Sociedad Anónima Promotora

de Inversión de Capital Variable, contra actos del Congreso del Estado de Tabasco y de otras autoridades, consistentes en la expedición y aplicación de diversas disposiciones del Código Civil del estado, el Pleno de la SCJN declaró la invalidez del artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil local que establecía que en caso de que la gestante o su cónyuge demandaran la maternidad o paternidad del producto de la inseminación, solamente podrían recibir su custodia cuando se acreditara la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes. La SCJN estableció que el interés superior de la niñez, que juega un papel primordial en la gestación subrogada, exige que las decisiones que se adopten en torno a los derechos de las niñas y los niños busquen siempre su mayor beneficio, lo que no puede determinarse de manera abstracta, sino en función de las circunstancias que concurran en cada situación; sin embargo, la construcción de la norma establece una prelación respecto a las personas que pudieran asumir la custodia del niño o niña que imposibilita al juzgador a determinar, en el caso concreto, qué es mejor para su desarrollo armónico e integral.

Por otra parte, se declaró la invalidez de las porciones normativas “mediando conocimiento del cónyuge o concubino”, así como “y si fuera el caso su cónyuge o concubino”, contenidas en los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 bis 3. Lo anterior, en virtud de que condicionaban la participación de las mujeres en los contratos de gestación por subrogación al conocimiento o la firma de su cónyuge o concubino. De esta manera, las normas perpetuaban el estereotipo de que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma, provocando un efecto estigmatizante, al exigir una “autorización” de su cónyuge. Así, el Pleno reconoció que la determinación de participar en un contrato de gestación subrogada corresponde a la mujer gestante.

Asimismo, se declaró la invalidez de la porción normativa “la madre y el padre” contenida en el artículo 380 bis 3 del Código Civil local, relativo a que el contrato de gestación lo firmarán “la madre y el padre” contratantes. El Pleno determinó que dicha porción era discriminatoria, porque al excluir a las parejas del mismo sexo y a cualquier persona soltera, sea hombre o mujer, de la posibilidad de celebrar un contrato de gestación, establecía una distinción basada en categorías sospechosas (la orientación sexual y el estado civil) que no superaba un escrutinio estricto.

El Tribunal Constitucional se pronunció por reconocer la validez del artículo 380 bis 5 del Código Civil local, al resultar infundado que exista una obligación de las legislaturas locales de prever la gratuidad del contrato de gestación. De igual forma, se declaró que es inconstitucional la fracción

I del artículo 380 bis 5 del Código Civil de Tabasco, que preveía como requisito para la suscripción del contrato de gestación que los contratantes sean ciudadanos mexicanos. Ello, al considerar que esta disposición resulta violatoria de los principios de igualdad y no discriminación, así como del derecho a la libertad de comercio, previsto en los artículos 1º y 5º de la Constitución general.

Finalmente, el Pleno consideró que el artículo único transitorio del decreto impugnado no viola el principio de irretroactividad de la ley, pues del contenido de dicho precepto no se desprende que lo previsto en el Decreto deba ser aplicado a los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.

Al reconocerse la validez de los contratos de gestación por sustitución que se celebran en el estado de Tabasco, encontramos la vía o posible camino a seguir para garantizar los derechos de las personas que nacen a través del uso de esta técnica médica, sin embargo, los operadores jurídicos tienen el reto de determinar cómo es posible incluir la gestación de un ser humano como objeto de contrato en la era de los derechos humanos y de qué forma se tutela el interés superior de la niñez, así como los derechos de la mujer gestante que es en definitiva una persona en situación de vulnerabilidad.

I. CONCLUSIONES

Las personas que nacen bajo el uso de técnicas de reproducción asistida, como es el caso de la gestación por sustitución, tienen derecho a la vida privada, identidad, así como a contar con vínculos legales de filiación; hacer lo contrario constituye una categoría sospechosa, puesto que conlleva discriminación y atenta contra la dignidad.

A pesar de que en México se cuenta con legislación expresa sobre la gestación por sustitución en Tabasco y Sinaloa, dicha normativa es insuficiente para garantizar los derechos humanos de las personas que intervienen ante el uso de esta técnica médica, puesto que deben tomarse en cuenta los derechos de la mujer gestante, persona o pareja que desean ser padres, el interés superior de la niñez de la persona que va a nacer y además evitar cualquier tipo de comercialización que encuadre en un posible delito de trata de personas.

Se presentó la evolución que ha tenido la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida en México desde 1997 hasta 2021, en el que se comprueba a través de un estudio de casos administrativos y judi-

ciales, especialmente con la resolución de la acción de inconstitucionalidad 16/2016, que todavía queda mucho camino por recorrer para los operadores jurídicos.

El actual derecho de familia en México debe reconocer la filiación de las personas que nacen a través de la gestación por sustitución; también debe tomarse en cuenta la situación de vulnerabilidad de las mujeres que participan como madres gestantes (nivel educativo y grado de acceso a información sobre las implicaciones que puede tener el procedimiento médico y capacidad para emitir el consentimiento informado).

Se requiere contar con una regulación sólida que tome en consideración el interés superior de la niñez, los derechos reproductivos y el orden público internacional, que prevengan situaciones de inseguridad jurídica, posibles complicaciones o responsabilidades para las personas que intervienen en el procedimiento médico.

J. CUADROS DE REFERENCIAS

Referencias legislativas y normativas en materia de gestación por sustitución
<p>Constitucional y tratados internacionales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4°. • ONU, Observación general 14. Sobre el derecho del niño a que interés superior sea una consideración primordial, 2013. <p>Legislación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil para el Estado de Tabasco: artículos 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365, 380 bis, 380 Bis 1; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6, 380 Bis 7 y 399 fracción III. • Código Familiar del Estado de Sinaloa: artículos 198, 240 y 282 al 297. • Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 7 de octubre de 2010. • Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el Boletín Oficial Español el 27 de mayo de 2006. • Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, publicada en el Boletín Oficial Español el 22 de julio de 2011. • Reglamento del Registro Civil del Estado de Tabasco: artículo 34.

Referencias jurisprudenciales

Suprema Corte de Justicia de la Nación

- Pleno, sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, junio de 2021 (sobre validez del contrato de gestación por sustitución).
- Primera Sala, sentencia recaída al Amparo en Revisión 53/2017, 21 de noviembre de 2018 (sobre el derecho a la identidad del menor nacido por gestación por sustitución).
- Primera Sala, sentencia recaída al Amparo en Revisión 129/2019, 8 de junio de 2021 (sobre las normas jurídicas que regulan los procesos de reproducción asistida).
- Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017 (sobre el desconocimiento de paternidad y corrección de datos en el acta de nacimiento).
- Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en materia civil de la Ciudad de México, Juicio de amparo 18/2017 (sobre derechos del menor nacido a través de gestación por sustitución).
- Juzgado Segundo de Distrito de Tabasco, Juicio de amparo 53/2017 (sobre derechos del menor nacido a través de gestación por sustitución).
- Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Tabasco, Juicio de amparo número 305/2019 (sobre derechos de mujer que participa en gestación por sustitución y discriminación por razón de la edad).
- Tesis: 1a. LXXVII/2018, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 55, junio de 2018, tomo II (sobre filiación de persona menor de edad nacida bajo técnica de reproducción asistida).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH, CIDH, Caso Artavia Murillo y otros ('fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012 (sobre técnicas de reproducción asistida y derecho a la vida).

Bibliografía

- Brugo-Olmedo, S., et.al., "Definición y causas de la infertilidad", *Revista Colombiana de obstetricia y ginecología*, Colombia, volumen 54, número 4, 2003.
- Cantoral Domínguez, K., "Maternidad subrogada en el derecho comparado", en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K. y Rodríguez Collado, M., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- Cantoral Domínguez, K., "Gestación subrogada. Estado de la cuestión en el Estado de Tabasco", en González Martín, N. (ed.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2021.
- Cantoral Domínguez, K. y Rodríguez Collado, M., "Maternidad subrogada", en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K. y Rodríguez Collado, M., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

- Díaz Romero, M. del R., *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: efectos jurídicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, España, 2018, pp. 23-33.
- González Martín, N., “Gestación por sustitución, adopción internacional y el interés superior del menor en el contexto mexicano: ¿camino de encuentro o divergentes?”, en González Martín, N. (Ed.) *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2021.
- Hurtado Oliver, X., *El derecho a la vida ¿y la muerte?, procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto, problemas éticos, legales y religiosos*, México, Porrúa, 3ª ed., 2008.
- Igareda González, N., “La gestación por sustitución o el cuerpo de las mujeres como espacio de lo ilícito”, en Carrio Sampedro, A. (ed.) *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, España, Marcial Pons, 2021.
- Lamm, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, 2012.
- Matorras, R. y Crisol, L., “Fertilidad e Infertilidad humanas”, en Matorras Weinig, R. (ed.) *Libro blanco Sociosanitario “La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas”*, España, 2011.
- OMS, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida*, 2010. Disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1.
- ONU, *Informe de la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018. Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/G1800774.pdf>.
- Pérez Fuentes, G. M., “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K. y Rodríguez Collado, M., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K., “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho Mexicano, una propuesta legislativa desde la academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, año X, núm. 17, 2014.
- Torres Quiroga, M. A., *Maternidad y gestación en venta. Fabricar bebés en la era neoliberal*, Universidad de Barcelona, 2019, pp. 105-152.

Adopción

Gisela María Pérez Fuentes

SUMARIO: A. RESUMEN; B. BREVES ANTECEDENTES JURÍDICOS CRÍTICOS DE LA ADOPCIÓN EN MÉXICO. ESTUDIO DEMOGRÁFICO-JURÍDICO; I. Conceptos básicos de la adopción: análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial; 1. Convención sobre los Derechos del Niño; 2. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Función en el proceso de adopción; 3. Lineamientos en materia de adopción del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; C. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN CASOS DE ADOPCIÓN: PROBLEMÁTICA; I. Igualdad entre hijos adoptados e hijos biológicos; II. ¿La adopción entre parejas del mismo sexo es contraria a la conformación ideal de la familia?; III. ¿Se afecta el interés superior de la niñez cuando una Ley especial o un Código Civil de cada entidad no restrinja el acto de adopción a personas unidas por matrimonio?; D. PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN; E. PROBLEMÁTICA A PARTIR DE NUEVOS PARADIGMAS EN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DERECHO A LA IDENTIDAD; I. Derecho a la identidad en la adopción; II. Derecho a la identidad y adopción abierta; H. CONCLUSIONES; I. CUADROS DE REFERENCIA.

A. RESUMEN

Al no existir un marco normativo único y específico en México, el estudio del proceso de adopción se realizará de forma transdisciplinar e integral considerando las legislaciones especiales, códigos civiles y de procedimiento, así como los lineamientos que se aplican de forma conjunta en el proceso, toda vez que las entidades federativas son las encargadas de regular la figura de la adopción. Así también, se realizará un breve estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial, específicamente en cuanto a la adopción, a efectos de enriquecer cualquier figura jurídica que permita la defensa de los derechos humanos en este acto jurídico.

B. BREVES ANTECEDENTES JURÍDICOS CRÍTICOS DE LA ADOPCIÓN EN MÉXICO. ESTUDIO DEMOGRÁFICO-JURÍDICO

La adopción se incorporó jurídicamente en México en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 que propuso su regulación. Cabe destacar que la Ley de

Relaciones Familiares publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de abril de 1917 derogó al Código Civil de 1884 en materia de familia.

En la Ley de Relaciones Familiares de 1917 se refleja la discriminación de la mujer cuando se señalaba en el artículo 222 que sólo podrá hacer una adopción por su exclusiva cuenta cuando el marido lo permita y que, por el contrario, el marido sí puede hacerlo sin consentimiento de la esposa.

Se pueden destacar en los numerales 222 a 231 como principios fundamentales del procedimiento de adopción en esta normativa revolucionaria especial de principios del siglo XX los siguientes:

- 1) El matrimonio que se realizara entre hombre y mujer según la normativa de la época tenía el derecho de adoptar a una persona menor de edad cuando los dos estuvieran conforme en considerarlo como hijo de ambos.
- 2) Se necesitaba el consentimiento de la persona menor de edad para ser adoptada cuando fuera mayor de 12 años. Resultaba imprescindible la presencia de los solicitantes y del Ministerio Público. El juez se pronunciaba por la conveniencia del acto de adopción.
- 3) La Ley en cuestión instauraba una relación de filiación legal entre adoptante y adoptado como padre e hijo, pero no así con respecto a la familia del adoptante, creando así lo que se conoce como adopción simple.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 marcó una influencia jurídica importante en la estructura socio-política del México del siglo XX. En las relaciones de derecho privado, el 26 de mayo de 1928 se publicó un nuevo Código Civil que después de una *vacatio legis* inició su vigencia el 1 de octubre de 1932, reemplazando las leyes especiales en materia de relaciones familiares, al cual se le denominó Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal.

El Código Civil de 1928 dedicó un capítulo a la adopción en los artículos 390 al 410, manteniendo la adopción simple, es decir, los efectos jurídicos se establecían entre adoptantes y adoptado.

En esta etapa los requisitos principales eran: 1) los adoptantes debían ser esposos, 2) tener un mínimo de 40 años de edad o ser por lo menos 17 años mayor que el adoptado, 3) no tener descendientes, 4) estar en pleno ejercicio de sus derechos y capacidad jurídica, y 5) la adopción podía ser revocada cuando las dos partes así lo acordaran, siempre que el adoptado fuera mayor de edad o por ingratitud del adoptado.

El 17 de enero de 1970 se publica en el Diario Oficial de la Federación otra reforma importante en el Código Civil de 1928 con respecto a la figura de la adopción, destaca en ésta:

- a) Beneficio de la adopción para la persona menor de edad.
- b) Disminuye la edad para poder adoptar.
- c) Se elimina el requisito de que los adoptantes no tengan descendientes.
- d) Se solicita expresamente que el adoptante o los adoptantes acrediten medios de subsistencia para cuidar de la persona menor de edad.
- e) Posibilidad de adoptar a más de una persona menor de edad.
- f) El adoptante establecerá una filiación al otorgarle identidad con sus apellidos al adoptado, realizando para ello las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.
- g) Posibilidad de adoptar a la persona que hubiere acogido a la persona menor de edad durante seis meses.

En la doctrina tradicional se consideran como tipos de adopción en el ámbito nacional: simple y plena. La adopción simple regula el nexo por el que se establece un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante, así nace el parentesco civil. En el caso de la adopción plena, surge en relación con los parientes del adoptante y del adoptado, como si se tratara de un parentesco consanguíneo.

En 1998 se produjo otra reforma de gran trascendencia al incorporar la adopción plena que coexiste con la adopción simple y se incluyó una regulación especial para la adopción internacional.

La reforma antes señalada permitió revitalizar el Consejo de Adopciones, por ejemplo, se le concedió acción para revocar la adopción simple cuando se justificara la existencia de causas graves como poner en peligro a la persona menor de edad.

A dos años de la anterior reforma, el 25 de mayo del 2000, mediante publicación realizada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, se implementa una serie de reformas en materia de adopción al Código Civil para el Distrito Federal, se elimina la adopción simple para dar paso a la conversión en adopción plena; de esta forma, se suprimió todo el capítulo de la adopción simple, al ser derogados los artículos 402 al 410. El Código Civil para el Distrito Federal cuya última reforma fue publicada el 4 de agosto de 2021 se refiere sólo a la adopción, considerando ésta con

todos los requisitos de la adopción plena con sus dos modalidades: adopción por extranjeros y adopción internacional.

De acuerdo con solicitudes de información formuladas al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y a la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, así como en los diversos estados del país, se detecta un total de 679 adopciones nacionales realizadas en México entre 2015 y 2019.

I. Conceptos básicos de la adopción: análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial

El principio de la adopción plena prevalente en la generalidad de los códigos civiles persigue en definitiva garantizar a la persona menor de edad adoptada una filiación, no obstante, como se explicará en el apartado de la procedencia de la adopción, la ponderación de derechos debe ser interpretada a la luz de otros derechos.

En la evolución legislativa que ha tenido la adopción de niñas, niños y adolescentes es imprescindible referirnos a los principios constitucionales de los artículos 73 y 124, en cuanto a la materia de adopción es competencia de las entidades federativas, además de lo expresado anteriormente en el artículo 4º sobre la protección a la organización y desarrollo de la familia, insistiendo en que la Constitución no se refiere únicamente a la familia tradicional derivada del matrimonio sino que comprende también otras relaciones familiares en las que se han conformado familia monoparental, familia ensamblada, sociedad de convivencia formadas por personas del mismo sexo.¹

La evolución que ha tenido la adopción en el Código Civil del Distrito Federal, en la actualidad Ciudad de México, puede observarse desde su definición en el artículo 390: “la adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manea irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado”. Se entiende por actos jurídicos

1 Oliva Gómez, E. y Villa Guardiola, V. J., “La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: retos y compromisos a cumplir”, en Oliva Gómez, E., et al; *Temas selectos 4, Hacia el Ámbito del Derecho Familiar*, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2017, p. 48.

y no simplemente hechos a los que el derecho toma en cuenta por la participación o voluntad de la persona prescritos previamente en la ley.²

El concepto del Código Civil del Distrito Federal supera a otros estados con conceptos clásicos de tradición romanista que identifican la adopción como una institución con las siguientes características: institución jurídica de origen público; se crean lazos de parentesco civil entre adoptante y adoptado; con el mismo efecto jurídico que el existente entre padres biológicos y sus hijos.³

La adopción es identificada también como un estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado, la situación de hijo del adoptante o de los adoptantes, y a éstos, los deberes inherentes a la relación paterno filial.⁴

La adopción produce los efectos inherentes a los que existen entre padres e hijos consanguíneos, razón por la que se genera la obligación de proporcionar al adoptado un nombre y apellidos de los adoptantes. Se produce a partir de la adopción la extinción de la filiación entre el adoptado y sus progenitores, así como la familia biológica, con excepción del matrimonio por obvias razones, así se prevé en el artículo 395 del Código Civil para el Distrito Federal.

1. Convención sobre los Derechos del Niño

En la protección del interés superior de la niñez, el cuidado y educación de los hijos debe priorizarse en caso de la adopción, ello por encima de las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores. En el proceso de

2 Gallegos Pérez, N., *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*, México, UJA, 2006, p. 33. En esta posición doctrinal y legislativa aparecen también otros códigos civiles y leyes de adopción, tales como Campeche, en el artículo 406 de su Código Civil; Colima, en el artículo 390; Michoacán, en el artículo 3, fracción II, de su Ley de Adopción; Sinaloa, en el artículo 311 de su Código Familiar; Yucatán, en el artículo 368 de su Código de Familia, y Zacatecas en el artículo 351 de su Código Familiar.

3 Se identifican con esta definición los códigos civiles de Aguascalientes, artículo 413; Chiapas, artículo 385; Guerrero, artículo 554. El Código Familiar de Morelos se refiere a una institución jurídica de protección a niñas, niños, adolescentes e incapacitados que bajo vigilancia del Estado, entran a formar parte de la familia en calidad de hijo, artículo 360.

4 Es el caso por ejemplo del artículo 410 del Código Civil de Baja California Sur y el artículo 520 del Código Civil de Jalisco. En todos los Códigos estudiados se reconoce la generación de obligaciones de parentesco por consanguinidad.

conformar una familia el interés superior de la niñez a través de la adopción debe estar presente en todos los poderes públicos y órganos jurisdiccionales, así como en todas las personas vinculadas a este proceso en cuanto a la edad de la persona menor de edad, garantizando su formación integral en la familia y la sociedad.

Este importante tratado internacional será abordado en varios capítulos, por lo que la referencia será breve en temas importantes sobre adopción en cuanto a:

Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad
El interés superior del niño será atendido por las instituciones públicas, privadas de bienestar social, así como los tribunales y autoridades administrativas o los órganos legislativos.
Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley asumiendo todas las medidas administrativas y legislativas adecuadas. Los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto a reserva de revisión judicial.
Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.
Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
Entre los cuidados a los menores se consideran la colocación en hogares de guarda, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de NNA.

Elaboración propia con algunos principios de la Convención
sobre los Derechos del Niño.

La adopción es admisible en vista de la situación jurídica del NNA en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario, todos estos principios los encontramos en los artículos 1, 3, 4, 7, 9, 12, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: función en el proceso de adopción

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGD-NNA), se protege también el interés superior de la niñez en las distintas formas de familia, a continuación, se precisan los derechos que se protegen en dicha ley, así como las circunstancias que permiten el procedimiento para ello.

Derechos garantizados en la adopción

La norma reconoce a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos conforme a los principios de universalidad y progresividad, de forma que se garantice un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos. El interés superior de la niñez, así como la inclusión son derechos primordiales en la toma de decisiones en los que éstos se involucren.

Tipos de familias reconocidas: de origen, extensa o ampliada, de acogida y familia de acogimiento

La familia de acogimiento preadoptivo es aquella distinta de la familia de origen y de la extensa que acoge provisionalmente en su seno a niñas, niños y adolescentes con fines de adopción, y que asume todas las obligaciones en cuanto a su cuidado y protección, de conformidad con el principio de interés superior de la niñez. Debe señalarse la distinción con las familias de acogida, que si bien cuenta con la certificación de la autoridad competente y brinda apoyo a las personas menores de edad por un tiempo limitado.⁵

Tipo y procedimiento de la adopción

La adopción será plena e irrevocable según lo que establece el artículo 30 bis 14 de la LGDNNA. Las personas interesadas en adoptar niñas, niños y adolescentes que se encuentren bajo la tutela de las Procuradurías de Protección, podrán presentar ante dichas instancias la solicitud correspondiente.

Las Procuradurías de Protección, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben realizar las valoraciones psicológicas, económicas, de trabajo social y todas las necesarias para determinar la idoneidad de quienes soliciten la adopción, a través del informe de adoptabilidad. Este informe no

5 Oliva, *op. cit.*, p. 49.

debe confundirse con el certificado de idoneidad para casos de adopciones internacionales que prevé el artículo 4, fracción VI, de la ley citada.

En el numeral 30 bis 1 de la LGDNNA se tutela que el Sistema Nacional DIF o los sistemas de las entidades en coordinación con las Procuradurías de Protección deberán otorgar medidas especiales de protección para los niños que se encuentren en situación de desamparo familiar para proceder a un proceso de adopción; la norma especial exige que el trámite sea expedito, ágil y simple en función del interés superior de las personas menores de edad que se encuentren en Centros de Asistencia Social. Para que los niños sean considerados abandonados deben haber transcurrido 60 días naturales sin que se reclamen derechos sobre ellos o se pueda conocer su origen.

El proceso administrativo y jurisdiccional de adopción podrá realizarse de igual forma en cualquier entidad federativa con el fin de restituirle el derecho a vivir en familia al infante.

En cuanto al procedimiento de adopción, en el artículo 30 bis 6 de la LGDNNA, se establece que el juez familiar o el juez especializado en la materia dispondrá de 90 días hábiles improrrogables para emitir la sentencia que resuelva en cuanto a la patria potestad. El término comenzará a partir del día siguiente de la presentación de la demanda. La resolución de adopción se dictará a los 15 días hábiles improrrogables a partir del día siguiente de la entrega por parte de la autoridad administrativa del expediente de adopción completo.

Consentimiento

Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentirla por escrito y ante el juez que conozca el procedimiento la Procuraduría de Protección correspondiente, el solicitante y en caso de que el adoptado sea adolescente, acorde con el artículo 30 bis 9 de la LGDNNA. Todas las autoridades deben asegurar que se escuche y tome en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes de acuerdo con su edad, desarrollo evolutivo y cognoscitivo, así como su grado de madurez. De igual forma debe asegurarse la asesoría jurídica tanto a quienes consientan la adopción como a quienes la acepten, evidenciando el entendimiento sobre los alcances familiares, sociales y jurídicos, tal como lo prevé el artículo 30 fracción II de la LGDNNA.

Una vez dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción, dentro de 3 días el juez remitirá copia certificada de las diligencias del juez del Registro Civil que corresponda, a fin de que, con la comparecencia del adoptante, se levante el acta correspondiente. Pero la falta de registro de

la adopción no quita a ésta sus efectos legales, de acuerdo con los artículos 84 y 85 del Código Civil para el Distrito Federal.

Seguimiento

Los sistemas del DIF en coordinación con las Procuradurías de Protección serán responsables de conocer la evolución del proceso de adaptabilidad de los NNA cada 6 meses durante 3 años. Entre las medidas de seguimiento pueden contactarse los reportes realizados por los profesionales del trabajo social en el que se indique la convivencia familiar y el desarrollo cotidiano de los niños. Los seguimientos permiten conocer la situación de la persona menor de edad y evaluar el impacto del trabajo realizado.⁶

Prohibiciones en caso de adopción

Para los fines de la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad se prohíbe la adopción durante el proceso de gestación; la adopción privada, entendida como una especie de contrato de promesa, mediante el cual quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, o sus representantes legales, pacten dar en adopción a los niños o las niñas que se gestan sin intervención de las autoridades competentes; que la adopción se realice para fines de venta, sustracción, retención, o cualquier tipo de tráfico de persona, o explotación y la obtención de lucro o beneficio personal ilícito como resultado de la adopción, en la cual se incluye cualquier acto simulado, tal como lo dispone el artículo 30 bis 2 de la LGDNNA.

3. Lineamientos en materia de adopción del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia

Los Lineamientos en Materia de Adopción del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2016, tienen como objetivo establecer la integración y funcionamiento del Comité Técnico de Adopción y el trámite administrativo de adopción nacional e internacional de niñas, niños y adolescentes que se encuentren bajo la tutela o guarda y custodia de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

6 González Martín, N., *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, p. 216.

Conforme al artículo 3 de los lineamientos, el Comité Técnico de Adopción es el órgano colegiado de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes encargado de realizar la evaluación de las personas solicitantes de adopción, emitir su opinión respecto de la expedición del certificado de idoneidad, entre otros.

C. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN CASOS DE ADOPCIÓN: PROBLEMÁTICA

I. Igualdad entre hijos adoptados e hijos biológicos

En el procedimiento de la adopción como forma de garantizar al niño una familia para su bienestar, la SCJN ha considerado que en ningún momento puede partirse de que existe la menor “distinción estructural” entre hijos adoptados y consanguíneos, lo cual resultaría contrario a la Constitución federal, en particular a su artículo 1º, por ser una condición discriminatoria inaceptable (acción de inconstitucionalidad 17/2011).

II. ¿La adopción entre parejas del mismo sexo es contraria a la conformación ideal de la familia?

Otro tema de importancia en cuanto a la problemática jurídica ha sido el derecho que tienen todos los tipos de familia a la adopción, así como la protección al interés de la persona menor de edad en estos supuestos, cuestión abordada también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como anteriormente se ha señalado, en el desarrollo del derecho de familia se reconocen distintos tipos, pero ¿la normativa vigente permite la adopción a cualquiera de estas nuevas formas familiares?

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de edad siempre que la diferencia sea de 17 años entre adoptante y adoptado. En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción.

Sin embargo, los códigos civiles han quedado desfasados ante la realidad social en la cual se vive en el país, y, por otra parte, el carácter general de cualquier norma jurídica no puede resolver todas las situaciones que ocu-

rran en la vida del derecho familiar, el que ha sido sujeto a grandes cambios paradigmáticos heredados del Código Civil napoleónico, muy alejado de la protección de la persona y de los derechos humanos en primera instancia, en los que destaca, como se ha señalado, el interés superior de la niñez.

Como forma de protección a los derechos para adoptar sin distinción del tipo de familia jurídicamente reconocidas en el sistema jurídico mexicano, se plantea el problema jurídico planteado ante la Corte.

El criterio de la Suprema Corte al respecto determina que la protección constitucional que se otorga a la familia no se limita a un modelo o estructura: “este tribunal no puede suscribirse a que se reste valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales” (acción de inconstitucionalidad 2/2010 y amparo en Revisión 704/2014).

La adopción será válida para los distintos tipos de familia, amparadas por la Constitución, y no sólo las que aparecen en los códigos civiles y leyes especiales, como se resuelve en la acción de inconstitucionalidad 8/2014, del 11 de agosto de 2015, promovida por la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche en contra del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades de Convivencia.

Los antecedentes de esta acción de inconstitucionalidad son los siguientes: el 30 de enero de 2014 la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche promovió una acción de inconstitucionalidad contra la aprobación, promulgación y publicación del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche, por ser contraria a los artículos 1º y 4 de la Constitución federal, y 1º, 17º y 24º de la Convención Americana, ya que prohíbe de forma absoluta a los convivientes realizar adopciones en forma conjunta o individual, así como compartir o encomendar la patria potestad, guarda y custodia de los hijos menores de edad de la persona con quien se encuentra unida en sociedad civil de convivencia.

La acción de inconstitucionalidad, respecto a la promulgación y publicación realizada por el Gobernador del Estado, en relación con el Decreto número 113, mediante el cual se publicó el artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche impugnado por la demandante, se hizo como consecuencia del proceso legislativo que efectuó el Congreso del Estado de Campeche.

En el estudio de fondo realizado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que la sociedad civil de convivencia es

un estado civil en Campeche, en el que dos personas del mismo o distinto sexo tienen la finalidad de compartir una vida en común de manera permanente, y a cuyos convivientes, de conformidad con el artículo impugnado, les está prohibido expresamente tanto adoptar de forma individual o conjunta, como compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores de edad del otro conviviente.

El Tribunal Pleno estimó dos formas de acercarse al estudio del artículo impugnado. En primer lugar, desde el interés superior de los NNA y el concepto constitucional de familia, y en segundo lugar, desde el principio de igualdad y no discriminación.

El Tribunal Pleno declaró la invalidez del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche, dado que la idoneidad de las sociedades en convivencia para adoptar debe ser definida en el propio procedimiento de adopción, de tal forma que impedir que NNA sean adoptados por persona o personas que formen una sociedad de convivencia por el simple hecho de pertenecer a ella vulnera el derecho de los menores de edad para formar o integrarse a una familia, siempre que el adoptante o adoptantes cumplan con los requisitos de idoneidad.

III. ¿Se afecta el interés superior de la niñez cuando una ley especial o un código civil no restringe el acto de adopción a personas unidas por matrimonio?

Es criterio reiterado de la SCJN que esta situación no causa una afectación a las personas menores de edad siempre que los adoptantes sean personas idóneas, en cuanto a virtudes, medios de vida, estabilidad.⁷ Se ha pronunciado la Corte al respecto, en cuanto a que el estado civil de las personas no constituye un factor indispensable para determinar su aptitud o capacidad jurídica para ser consideradas por las autoridades competentes, lo importante es que la autoridad aplicadora determine la opción que permite el sano desarrollo del NNA (amparo en revisión 800/2017).

La problemática del amparo en revisión 800/2017 se originó el 14 de julio de 2015, cuando una señora por su propio derecho, y en representación de su menor hija, solicitó el amparo y la protección de la Justicia federal,

7 Treviño Fernández, S., et al., *Adopción, Cuadernos de jurisprudencia núm. 3*, México, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, pp. 38-40.

por considerar que la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Aguascalientes afecta al interés superior de la niñez al no mencionar un tipo determinado de familia o individuos que puedan solicitar en lo individual la adopción, y con eso permitirles la adopción a personas que no se encuentren en matrimonio.

Se advierte que el precepto reclamado no hace mención a un tipo determinado de familia o individuos en lo individual por lo que hace a la posibilidad de solicitar la adopción a niñas, niños y adolescentes que se encuentren bajo la tutela de la Procuraduría de Protección Local del Estado de Aguascalientes; sino que simplemente habla de “personas interesadas”.

A juicio de las quejas, ello atenta contra el interés superior del menor, en tanto permitiría que personas que no se encuentren en matrimonio puedan adoptar, ya sea en lo individual, o como pareja ya de facto, ya jurídica, conforme a otro tipo de regulaciones civiles. Sobre este punto, la Sala expuso que debe tenerse en cuenta que el Pleno, al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010, determinó que la Constitución federal no se refiere o limita a un tipo específico de familia como podría ser la nuclear y, mucho menos, que sólo se proteja a la familia que surge de dicha institución, toda vez que en un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, debe entenderse protegida constitucionalmente la familia como realidad social, a efecto de cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, lo que alcanza a dar cobertura a familias que se constituyan con el matrimonio, con uniones de hecho, con un padre o una madre e hijos, o bien por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.

Asimismo, evocó que pertenecer a un estado civil en modo alguno pone en riesgo, por sí mismo, el interés superior del niño, niña y adolescente, puesto que cualquier persona en lo individual, o bien las parejas, deben ser consideradas en igualdad de circunstancias como posibles adoptantes. Lo que debe tomarse en cuenta en los adoptantes es si éstos son idóneos, es decir, si cuentan con las características, virtudes y cualidades para brindar una familia a los menores de edad.

La Sala afirmó que el estado civil de las personas no constituye un factor indispensable para determinar su aptitud o capacidad fáctica y jurídica para ser consideradas, por las autoridades competentes, como candidatas viables en un proceso de adopción de menores, sino más bien la protección del interés superior del menor implica que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las

condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor claramente establecidas en ley, para que, de esta forma, la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida.

Se concluyó que la idoneidad de los solicitantes de la adopción no se circunscribe al estado civil en que se encuentren, en específico, a que se trate de un matrimonio, sino a las cualidades y aptitudes para criar a un menor, y que de ahí que se insista que la acepción “personas interesadas” no torna inconstitucional, en sí y por sí misma, la norma reclamada. La Segunda Sala colige que el precepto 27 de la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Aguascalientes no vulnera el interés superior del menor. En el caso, no se ampara ni protege a las quejas contra los preceptos reclamados de la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Aguascalientes.

D. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN

Los niños o las niñas, en el procedimiento de adopción y en cualquier juicio vinculado con éste, deben ser escuchados, pues se deciden derechos tan importantes como el libre desarrollo de la personalidad, pero ello no implica que deba dársele la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional, en consecuencia y cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que es distinta y ajena a la garantía de audiencia prevista en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, que es un fin por sí mismo con existencia independiente y no únicamente es un medio para la consecución de otro acto.

En el caso de un juicio de nulidad del procedimiento de adopción, no es oportuno procesalmente que la persona menor de edad ejerza la garantía de audiencia que tiene como objetivo primordial que todo gobernado sea oído y vencido en juicio pues dicha garantía no es jurídicamente posible que sea reclamada a favor de un NNA en el que sus padres biológicos y adoptivos se encuentran disputando la legalidad de la adopción en cuanto a la edad permitida —mayor de 12 años—, es decir, se escuchará su opinión respecto a la controversia en cuanto a su criterio sobre con quien quisiera incorporarse a una familia, pero de ninguna manera para que sea oído y vencido en juicio y se origine la reposición de un procedimiento.

En concreto, la opinión de la persona menor de edad debe ser escuchada por el juzgador para resolver una situación jurídica dentro de un juicio

vinculado con su persona, pero no debe ser considerado como un caso de garantía de audiencia dado que el infante no reviste el carácter de parte procesal, sólo es necesario su sentir respecto a la controversia (contradicción de tesis 60/2008).

En los cuadros de referencia legislativa se presentan las diversas características de la adopción en los diversos códigos civiles y leyes especiales de la república mexicana. Como hallazgos principales de esta revisión normativa se destacan:

Es un requisito para adoptar estar casado o vivir en concubinato.	<ul style="list-style-type: none"> • Campeche, Chiapas, Jalisco, Sonora, Tabasco y Tlaxcala.
Aún se considera en la normativa vigente la adopción simple y plena.	<ul style="list-style-type: none"> • Campeche, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Sonora, Tabasco, Yucatán y Zacatecas.
Edad mínima para adoptar.	<ul style="list-style-type: none"> • 18 años: Chihuahua y Quintana Roo. • 21 años: Estado de México (diferencia de 10 años de edad entre adoptante y adoptado). • 25 años: mayoría de los estados del país, acorde con el Código Civil Federal. • 28 años: Morelos. • 30 años: Guerrero.
Autoridad que otorga el certificado de idoneidad.	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo técnico o estatal de adopciones (6 estados): Baja California Sur, Chiapas, Durango, Michoacán, Nayarit y Oaxaca. • Desarrollo Integral de la Familia Estatal (6 estados): Aguascalientes, Colima, Guerrero, Hidalgo, Quintana Roo y Veracruz. • Procuraduría Estatal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (17 estados): Baja California, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

Elaboración propia sobre análisis a la legislación vigente en México en materia de adopción.

E. PROBLEMÁTICA A PARTIR DE NUEVOS PARADIGMAS EN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DERECHO A LA IDENTIDAD

A partir del criterio adoptado en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia del 9 de marzo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que entre los derechos reconocidos a favor de la niñez se encuentra el derecho a la identidad, el cual constituye un elemento inherente al ser humano, tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad, y necesariamente comprende otros derechos correlacionados, como el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad, entre otros.

El tribunal internacional ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de las personas en sociedad. La identidad personal está ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica a través del desarrollo de vínculos en lo familiar y social. Por ello, la imposibilidad de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad (Caso Forneron e hija vs. Argentina, 27 de abril de 2012).

El derecho a la identidad, consagrado en la Constitución y diversos tratados internacionales, tiene un ámbito especial en materia de personas menores de edad, precisamente por la naturaleza prestacional derivada de las obligaciones de los padres, como son las obligaciones alimentarias, de salud, educación, esparcimiento, desarrollo social, entre otros.

Por lo que hace al derecho a la identidad, podemos observar que para su tutela deben considerarse los elementos que lo integran, es decir, nombre, nacionalidad, filiación y relaciones familiares. En México existe el Registro Nacional de Población de la Secretaría de Gobernación, unidad administrativa encargada de registrar y acreditar la identidad de todas las personas residentes en México y nacionales que residen en el extranjero, a través de la asignación de la clave única de registro de población (CURP) y la expedición de la cédula de identidad, quien a su vez trabaja de forma coordinada con los gobiernos de las 32 entidades federativas a través de sus registros civiles para acreditar la identidad jurídica de las personas.

El derecho a la identidad implica que toda persona, al nacer, tiene derecho a un nombre, apellido, nacionalidad y en la medida de lo posible, a ser

cuidado por su familia, así como pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes religión, idioma o lengua y tradiciones. Los elementos que distinguen el derecho a la identidad de los infantes son nombre, nacionalidad y ambiente familiar. Por ello, el derecho del niño a preservar su identidad debe ser respetado y tenido en cuenta al momento de evaluar su interés superior (ONU, Observación general 14).

En virtud del derecho que tiene todo niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre, el Comité de Derechos Humanos (ONU, Observación General 17) consideró que países como México tienen la obligación de inscribir a los niños después de su nacimiento, para reducir el peligro de que sean objeto de comercio, raptos y otros tratos incompatibles con los derechos humanos. Por otro lado, todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad, si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado, los Estados están obligados a implementar todas las medidas apropiadas para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento, evitando todo tipo de discriminación.

I. Derecho a la identidad en la adopción

El derecho a la identidad está vinculado con los orígenes y la proyección social, algunos autores lo reconocen como un derecho de la personalidad, otros, como una manifestación del estado civil, existe razón en ambas posiciones en parte, pues el derecho a la identidad, que es en México un derecho fundamental, implica la razón de una persona de ser reconocida en la sociedad y por tanto su autorrealización y el libre desarrollo de su personalidad, de acuerdo con el artículo 4º constitucional: “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento”.

El artículo 19 de la LGDNNA describe el contenido del derecho a la identidad, en términos de la legislación civil; éste se refiere a contar con nombre y los apellidos que le correspondan, ser inscritos en el Registro Civil, de forma inmediata y gratuita; contar con nacionalidad; conocer su filiación y su origen en la medida de lo posible acorde con el interés superior de la niñez y preservar su identidad, que incluye nombre, nacionalidad, pertenencia cultural y relaciones familiares.

La LGDNNA establece de forma expresa que el contacto de los padres biológicos que entregaron en adopción a un NNA al adoptante o con cualquier persona involucrada en este acto jurídico se prohíbe. Las excepciones

previstas en la misma norma se refieren entre otros supuestos a que los adoptantes sean familiares biológicos de la familia extensa, tal como lo prevé el artículo 30 bis 2, fracción IV, de la LGDNNA.

II. Derecho a la identidad y adopción abierta

La garantía del derecho a la identidad ha sido compleja en la adopción plena, en la que existe una ruptura entre los vínculos de la familia en la cual nació y la familia que lo adopta. A la adopción plena se le ha denominado también adopción cerrada porque no existe contacto entre adoptantes y padres biológicos.

En algunos países, como Estados Unidos, Gran Bretaña y España, se ha dado apertura normativa a la adopción abierta, en la cual se supone el mantenimiento de alguna comunicación entre la familia biológica y el adoptado siempre que se considere beneficioso para el menor en un escrutinio de cada caso. Lo cierto es que Estados Unidos ha marcado una evolución en este tipo de adopción, en la que a los padres biológicos se les permite estar informado del progreso de la adopción y hasta participar en la elección de los futuros padres adoptivo. Este esquema es seguido también en Canadá.

En el caso de Gran Bretaña la autoridad competente debe establecer la idoneidad de los adoptantes y la condición de adoptado del menor, existiendo determinadas exigencias, a saber:

- El adoptado ha de ser menor de 18 años en el momento de presentación de la solicitud de adopción.
- Tener el estado civil de soltero sin formalización de relación de hecho anterior.
- No tener padres
- Una situación objetiva de peligro o abandono por incumplimiento de tareas paternas.⁸

En el caso de los adoptantes, se debe cumplir también con los siguientes requisitos:

- Un mínimo de 21 años,

8 Adoption and Children Act, art.47.9, 2002.

- Evaluación favorable del trabajador social después de visitas sistemáticas.
- Testimonio de tres testigos que darán una referencia personal del futuro adoptante.
- Examen médico.⁹

La adopción abierta en España se introduce en el sistema por la nueva legislación de protección de menores. En este caso, para que pueda darse será necesaria resolución judicial, previa propuesta de la entidad pública y consentimiento de la familia adoptiva y del menor, siempre a partir de los 12 años y antes si tiene la suficiente madurez. No obstante se establece en la ley la posibilidad de suspensión o supresión del contacto con la familia biológica.¹⁰

H. CONCLUSIONES

La adopción se reconoce en el derecho mexicano como un acto jurídico por el cual el juez o la autoridad competente determina una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, surge así un parentesco con las mismas consecuencias al consanguíneo y en las legislaciones propias de los códigos más actualizados del país se reconocen en este caso de adopción la filiación consanguínea.

En el periodo de constitucionalización del derecho de familia el principio fundamental es el interés superior de la niñez, por ello, aunque en algunas leyes civiles y familiares continúa la adopción simple, se ha tratado de ofrecer la mayor garantía al acto jurídico de la adopción acorde con los tratados internacionales firmados por México y además con los principios establecidos en la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como en los Lineamientos en materia de adopción del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, lo anterior para darle fortaleza a los derechos humanos de las personas menores de edad, de forma tal que el proceso de adopción sea resuelto de forma expedita, ágil y prime su interés superior.

⁹ Ley de Adopción británica, art. 51.1.

¹⁰ Martínez García, C. “Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia”, España, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, p. 441.

I. CUADROS DE REFERENCIAS

Cuadro 1. Niñas, niños y adolescentes adoptados en México de 2015 a 2019

Año	Niños, niñas y adolescentes adoptados de 2015 a 2019					Procedimientos de adopción internacional de 2015 a 2019					Solicitudes de adopción internacional recibidas de 2015 a 2019				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Aguascalientes			1	5									1		
Baja California					12						2	5	4	4	
Baja California Sur															
Campeche															
Chiapas															
Chihuahua		2		3		1	2	1	1		3	1	2	2	1
Ciudad de México															
Coahuila de Zaragoza											1	2	2		
Colima															
Durango	23	14	15	1				1			1				1
Estado de México	3	10								1	4	3			1
Guanajuato	9	13	24	14	8		3		3	2			4	1	2
Guerrero											1		1	1	
Hidalgo	24	16	3	29			3				1				
Jalisco						1					4				1
Michoacán de Ocampo											1	3			1
Morelos	15	16	16	8	1		1		1				1		
Nayarit															
Nuevo León											1				
Oaxaca	17	2	1			1									
Puebla	21	24	14	23	7		1		1				1	1	2
Querétaro	44	20	13						1		1		2	3	
Quintana Roo															1
San Luis Potosí														1	
Sinaloa		6	3	11	6		2	1		1	2		1	1	1
Sonora											1				1
Tabasco	39	43	16												1
Tamaulipas															3
Tlaxcala															1
Veracruz								1			1	1		2	
Yucatán	29	18	10								2	1			
Zacatecas	13	10	4												1

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 2. Referencia legislativa en materia de adopción en México

Estados	Aguascalientes	Baja California	Baja California Sur	Campeche	Chiapas	Chihuahua	Ciudad de México	Coahuila	Colima	Durango	Edo de México	Guanajuato	Guerrero	Hidalgo	Jalisco	Michoacán	Morelos	Nayarit	Nuevo Leon	Oaxaca	Puebla	Queretaro	Quintana Roo	San Luis Potosí	Sonora	Tabasco	Tamulipas	Tlaxcala	Veracruz	Yucatan	Zacatecas	Federal						
Código/Ley reguladora	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x					
Código Civil																																						
Código Familiar estatal																																						
Ley de adopciones estatal																																						
Ley para la Familia estatal																																						
Ley que regula los centros de asistencia social y las adopciones estatales							x																															
Tipo de adopción																																						
Plena	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x			
Plena y Simple																																						
Edad mínima																																						
18 años																																						
21 años																																						
25 años																																						
28 años																																						
30 años																																						
Edad máxima																																						
No establece																																						
65 años																																						
60 años																																						
50 años																																						
Diferencia de edad																																						
25 años																																						
20 años																																						
18 años																																						
17 años																																						
15 años																																						
10 años																																						

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 3. Referencias legislativas y normativas en materia de adopción en México

Constitucional y tratados internacionales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4º.
- Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada en La Haya el 29 de mayo de 1993.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: artículos 1, 3, 4, 7, 9, 12, 20 y 21.
- ONU, Observación general 14. Sobre el derecho del niño a que interés superior sea una consideración primordial, 2013.
- ONU, Observación general 17. Los derechos del niño (artículo 24), Comité de Derechos Humanos, 1989.

Legislación

- Código Civil del Estado de Aguascalientes: Artículo 413 al 433-F.
- Código Civil para el Estado de Baja California: Artículo 387 al 407.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur: Artículo 410 448.
- Código Civil del Estado de Campeche: Artículo 406 al 426-M.
- Código Civil para el Distrito Federal: Artículo 390 al 410 F.
- Código Civil para el Estado de Colima: Artículo 390 al 410 Y.
- Código Civil para el Estado de Guanajuato: Artículo 446 al 464-K.
- Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero: Artículo 554 al 588 Bis.
- Código Civil del Estado de Jalisco: Artículo 520 al 554.
- Código Civil para el Estado de Nayarit: Artículo 382 al 402 N.
- Código Civil para el Estado de Nuevo León: Artículo 390 al 410 Bis VII.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla: Artículo 578 al 596.
- Código Civil del Estado de Querétaro: Artículo 377 al 405.
- Código Civil para el Estado de Tabasco: Artículo 92 y 381 al 403.
- Ley para la Familia del Estado de Hidalgo: Artículo 203 al 214.
- Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos: Artículo 360 al 374.
- Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí: Artículo 247 al 267.
- Código Familiar del Estado de Sinaloa: Artículo 311 al 346.
- Código de Familia para el Estado de Sonora: Artículo 269 al 307.
- Código de Familia para el Estado de Yucatán: Artículo 368 al 408.
- Código Familiar del Estado de Zacatecas: Artículo 351 al 369 Quintus.
- Ley de Adopción para el Estado de Chiapas: Artículo 8 al 14 y 20 al 23.

- Ley de Adopciones del Estado de Chihuahua: Artículos 25, 26, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40.
- Ley de Adopciones y Acogimiento Familiar para el Estado de Coahuila de Zaragoza: Artículo 24 al 30 y artículos 36, 37, 58 y 59.
- Ley de Adopciones para el Estado de Durango: Artículo 6 al 19 y artículo 46 al 58.
- Ley que regula los Centros de Asistencia Social y las Adopciones en el Estado de México: Artículo 54 al 62.
- Ley de Adopción del Estado de Michoacán de Ocampo: Artículo 10 al 13 y artículo 35 al 46.
- Ley de Adopciones del Estado de Oaxaca: Artículo 12 al 17 y artículo 29 al 36, 38 y 39.
- Ley de Adopción del Estado de Quintana Roo: Artículo 15 al 23.
- Ley de Adopciones para el Estado de Tamaulipas: Artículo 8 al 15 y artículo 43 al 47.
- Ley de Adopciones para el Estado de Tlaxcala: Artículos 6, 7, 30, 31 y 32.
- Ley de Adopciones para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave: Artículo 6 al 13 y artículo 38 al 42.
- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal.
- Ley de Relaciones Familiares de 1917 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de abril de 1917.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: artículos 1, 4 fracción VI y XV, 19, 30, 30 bis 1, 30 bis 2, 30 bis 6 y 30 bis 9.

Normatividad

- Lineamientos en Materia de Adopción del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2016: artículos 3, 12, 14, 20, 21, 22 y 36.

Cuadro 4. Referencias jurisprudenciales en materia de adopción en México

Suprema Corte de Justicia de la Nación

- Pleno, sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 17/2011, 5 de febrero de 2013 (sobre diferencia entre hijos naturales y adoptados, así como NNA en situación de desamparo).
- Pleno, sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 17/2011, 5 de febrero de 2013 (sobre régimen diferenciado entre hijos naturales y adoptados, así como limitaciones en el proceso de adopción).
- Pleno, sentencia recaída a la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010 (sobre los alcances de la adopción por parejas del mismo sexo).

- Pleno, sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015 (sobre las sociedades de convivencia y adopción).
- Primera Sala, sentencia recaída a la Contradicción de tesis 60/2008, 25 de febrero de 2009 (sobre los juicios de nulidad del procedimiento de adopción).
- Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 348/2012, 5 de diciembre de 2012 (sobre adopción, pérdida de patria potestad e interés superior de la niñez).
- Primera Sala, sentencia recaída al Amparo en Revisión 704/2014, 18 de marzo de 2015 (sobre el interés legítimo para el matrimonio entre personas del mismo sexo).
- Segunda Sala, sentencia recaída al amparo en revisión 203/2016, 9 de noviembre de 2016.
- Segunda Sala, sentencia recaída al Amparo en Revisión 800/2017, 29 de noviembre de 2017 (sobre los tipos de familia y la idoneidad de los adoptantes).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH, Caso Forneron e hija Vs. Argentina. “Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012”, Serie C No. 242, disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf (sobre el derecho a la identidad).
- Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala, “Sentencia de 9 de marzo de 2018”.

Bibliografía

Adoption and Children Act, 2002

Gallegos Pérez, N., *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*, México, UJA, 2006.

González Martín, N., *Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.

Ley de Adopción británica.

López Hernández, E., “Las reformas al Libro Primero del Código Civil del Distrito Federal”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, núm. 3, 2001.

Martínez García, C. “Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia”, España, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016.

Oliva Gómez, E. y Villa Guardiola, V. J., “La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: retos y compromisos a cumplir”, en Oliva Gómez, E., et al; *Temas selectos 4, Hacia el Ámbito del Derecho Familiar*, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2017.

Treviño Fernández, S., et al., *Adopción, Cuadernos de jurisprudencia núm. 3*, México, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

UNICEF, Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. Informe sobre su costo y propuestas para su fortalecimiento, México, 2019.

Vallet de Goytisoló, J., “Las instituciones jurídicas”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, No. 1., 2002.

UNIDAD 3.
BIOÉTICA, BIODERECHO
Y FAMILIA

Bioética, bioderecho y familia

Pauline Capdevielle
María de Jesús Medina Arellano

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN; B. BIOÉTICA Y BIODERECHO; C. REPRODUCCIÓN Y FAMILIA; I. El estatus moral de etapas tempranas del embrión humano; II. El derecho al aborto; III. La fecundación in vitro; VI. La gestación subrogada; V. Donación de gametos (óvulos y espermatozoides): implicaciones en materia de filiación; D. FINAL DE LA VIDA; E. CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE BIOÉTICA Y DE RECHOS HUMANOS; F. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el derecho de familia está transitando por un cambio de paradigma, al dejar progresivamente el modelo tradicional basado en la codificación y consolidarse desde una perspectiva de derechos humanos. En este nuevo marco analítico, la reflexión bioética aparece fundamental para examinar los nuevos retos y dilemas generados por los avances acelerados de las biotecnologías, que afectan directamente las dinámicas familiares.

Pensar la bioética en el marco del derecho familiar nos obliga a repensar el concepto mismo de familia, entendido desde la diversidad y la inclusión como el conjunto de personas que comparten lazos de solidaridad y afecto, ya sea en el marco de esquemas tradicionales, de familias ensambladas o reconstruidas o parentalidades de la diversidad sexo-genérica, por mencionar algunos ejemplos. Desde esta perspectiva, la familia se entiende como una entidad con dinámica y esfera de autonomía propias, pero también desde la individualidad de las personas que la componen, un aspecto fundamental para abordar algunas temáticas de alto contenido moral que se desarrollan a continuación.

Este capítulo está construido a partir de tres ejes de reflexión. El primero se enfoca en cuestiones conceptuales, a partir de las nociones de bioética y bioderecho, las cuales nos parecen fundamentales para entender los principios y derechos básicos que están en juego en el examen de las situaciones concretas. El segundo se refiere a la reproducción (incluyendo la decisión de no tener descendencia), y analiza diferentes temáticas apremiantes, ta-

les como el estatuto moral y jurídico del embrión humano en sus etapas tempranas, el derecho al aborto, las técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada y la donación de gametos. El tercero se enfoca en la cuestión del final de la vida; hace hincapié en la autonomía de las personas. Finalmente, a modo de conclusión, se presenta una tabla de los principales instrumentos normativos en el ámbito internacional en materia de bioética, los cuales pueden servir de guía para apoyar criterios argumentales y así problematizar la reflexión en torno a los dilemas bioéticos contemporáneos en cuestiones familiares.

B. BIOÉTICA Y BIODERECHO

Desde la perspectiva biomédica, es considerada como la piedra fundacional de la bioética moderna, entendida ésta como “El estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado sanitario, en cuanto que tal conducta se examina a la luz de los valores y principios sociales”.¹

Las cuestiones relacionadas con la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, el sexo y la reproducción siempre han estado en el centro de las preocupaciones humanas, aunque, por mucho tiempo, dichas reflexiones pertenecieron al coto cerrado y exclusivo de los teólogos;² sin embargo, a partir de la década de 1970 surge y se consolida una nueva disciplina que busca sistematizar y combinar los cuestionamientos éticos y valores humanos con el conocimiento biológico, acercamiento que recibe el nombre de bioética y cuyo objetivo es alcanzar un conocimiento integral del ser humano y de su entorno.³

La bioética es por esencia interdisciplinaria, al nutrirse de las aportaciones de las ciencias de la vida —la biología, la química, la medicina, la ecología—, y de las humanidades —la filosofía, la sociología, el derecho, la

1 Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of biomedical ethics*, 6a ed., EUA, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

2 Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética laica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 9.

3 Van Rensselaer Potter, en su libro *Bioethics: Bridge to the Future* publicado en 1971 desarrolló el concepto como disciplina que pretende ofrecer una hoja de ruta para el futuro en el marco de la crisis individual, social y medioambiental de las sociedades postindustriales, a partir de una comprensión global de la naturaleza humana y el mundo que la rodeada, entendiendo la bioética como ciencia de la supervivencia de la especie humana. Véase Potter, Van Rensselaer, *Bioethics: Bridge to the Future*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1971.

antropología—, para mencionar algunas. Se presenta como una disciplina en constante movimiento, que busca evolucionar a la par de los progresos científicos y tecnológicos y de la reflexión moral en contexto de pluralismo. De esta manera, es la herramienta idónea para examinar casos emergentes, los cuales se presentan como situaciones que no eran previstas ni por la ciencia ni por el derecho —piénsese por ejemplo en el diagnóstico genético embrionario prenatal, la gestación subrogada o la edición del genoma humano—.⁴ Pero también lo es para reflexionar en casos persistentes que pueden ser objeto de miradas diferentes, especialmente, a partir de nuevas narrativas, por ejemplo, la de derechos humanos, la perspectiva de género o la interseccionalidad.

En la actualidad, la propuesta bioética que goza de mayor aceptación es sin duda la bioética principalista, la cual vino, en buena medida, a sustituir la tradición hipocrática, que arrastraba problemas irresueltos en algunas temáticas vinculadas con la privacidad, la justicia, el concepto de daño, o la responsabilidad colectiva.⁵ En cambio, este acercamiento basado en la articulación de diferentes principios parte de la idea de que las visiones tradicionales basadas en la beneficencia deben ser reorientadas hacia modelos sustentados en el principio de autonomía, integrados a un amplio conjunto de preocupaciones sociales que han de ser examinados bajo la lupa de la justicia. De esta manera, la bioética principalista se basa en cuatro elementos que interactúan entre sí.

El principio de autonomía. Se inscribe plenamente en la tradición liberal y postula la facultad y la libertad de todas las personas de autogobernarse, sin injerencia de terceros. Implica el derecho a tener y vivir conforme con los propios valores y creencias, y de tomar decisiones trascendentales sobre la vida y salud, sin coacción, violencia o discriminación. Derivado del principio de autonomía, el consentimiento informado incluye el derecho de las pacientes y los pacientes de aceptar libremente un tratamiento, y la obligación del personal de salud de proveer la información pertinente, clara y veraz, además de acompañarles en la toma de decisión.⁶

4 Véase Medina Arellano, María de Jesús (coord.), *Manual de Bioética y Bioderecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.

5 Beauchamp, Tom L., “The ‘Four Principles’ Approach to Health Care Ethics”, en Ashcroft, Richard, Dawson Angus, Draper, Heather y Mcmillan, John, *Principles of Health Care Ethics*, 2a ed., Chichester, John Wiley & Son, 2007, p. 3.

6 Sobre este tema, Cancino Marentes, Martha Edith, Gascón Cervantes, Amelia, Gónzora Maas, Juan Jesús y Medina Arellano, María de Jesús, *Consentimiento informado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho, 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6009/4.pdf>.

El principio de no maleficencia. Recupera la idea clásica de que el cuerpo médico debe evitar causarles daño a las pacientes y los pacientes, concretamente, no matar, no causar sufrimiento, no incapacitar, no privar del placer, no engañar y no romper promesas, ya sea de forma intencional o por negligencia.⁷

El principio de beneficencia. Considerado como la otra cara del principio de no maleficencia, exige esforzarse por encontrar un equilibrio entre riesgos y beneficios. Expresa la obligación para el personal de salud de proveer asistencia a las personas y de perseguir sus intereses legítimos; pero tiene también una dimensión social, que busca maximizar los beneficios para la sociedad cuando están en juego aspectos individuales y sociales de la medicina.⁸

El principio de justicia. Permite enfatizar la cuestión de la distribución de bienes y cargas en la sociedad, a partir de la clásica idea de que los casos iguales han de ser tratados de la misma manera, y los que no lo son, de manera diferente.⁹ La propuesta principialista ha puesto la cuestión de la justicia en el centro de la bioética, tanto en el aspecto individual como social, haciendo hincapié en la repartición equitativa de los derechos, beneficios, responsabilidades y riesgos en sociedad.¹⁰

Ahora bien, consideramos en este trabajo que es importante hacer hincapié en otro principio que contribuye a fortalecer una bioética genuinamente incluyente y respetuosa de la diversidad. Remite a su carácter laico, el cual, de acuerdo con parte de la doctrina, se presenta como consustancial a su naturaleza. Siguiendo esta línea analítica, la bioética, entendida como una disciplina basada en la duda metodológica y en la argumentación razonable, es necesariamente antidogmática, al rechazar la imposición de verdades que se presentan como absolutas e intocables. Reconoce plenamente la libertad de conciencia y de religión como expresiones del principio de autonomía de las personas, pero considera que las creencias religiosas no pueden servir de guía

7 Beauchamp, Tom L., “The ‘Four Principles’...”, *op. cit.*

8 *Idem.*

9 *Idem.*

10 Hincapié Sánchez, Jennifer y Medina Arellano, María de Jesús, *Bioética: Teoría y principios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho, 2019, p. 15. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6006/1.pdf>.

en la adopción de normas colectivas en el marco de sociedades plurales, y menos aún vulnerar el pleno goce de los derechos humanos de las personas.¹¹

Si bien nuestra postura es que la bioética es intrínsecamente laica, nos parece importante insistir en esta característica debido al surgimiento y consolidación, en las últimas décadas, de una bioética de corte religioso, denominada personalista. La bioética personalista católica surgió en la década de 1980, y fue objeto de un importante esfuerzo de difusión en la década siguiente, como reacción a los avances del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito internacional. Así fue como Juan Pablo II creó, en 1994, la Pontificia Academia para la Vida, cuyo objetivo es defender y promover una cultura de la vida mediante el estudio y la difusión de una reflexión que busque conciliar fe y ciencia. La bioética personalista católica entiende a la persona como la unidad entre el cuerpo y el espíritu, y confía en la capacidad de los seres humanos de conocer la dimensión trascendente y metafísica de la existencia, basándose en la revelación cristiana.¹² Asimismo, esta postura bioética tiene como principio nuclear la sacralidad de la vida humana desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, rechazando tajantemente la elección del aborto y de la eutanasia, pero también algunos otros procedimientos tales como la fecundación *in vitro* o la investigación con embriones humanos. Si bien estas posturas han de ser reconocidas como una opción legítima para las y los creyentes, reiteramos que no pueden servir de base coercitiva en el marco de una sociedad plural e incluyente. Cabe mencionar, al respecto, que un acercamiento laico no implica una bioética sin límites, sino simplemente que la delimitación de lo aceptable o inaceptable se traza mediante un esfuerzo de diálogo constante, argumentado, interdisciplinario, basado en la evidencia científica y encauzado a la promoción y respeto de la autonomía de las personas e igualdad de respeto de todos los planes de vida.

Ahora bien, cuando la bioética pone bajo la lupa las cuestiones relacionadas con la regulación de las conductas y la solución de los conflictos, se utiliza el concepto de bioderecho, siendo éste la expresión normativa de la bioética, en cuanto estudia y pretende resolver los dilemas de alto contenido moral relacionados con la vida en general, y con la vida humana en

11 Véase el prólogo de la obra: Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

12 Carbonelli, Marcos, Irrazábal, Gabriela, “Católicos y evangélicos: ¿Alianzas religiosas en el campo de la bioética Argentina?”, *Nómadas*, núm. 26, 2010, pp. 269-284.

particular. Sin duda alguna, el bioderecho se ha tornado imprescindible en la actualidad para responder a los nuevos desafíos nacidos de la revolución científica y tecnológica iniciada en el siglo XX, debiendo transitar un camino de ida y vuelta entre lo biológico y lo jurídico.¹³ La compleja y constante evolución de las posibilidades científicas exige la actualización de las pautas legales, así como un marco jurídico flexible y evolutivo.

Erik Valdés insiste en la vinculatoriedad como el elemento que distingue entre la bioética y el bioderecho; define el segundo como

el derecho aplicado al ámbito biomédico, capaz, entre otras cosas, de abrir nuevos plexos normativos, identificar nuevas categorías de daños antijurídicos, dotar de valor constitucional a nuevos derechos subjetivos individuales “bioderechos”, y posibilitar la emergencia de mayor certeza jurídica en el ámbito regulatorio de la biomedicina. Desde una perspectiva más acotada, el bioderecho representa un modelo y enfoque, legalmente vinculante, aplicado a la especificidad de los conflictos jurídicos de la biomedicina, que identifica y define principios y reglas, de rango constitucional, que sirven de base para legislar y regular las prácticas biomédicas, y sancionar el abuso y mala utilización de ellas.¹⁴

El bioderecho se ha de nutrir de los avances del constitucionalismo, el cual sirve de marco de reflexión y de vigilancia de los avances de la biotecnología moderna, creando un puente entre los diferentes principios bioéticos y los derechos humanos, entendidos a la vez como derechos exigibles y como principios éticos normativos encaminados hacia la libertad, igualdad y justicia.¹⁵ De esta manera, los derechos humanos permiten una integración entre las disciplinas, enfatizando una serie de libertades y garantías que no puede pasar por alto la reflexión biomédica: el derecho a la vida, a la salud, a la integridad del cuerpo, a la información, a la libertad de conciencia, de religión y el libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía sexual y reproductiva, a beneficiarse de los progresos científicos y el acceso a la atención óptima de la salud, incluida una muerte digna.

13 Mendoza Cárdenas, Héctor, “Bioderecho y derechos humanos: principios fundamentales”, en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p. 41.

14 Valdés, Erick y Puentes, Laura Victoria, “El bioderecho y sus aportes a los ordenamientos jurídicos colombiano e interamericano. A propósito de una decisión peligrosa de la Corte Constitucional y su coincidencia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L., núm. 153, septiembre-diciembre, 2018, p. 678.

15 *Idem*.

C. REPRODUCCIÓN Y FAMILIA

La cuestión reproductiva se presenta como un elemento central en la reflexión en torno a la familia, ya sea en su vertiente positiva o negativa, es decir, elegir tener descendencia o, al contrario, optar por no hacerlo. Desde la bioética y el bioderecho, diferentes problemáticas nos parecen particularmente relevantes, entre las cuales destacan el estatus moral y jurídico de etapas tempranas de la vida (cigoto, blastocito, embrión y feto, de acuerdo con la embriología),¹⁶ el derecho al aborto, las tecnologías de la reproducción humana asistida, la gestación subrogada y la cuestión de la donación de gametos desde la perspectiva de la filiación.

I. *El estatus moral de etapas tempranas del embrión humano*

La discusión en torno al estatus moral del embrión humano es compleja y asume muchas aristas. Presentamos, a continuación, dos visiones en torno a ésta. La primera se basa en una bioética de corte confesional,¹⁷ aunque, de acuerdo con sus promotores, el argumento teológico no es necesario para sostener la tesis de acuerdo con la cual el embrión es una persona desde el momento de la concepción. La segunda se apoya en un acercamiento desde la ciencia al estatus moral del embrión en desarrollo.

Unos de los mayores exponentes de la tesis del embrión como persona desde la concepción son Robert George y Christopher Tollefen,¹⁸ cuya postura se inscribe en la tradición de la nueva ley natural. Ellos sostienen que el embrión, desde sus etapas más tempranas, es “un único, unificado y autointegrado sistema biológico”, siendo estas características la base de su

16 Véase Medina Arellano, María de Jesús y Téllez Girón García María Fernanda, *Inicio de la vida y aborto*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho, 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6011/6.pdf>.

17 Es importante mencionar que existen diferentes voces en la tradición católica respecto al estatus moral del feto. Algunas consideran que el embrión no es una persona en las etapas más tempranas de desarrollo, abriendo la posibilidad de donarlos a fines de investigaciones que pudieran contribuir a salvar vidas y mejorar el bienestar humano. *Ibidem*, p. 15.

18 Sobre las diferentes posturas en torno al aborto, véase Mayans Hermida, Itzel, *La controversia del aborto desde la razón pública*, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México/Conacyt/Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, 2019.

dignidad esencial.¹⁹ Lo anterior significa que al reunirse los gametos femenino y masculino surge un nuevo ser cuyo material genético es radicalmente diferente al de sus genitores, lo que le permite desarrollarse desde adentro, de la concepción hasta el nacimiento, y posteriormente en la niñez, adultez y vejez. Desde esta perspectiva, no existen rupturas entre los diferentes estadios de su desarrollo, y establecer categorías al respecto es discriminatorio e ilícito: la persona humana tiene un derecho absoluto a la vida desde la concepción hasta la muerte natural.

Desde la biología y la genética, la visión gradualista en torno al valor de la vida es la de mayor consenso, y permite reconciliar la evidencia empírica con la intuición moral en cuanto a la idea de gradualidad de la valoración de la vida humana.²⁰ Asimismo, busca encontrar evidencias y referencias en el continuo desarrollo embrionario, que dan pistas en torno a las actitudes que pueden asumirse ante algunas cuestiones como la investigación con células troncales embrionarias, la interrupción del embarazo, alteraciones genéticas graves e incurables, y las técnicas de reproducción asistida. Por ejemplo, desde la genética y la embriología, se cuenta con evidencia de un número alto de pérdidas de cigotos, ya que se considera que de cada 100 ovocitos fecundados (cigotos) aproximadamente 40 se pierden antes de la primera menstruación, y 15 en los tres primeros meses de gestación; es decir, un porcentaje no mayor a 20% de los cigotos llegan a ser fetos viables que pudieran llegar a nacer. Lo anterior rompe con el esencialismo de la postura que personaliza el embrión desde el mismo momento de la fecundación.²¹ Desde la neurobiología, el ser humano se entiende como el resultado de un proceso que desemboca en la autonomía fisiológica, es decir, la viabilidad fuera del útero de la persona y la madurez del sistema nervioso, el cual ha de contar con la estructura y funcionalidad para percibir los estímulos sensoriales, experimentar el dolor y adquirir niveles de conciencia y autonomía.²² De esta manera, se entiende que el embarazo no es un acto, sino un proceso

19 George, Robert P. y Tollefsen, Christopher, *Embrión: A Defense of Human Life*, Nueva York, Doubleday Editions, 2001.

20 Álvarez-Díaz, Jorge Alberto, “El estatus del embrión humano desde el gradualismo”, *Gaceta Médica de México*, México, vol. 143, núm. 3, 2007, p. 271.

21 Cfr. Grether, Patricia, “Un cigoto no es una persona”, *Nexos*, 1 de junio 2019. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=42692>. Véase también Tapia, Ricardo, 2009, *Aspectos genómicos y neurobiológicos de la formación de la persona durante el desarrollo intrauterino*, México, Grupo de Información y Reproducción Elegida (GIRE).

22 Piekarewicz Sigal, Mina, “Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina”, *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 33, 2015. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000100002.

durante el cual pueden identificarse diferentes fases,²³ las cuales, a su vez, permiten entender el embrión humano no como una persona titular de derechos absolutos, sino como un bien jurídico valioso, cuya protección ha de ponderarse con ajustes razonables en relación a los derechos a la vida, salud y reproducción de las mujeres y de las personas gestantes.²⁴

II. *El derecho al aborto*

Hasta hace poco, el aborto se abordaba en México a partir del derecho penal en las legislaciones estatales, siendo dicha materia un tema de competencia local; sin embargo, en los últimos años, la problemática ha conocido un cambio de paradigma, pasando de un enfoque punitivo a uno basado en los derechos humanos y en el reconocimiento de la autonomía de las personas en cuestiones relacionadas con su sexualidad y reproducción. Como es sabido, en México el primer antecedente fue la adopción, en Ciudad de México, en el año 2000, de una iniciativa de ley que legalizaba el aborto en casos en que el feto tuviera alguna malformación congénita o cuando el embarazo constituyera un riesgo para la salud o vida de la mujer (Ley Robles). En la misma entidad, en 2007 se logró la despenalización del aborto en las 12 primeras semanas a petición de la mujer, y empezó a ofrecerse el servicio en las instituciones públicas de salud.²⁵

Durante 12 años, la Ciudad de México se mantuvo como la única entidad federativa en la que la decisión de terminar con un embarazo se articulaba como un derecho, siendo profundamente problemática la situación de desigualdad jurídica que padecían las mexicanas según su lugar de residencia.²⁶ En los demás estados de la república, el aborto se consideraba un delito, situación agravada por la adopción, en más de la mitad de las constituciones locales, de cláusulas que protegían la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. Las causales de exclusión de responsabilidad variaban de una entidad federativa a la otra, siendo el único en común el aborto no punible en caso de violación, derecho respaldado por

23 *Idem.*

24 *Idem.*

25 Grupo de Información en Reproducción Elegida, *El proceso de despenalización del aborto en la Ciudad de México*, México, Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., 2008.

26 Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Aborto Legal y Seguro*, Grupo de Información en Reproducción Elegida, s.a.. Disponible en: <http://informe.gire.org.mx/caps/cap1.pdf>, p. 19.

la NOM-046-SSA2-2005. VIOLENCIA FAMILIAR, SEXUAL Y CONTRA LAS MUJERES. CRITERIOS PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN.²⁷ En septiembre de 2019, en Oaxaca se consiguió reformar el Código Penal para permitir la interrupción del embarazo por cualquier causa durante las 12 primeras semanas de gestación; sin embargo, no existen, a la fecha, lineamientos que organicen la prestación del servicio en instituciones públicas de salud.²⁸ En julio de 2021, Hidalgo se convirtió en el tercer estado en legalizar el aborto durante el primer trimestre de embarazo, al reformar los artículos 154, 155, 156 y 157 del Código Penal y al adicionar disposiciones en su Ley de Salud.²⁹

En septiembre de 2021, dos sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación marcaron un parteaguas en materia de interrupción legal de embarazo en México. La primera resolvió la acción de inconstitucionalidad 148/2017, activada en contra de diferentes artículos del Código Penal del Estado de Coahuila³⁰ que castigaban con penas de cárcel a mujeres encontradas culpables de haber abortado de forma intencional. Movilizando una

27 Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. *Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención*, México, 16 abril 2009. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/DocTR/2016/JUR/A70/01/JUR-20170331-NOR19.pdf>.

28 Centro de Estudios de las Mujeres y Paridad de Género, *Interrupción legal del embarazo, a un año de su despenalización en el Estado de Oaxaca*, México, Centro de Estudios de las Mujeres y Paridad de Género / Gobierno Constitucional del Estado de Oaxaca. Poder Legislativo. LXIV Legislatura, 2020. Disponible en: https://docs64.congreso-oaxaca.gob.mx/centros-estudios/CEMPAG/estudio/Interrupcion_legal_del_embarazo_a_1_de_su_despenalizacion.pdf

29 Estado Libre y Soberano de Hidalgo, “Decreto Número 728 que reforma los artículos 154, 155, 156 y 158 y deroga el artículo 157 del Código Penal para el Estado de Hidalgo; se reforma la denominación del Capítulo XII del título tercero y los artículos 97, 98, 99 y 100 y adiciona la fracción III del apartado A del artículo 3 y el artículo 5 ter la Ley de Salud para el Estado de Hidalgo”, *Periódico Oficial del Estado de Hidalgo*, Pachuca de Soto, tomo CLIV, alcance 7, núm. 27, 06 julio 2021. Disponible en: https://periodico.hidalgo.gob.mx/?tribe_events=Periodico-Oficial-Alcance-7-del-06-de-julio-de-2021.

30 Los artículos impugnados fueron el 13, apartado A; 195; 196, y 224, fracción II, del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza. Nos parece importante destacar la impugnación de este último artículo, por la entonces Procuraduría General de la República, bajo el argumento de que establecer una penalidad menor para el caso de la violación entre cónyuges y el de la violación en general, viola los principios de igualdad y no discriminación; la Suprema Corte encontró fundado el concepto de invalidez contra este artículo, al considerar, entre otras cosas, que se generaba un “trato discriminatorio entre situaciones análogas”. Véase Acción de inconstitucionalidad 148/2017, párrs. 1 y 322. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf.

perspectiva de género, la Corte se propuso analizar el contenido del derecho de las mujeres a decidir sobre su cuerpo, el cual, afirmó, resulta de la convergencia de diferentes derechos constitucionalmente protegidos, entre los que resaltan la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, la igualdad jurídica, el derecho a la salud (psicológica y física) y la libertad reproductiva.³¹ Las ministras y los ministros destacaron la necesaria relación entre maternidad y voluntad—la segunda es la condición de la dignidad y autonomía de las mujeres, y la posibilidad de elegir sin injerencias paternalistas—³² y afirmaron que el reconocimiento de las mujeres como sujetas de derecho es incompatible con la imposición de roles tradicionales en torno a la maternidad.

Igualmente, la sentencia subrayó que el derecho a decidir es una exigencia de la laicidad, entendida como un proyecto de emancipación intelectual en contra de la imposición de dogmas y creencias religiosas³³. Respecto a la cuestión de la vida prenatal, las ministras y los ministros argumentaron que si bien el no nacido no es titular de derechos humanos, es considerado como un bien jurídico merecedor de protección, la cual incrementa con el tiempo de gestación.³⁴ Sobre esta base, y a partir de un ejercicio de ponderación entre el derecho a decidir y la protección de la vida prenatal, se deriva el derecho de las mujeres y de las personas gestantes a terminar un embarazo en un breve plazo cercano a la implantación en el útero del óvulo fecundado y se concluye que la criminalización de las personas que hacen uso de su derecho a decidir es contraria a los derechos humanos plasmados en la Constitución y tratados internacionales firmados por México.

La segunda sentencia, resuelta por la Corte el 9 de septiembre de 2021, era relativa a la acción de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018³⁵ y vertía sobre la constitucionalidad del artículo 4º bis de la Constitución del estado de Sinaloa, el cual protege la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. En este fallo, la Corte volvió a enfatizar los valores de dignidad, autonomía, derechos humanos, igualdad y democracia como fuentes del reconocimiento de las mujeres y personas gestantes

31 *Ibidem*, párr. 52.

32 *Ibidem*, párrs. 72-73.

33 *Ibidem*, párrs. 74-79.

34 *Ibidem*, párr. 191

35 Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2021-08/AI%20106-2018%20y%20acumulada%20107-2018.pdf.

como sujetas de derecho.³⁶ También, fue contundente en recordar que las legislaturas locales no tienen derecho a menoscabar o limitar los derechos humanos reconocidos en la Constitución federal, subrayando, al respecto, que el derecho a decidir es parte de una esfera de privacidad que no debe traspasar las autoridades, las cuales han de limitarse a facilitar la consecución de los planes de vida.³⁷ Acordar la misma protección al embrión humano que a las mujeres, resaltaron las ministras y los ministros, trastoca el orden constitucional y los valores de un Estado laico, plural y democrático.³⁸ De esta manera, se declaró la invalidez del artículo impugnado, y este criterio es obligatorio para todas las juezas y todos los jueces del país. A estas dos sentencias es menester agregar la discusión de la Corte en torno a la objeción de conciencia, identificada como uno de los principales obstáculos para acceder al procedimiento de aborto, en un país que cuenta con aproximadamente 90% de médicos y personal de salud objetores.³⁹ Las ministras y los ministros consideraron que si bien la objeción de conciencia deriva de la libertad de conciencia y de religión, ha de contar con una serie de limitantes orientadas a contener el fenómeno y a responsabilizar las autoridades sanitarias en tener siempre disponible personal no objetor, y de no ser el caso, contar con protocolos de atención para atender a las pacientes en otras unidades de salud.⁴⁰

III. La fecundación *in vitro*

El desarrollo de la técnica de la fecundación *in vitro* (FIV) ha supuesto una opción reproductiva para las personas que no han logrado tener descendencia genéticamente vinculada, ya sea por condiciones de esterilidad o

36 *Ibidem*, párr. 101.

37 *Ibidem*, párr. 102.

38 *Ibidem*, párr. 106.

39 La falta de certeza en torno al número de objetores de conciencia en el sistema público de salud contribuye, sin duda alguna, a la problemática y la inseguridad jurídica para las usuarias. Gustavo Ortiz Millán refiere que, tras la despenalización del aborto en Ciudad de México en 2007, alrededor de 90% de los médicos y personal de salud de los hospitales públicos se rehusaron a participar en el procedimiento. Véase Ortiz Millán, Gustavo, “Aborto y objeción de conciencia”, en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p. 265. Es probable que la cifra sea más alta en otros estados, en lugares donde la presión cultural y religiosa es más fuerte.

40 Suprema Corte de Justicia de la Nación, “La SCJN invalida precepto de la Ley General de Salud...”, *op. cit.*

de circunstancias laborales de postergación de la reproducción y situaciones sociales diversas, coadyuvando transversalmente a la no discriminación de personas solteras, trans, parejas heterosexuales y del mismo sexo unidas en familia. Sin embargo, el acceso efectivo a dicha técnica dista de ser una realidad para todas las personas, debido a obstáculos de diferentes niveles, en particular, la condición socioeconómica,⁴¹ puesto que, aunque México es el tercer país en América Latina de nacimientos por medio de la reproducción humana asistida después de Brasil y Argentina, el acceso mayormente se da en clínicas privadas.⁴²

La disputa en torno al estatus moral del embrión y la influencia de posturas dogmáticas⁴³ también han contribuido a obstaculizar el acceso a las FIV, como en el caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica*⁴⁴ resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012. En éste, el tribunal interamericano debía analizar la convencionalidad de una decisión de la Corte Suprema de Costa Rica de 2000 que prohibió dicha técnica en el país, al considerar que vulneraba el derecho a la vida de los embriones debido a la alta tasa de pérdida embrionaria que conllevaría el proceso. La Corte Interamericana determinó que el Estado costarricense había vulnerado los derechos de las parejas con condición de infertilidad, con base en los argumentos presentados a continuación.

En primer lugar, reconoció que las personas son titulares de derechos reproductivos, los cuales se sustentan en el derecho a la vida privada y familiar,

41 Véase Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *El Camino Hacia la Justicia Reproductiva: Una Década de Avances y Pendientes 2010-2021*, 2021. Disponible en: https://unadecadajusticiareproductiva.gire.org.mx/wp-content/uploads/2021/11/GIRE_INFORME_2021.pdf.

42 Cano Valle, Fernando y Esparza Pérez, Rosa Verónica, “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida”, *Boletín Mexicano de. Derecho Comparado*, México, vol. 51, núm. 151, 2018, pp. 13-50.

43 La postura católica rechaza cualquier técnica que persiga la procreación fuera del contexto matrimonial o que no respete la naturaleza propia del acto conyugal, y que implique poner en peligro o dañar la vida de los embriones, congelarlos o producirlos como material biológico disponible ya sea para la investigación o para nuevos intentos de lograr el embarazo. Sobre este tema, Capdevielle, Pauline, “Laicidad y procreación”, en Blancarte Jaber, Francisco, Gómez Ávalos, Julieta, Medina Arellano, María de Jesús y Santillán Doherty, Patricio (coord.), *Ciencia y conciencia. Diálogos y debates sobre derechos humanos: Controversias en bioética*, México, Fontamara, 2017.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

el derecho a la integridad personal con relación a la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los avances del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.⁴⁵ Respecto al artículo 4.1. de la CADH que señala que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”,⁴⁶ la Corte consideró que no debe entenderse la concepción como el momento en que fusiona el óvulo y el espermatozoide, sino cuando el óvulo fecundado se adhiere a la pared uterina, conectándose con el circuito circulatorio de la madre, por lo que no puede haber protección de la vida prenatal fuera del cuerpo gestante.⁴⁷ Sobre el inicio de la vida humana, señaló que se trata de un concepto que no es objeto de consenso, ya que puede entenderse desde diferentes aristas. Sin embargo, fue tajante en afirmar que dotar a los embriones de características metafísicas tiene como consecuencias imponer creencias a personas que no las comparten,⁴⁸ algo que se advierte problemático desde la teoría de los derechos humanos y el principio de laicidad. En un mismo sentido, consideró que no existe, en el derecho internacional, voluntad explícita de los redactores de asimilar el *nasciturus* a una persona titular de derechos, ni tendencia alguna en el derecho comparado en prohibir las FIV.⁴⁹ Así, la Corte concluyó que la protección absoluta de la vida prenatal es incompatible con la autonomía reproductiva de las personas y con el derecho a la no discriminación, y que se entiende como gradual e incremental, llevándose a cabo mediante el reconocimiento de los derechos de la gestante.⁵⁰

IV. La gestación subrogada

En el ámbito federal, en México no existe regulación alguna sobre las tecnologías de reproducción asistida (TRA) y en particular respecto de

45 *Ibidem*, pp. 43-49.

46 *Ibidem*, párr. 175.

47 *Ibidem*, párrs. 180 y 186.

48 *Ibidem*, párr. 185.

49 Véase Mendoza Cárdenas, Héctor, “¿Embrión o persona humana? El caso de México”, *Revista de Bioética y Derecho*, Universitat de Barcelona, núm. 11, septiembre, 2007, pp. 3-10. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/783/78339711002.pdf>.

50 Véase Brena, Ingrid, “La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (comps.), *Estado constitucional, Derechos Humanos, justicia y vida universitaria*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015. Disponible en: <https://cutt.ly/whktTWO>.

la gestación subrogada, entendida como el contrato mediante el cual una mujer acepta gestar y entregar un bebé a una persona o una pareja que tiene la intención de fungir como padre o madre.⁵¹ Debido a esta carencia normativa, ha surgido el llamado turismo reproductivo;⁵² este fenómeno es particularmente importante en los estados de Sinaloa, Tabasco, Quintana Roo y Ciudad de México,⁵³ en donde la normativa permite la gestación subrogada, aunque bajo reglas con contenido discriminatorio, puesto que establece distinciones con base en categorías prohibidas por el marco jurídico constitucional. Esta temática empezó a ser examinada por la Suprema Corte de Justicia, cuyos criterios serán analizados en este apartado.

Al respecto, es importante señalar que el tema tiene aristas constitucionales, familiares, de salud pública, y de género, y es, como ya se señaló, la situación socioeconómica determinante para acceder a la gestación subrogada. En México, se ha documentado la presencia de 89 clínicas públicas y privadas con autorización sanitaria para ofrecer servicios de técnicas de reproducción asistida, de acuerdo con lo reportado en 2016 por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris).⁵⁴ La mayoría de dichas instituciones adolecen de procedimientos, infraestructu-

51 A la fecha se han presentado más de 10 iniciativas en el Congreso de la Unión, ninguna ha llegado a buen puerto. La última iniciativa para modificar la Ley General de Salud fue presentada el 20 de noviembre de 2018 por la senadora Olga Sánchez Cordero, del grupo parlamentario de Morena, véase Iniciativa de la Senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida, México, Senado de la República, 20 noviembre, 2018. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-11-20-1/assets/documentos/Inic_MORENA_Salud_Rep_HA_201118.pdf.

52 El turismo reproductivo, básicamente consiste en el viaje que llevan a cabo personas extranjeras desde su lugar de origen a otras jurisdicciones para acceder a las tecnologías de reproducción humana asistida, mayormente viajan a lugares donde la regulación es laxa o permisiva, sobre todo en temas de gestación subrogada y manipulación genética. Véase Chan, Sarah, Palacios-González, César y Medina Arellano, María de Jesús, “Mitochondrial Replacement Techniques, Scientific Tourism, and the Global Politics of Science”, *The Hastings Center Report*, vol. 47, núm. 5, 2017.

53 Albert, Marta, “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de bioética*, España, vol. 28, núm. 2, 2017, p. 193.

54 Esparza Pérez, Rosa Verónica, “La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México”, *Gaceta Médica de México*, México, vol. 153, núm. 5, 2017, p. 627.

ra y financiamiento,⁵⁵ lo que puede interpretarse como una falta de interés del Legislativo y Ejecutivo federal en la creación de normativa específica acompañada de implementación de políticas públicas en salud con perspectiva de género que garantice la salud reproductiva de toda la población.⁵⁶ Asimismo, aunque exista demanda por parte de las y los derechohabientes en el ámbito público de la salud, ésta no se ve satisfecha.⁵⁷ Respecto al particular tema de la gestación subrogada, dicho procedimiento suele ser llevado a cabo por clínicas privadas, con erogaciones y acuerdos particulares, no vigilados. Lo anterior propicia un panorama de inseguridad para las partes que intervienen,⁵⁸ ya que la práctica muestra que los contratos de gestaciones entre la mujer gestante y las personas que intentan reproducirse genéticamente suelen ser establecidos mediante empresas intermediarias que no siempre brindan los servicios en observancia a la protección de los derechos humanos implicados.⁵⁹

En la materia, la última iniciativa legislativa presentada en 2018 ante el Congreso federal expresa su preocupación por el atraso de México en regular una serie de procedimientos que atañen directamente cuestiones de salud pública.⁶⁰ La intención de dicha propuesta es garantizar el derecho consagrado en el artículo 4º constitucional referente a la libertad reproductiva y el derecho a fundar una familia, y por otra parte, los derechos a beneficiarse del progreso científico y el derecho a la seguridad jurídica, del cual en este momento carecen los profesionales de la salud de estas especialidades.⁶¹ La iniciativa

55 Los hospitales públicos que cuentan con un programa de reproducción asistida son el Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes; el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores; el Hospital Central Sur de Alta Especialidad de Pemex, y el Hospital Materno Perinatal Mónica Pretelini Sáenz. Véase Cano Valle, Fernando y Esparza Pérez, Rosa Verónica, *op. cit.*

56 Álvarez Díaz, Jorge Alberto, “Retos de la bioética en la medicina del siglo XXI”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, Lima, vol. 28, núm. 4, 2011, p. 660.

57 Esparza Pérez, Rosa Verónica, *op. cit.*, pp. 627 y 628.

58 Tesis 1a. LXXVIII/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 980. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017285>.

59 González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 16, 2016, pp. 159-187.

60 Sánchez Cordero Dávila, Olga María del Carmen, *op. cit.*

61 Véase Pabón Mantilla, Ana Patricia, Upegui Toledo, Óscar Andrés, Archila Julio, Jessica Johanna y Otero González, María Angélica, “El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia

se turnó a las comisiones unidas de Salud y de Estudios legislativos, y aún se encuentra pendiente.⁶² Las mayores críticas a la iniciativa provienen de grupos feministas que consideran que la reproducción asistida, en particular la gestación subrogada, es una práctica que pone en peligro los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, se señala que la iniciativa parece ir dirigida y pensada solamente para quienes buscan contratar los medios de reproducción asistida, sin considerar los abusos que pudieran sufrir las personas gestantes.⁶³

En el caso tabasqueño, es menester señalar que el Código Civil de la entidad ha dado un giro político interesante en 2016, cuando fueron derogadas diversas disposiciones en la materia que eran vigentes desde 1997 y se impuso una serie de disposiciones biojurídicas que terminan limitando la autonomía decisional de las mujeres sobre su cuerpo, en términos de gestación subrogada. La nueva normativa civil de 2016 establece que la mujer que esté dispuesta a facilitar su vientre para gestar el embrión de otras personas sólo podrá hacerlo para parejas de nacionalidad mexicana, unidas en matrimonio o concubinato de carácter heterosexual,⁶⁴ condicionando, de esta manera, los cuerpos de las mujeres gestantes, y limitando el acceso de las personas al procedimiento con base en criterios discriminatorios.

El 7 de julio de 2021, después de dos discusiones vía remota del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, a través del sistema de videoconferencias,⁶⁵ se resolvió el estudio de la acción

de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” *Justicia*, Colombia, núm. 31, 2017.

62 Gaceta del Senado, *Gaceta: LXIV/1PPO-51/86270*, México, Gaceta del Senado, 20 noviembre, 2018. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/86270.

63 Sedeño Toxtle, Andrea, “La gestación subrogada en México. Una crítica a la iniciativa de ley de Sánchez Cordero”, *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, 25 julio, 2019. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-gestacion-subrogada-en-mexico-una-critica-a-la-iniciativa-de-ley-de-sanchez-cordero/>

64 Véase Olavarría, María Eugenia, “La gestación para otros en México: diversidad, homoparentalidad y exclusión”, *Cahiers des Amériques latines*, Francia, núm. 88-89, 2018.

65 Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada a distancia el martes 1 de junio de 2021, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-06-01/01062021%20Preliminar.pdf>; así como Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada a distancia el jueves 3 de junio de 2021*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

de inconstitucional 16/2016 promovida por la Procuraduría General de la República en contra de los artículos de la normativa civil de Tabasco. En este fallo, el pleno de la SCJN invalidó diversos artículos del Código Civil tabasqueño, al señalar que los temas de salubridad general y de nuevas tecnologías de reproducción refieren a una problemática de salud pública, que queda fuera de la competencia de las legislaturas locales.⁶⁶ Agregó que las limitaciones adoptadas en 2016 atentan contra los principios de igualdad y no discriminación establecidos en el artículo 1º de la Carta Magna,⁶⁷ debido a que las restricciones sobre la autonomía reproductiva de las mujeres perpetúan estigmas y estereotipos sexuales y reproductivos, además de coartar la autonomía y libertad reproductiva de las personas en razón de sexo, género, estado civil y nacionalidad.

El máximo Tribunal exhortó al Congreso de la Unión a regular con urgencia la materia, incluyendo la prohibición de que se practiquen la venta de niños y niñas, pero abriendo la posibilidad de que las mujeres gestantes obtengan una ayuda económica por su participación. El interés de la Corte es evitar la práctica clandestina y desregulada de estos procedimientos.⁶⁸ Hasta la fecha, el exhorto al Congreso de la Unión ha quedado en letra muerta, y sólo los estados de Tabasco y Sinaloa incluyen alguna clase de regulación en sus ordenamientos, el primero desde 1997 y el segundo desde 2013.⁶⁹

Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-06-03/3%20de%20junio%20de%202021%20-%20Versión%20definitiva.pdf>.

- 66 Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Tribunal pleno declara inconstitucionalidad de normas del Código Civil para el Estado de Tabasco que regulaban, en el marco de un contrato de gestación por subrogación, los casos en que las gestantes podían solicitar la custodia, por no atender al interés superior de la niñez; que exigían el consentimiento del cónyuge o concubino para la firma del contrato relativo, por perpetuar el estereotipo que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma; y que discriminaban a personas solteras y por su orientación sexual”. Comunicado de Prensa No. 158/2021. 3 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6465>, fecha de consulta: 12 de julio de 2021.
- 67 Tesis P/J. 9/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 112. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012594>.
- 68 Vázquez Correa, Lorena, *Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México*, México, Instituto Belisario Domínguez / Senado de la República, Cuaderno de investigación No. 76, 2021. Disponible en: http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/5293/CI_76.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Forbes Staff, “SCJN exhorta al Congreso a regular la gestación subrogada”, *Forbes México*, 07 junio, 2021. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/scjn-exhorta-al-congreso-a-regular-la-gestacion-subrogada/>.
- 69 Forbes Staff, *op. cit.*

V. Donación de gametos (óvulos y espermatozoides): implicaciones en materia de filiación

Como ya se indicó, el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege la autonomía reproductiva como un derecho particular, que responde al reconocimiento de la libertad de las personas para autodeterminarnos en materia de constitución de familias, cuya única restricción debe ser la no afectación a los derechos de terceros. Sin embargo, dado que diversos tópicos relacionados con la familia son considerados por el derecho de orden público, y que existe un interés particular del Estado en proteger a las familias, la legislación mexicana, perpetuando ideas conservadoras, ha impuesto diversas restricciones al ejercicio libre y autónomo de la voluntad en materia reproductiva.⁷⁰ Una de las principales preguntas que abordamos en los siguientes apartados gira en torno a la donación de biomateriales para lograr una reproducción genéticamente vinculada o no, y sus implicaciones en materia de filiación.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en diversas ocasiones que la autonomía de la voluntad —en este caso, la autonomía reproductiva— responde a un derecho humano superior, vinculado con el libre desarrollo de la personalidad.⁷¹ En particular, ha identificado un concepto novedoso en la justicia mexicana, el de *voluntad procreacional*, que es un concepto teórico sobre el cual la academia especializada reflexiona desde la década de 1990. Por ejemplo, John Robertson, en su libro paradigmático titulado *Hijos por elección: Libertad y las nuevas tecnologías reproductivas*,⁷² discute el concepto de libertad procreacional, el cual se abre nuevos horizontes con el avance de las técnicas reproductivas, al dejar de ser el acto sexual el único medio para procrear, con o sin vínculo genético. Asimismo, la pareja que solicite acceder a estas tecnologías posee y expresa una voluntad de constituirse en familia, creando vínculos filiales, en tanto que la mujer que presta su vientre, por este hecho, demuestra que no tiene la voluntad de ser madre o asumir una maternidad, sino de contribuir a que otras personas lo sean,

70 Véase Mendoza Cárdenas, Héctor y Medina Arellano, María de Jesús, *Tecnologías de Reproducción Humana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6013/8a.pdf>.

71 Tesis 1a./J. 28/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, julio de 2015, p. 570. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009591>.

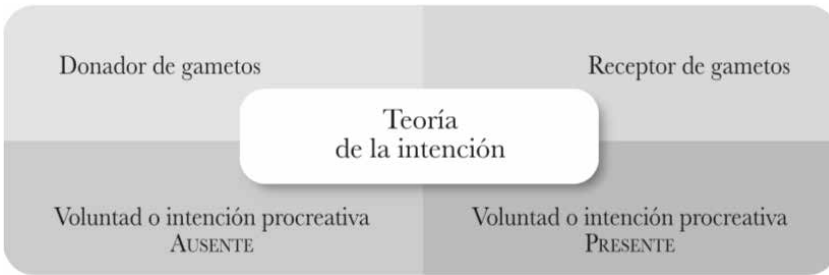
72 *Cfr.* Citado por Mendoza Cárdenas, Héctor y Medina Arellano, María de Jesús, *op. cit.*, p. 51.

facilitando su vientre y su capacidad para gestar. De esta manera, el concepto de voluntad procreacional alude a la intención o no de asumir consecuencias jurídicas cuando el material genético es utilizado.

Como hemos mostrado, las tecnologías de reproducción humana asistida arrojan una serie de problemas relacionados con el entendimiento del inicio de la vida; los cuestionamientos se vuelven aún más álgidos en cuanto implican la donación de gametos para lograr la reproducción, especialmente, tratándose de filiación. Es el caso, por ejemplo, cuando en una pareja heterosexual una mujer no pueda producir óvulos y el varón espermatozoides, por lo que acuden a la donación de gametos. Situaciones similares suceden para personas solteras o parejas del mismo sexo. En estas situaciones, ¿cómo establecer la filiación?

Esta pregunta puede resolverse con base en dos posibles teorías de análisis: la teoría de la intención y la teoría de la filiación genética.

Figura 1. Teoría de la intención



Fuente: Mendoza Cárdenas, Héctor y Medina Arellano, María de Jesús, *op. cit.*, p. 51.

De acuerdo con la teoría de la intención —centrada en los intereses de los adultos— el elemento fundamental que permite derivar consecuencias jurídicas en materia de filiación radica en la voluntad o intención de procrear o no. De esta manera, la voluntad procreativa es la determinante para la atribución o no de la filiación. En México, al menos cinco entidades federativas se han adherido a esta teoría. En Coahuila, Ciudad de México, San Luis Potosí y Sinaloa existen disposiciones normativas que establecen que la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el ser humano resultante de la utilización de dicha donación, aunque cabe señalar que no hablan específicamente del embrión, sino de las células germinales. Lo mismo sucede en Sonora, donde la legislación civil incorpora el concepto de *parentesco voluntario*, estableciendo que, en los casos de reproducción asistida, a quienes utilicen gametos de terceros se les considerará como padres y madres biológicos del nacido.

Por otra parte, para la teoría de la filiación genética —centrada en el infante— la intención y en específico la voluntad procreacional del proveedor como del receptor son irrelevantes. Bajo esta teoría, el elemento determinante no se vincula con la voluntad sino con el engarzamiento biológico. Así, el determinante genético se convierte en el determinante jurídico para efectos de la filiación.⁷³ Con excepción de las cinco entidades de la república arriba reseñadas, el resto de la legislación civil mexicana parece inclinarse, de facto, por la teoría de la filiación genética, al no haberse actualizado desde la década de 1930, época en la que las nuevas tecnologías genéticas y reproductivas no podían ser vislumbradas. Sin lugar a duda, el pronunciamiento de la SCJN arriba mencionado abrirá un nuevo paradigma de resolución de los conflictos en materia de filiación.

D. FINAL DE LA VIDA

Las nuevas biotecnologías aplicadas a la reproducción humana vinieron a convulsionar la relación entre sexualidad y reproducción, pero, además, en términos del final de la vida, generan también nuevos y apasionantes retos. Como sucede con el inicio de la vida, la posición predominante en la normativa mexicana respecto a la muerte sigue siendo la sacralización de la vida humana, con forcejeos cada vez más acalorados entre sectores confesionales que buscan frenar procedimientos como el suicidio médicamente asistido o la eutanasia⁷⁴ y posturas seculares que hacen hincapié en la autonomía y libre desarrollo de las personas.

En la actualidad, al menos 18 constituciones locales establecen, con fórmulas muy similares, que el Estado reconoce y protege la vida del ser humano desde la concepción hasta su muerte natural. Se trata de Baja California, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán. Algunas legislaciones locales son más específicas, prohibiendo expresamente, en sus leyes de salud, el recurso a la eutanasia y el suicidio asistido, tal como en Chihuahua, Quintana Roo,

73 *Idem.*

74 El análisis sobre las normas y casos, tanto nacionales como internacionales, en el tema de la muerte digna se puede encontrar en González, Isaac, *et. al.*, *Decisiones al final de la vida. Serie Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2021, [en prensa].

Veracruz y Jalisco.⁷⁵ Una situación similar aparece en las leyes de voluntad anticipada de Veracruz, Guanajuato, Yucatán, Colima y Estado de México, que prohíben la eutanasia.⁷⁶ Por su lado, la Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal del Estado de Coahuila también establece, en su artículo 22, que dicha norma bajo ninguna condición regula o autoriza la práctica de la eutanasia. Lo mismo sucede con las leyes de derechos de las personas en fase terminal: en San Luis Potosí se prohíbe expresamente la eutanasia y el suicidio asistido en el artículo 5, y en Nayarit la prohibición de la eutanasia se encuentra en el artículo 2, fracción II. Finalmente, la Ley de los Cuidados Paliativos para los Enfermos no Curables o en Situación Terminal del Estado de Oaxaca prohíbe expresamente la eutanasia en su artículo 2, fracción II.

Como puede observarse, es evidente el uso del derecho para imponer una particular visión biopolítica respecto de temas que deberían regirse por el principio de autonomía de las personas, el cual se despliegue en los diferentes derechos plasmados en la Constitución y tratados de derechos humanos firmados por México. Resulta pertinente recordar lo señalado por el filósofo y jurista Rodolfo Vázquez, pionero de la reflexión bioética desde el derecho, cuando afirma que “no existe invento de la humanidad más revolucionario, ni arma conceptual más poderosa contra las diversas formas de fundamentalismo, opresión y violencia, que los derechos humanos”.⁷⁷ En este sentido, la reflexión en torno a la muerte digna no puede desvincularse de la mirada de los derechos humanos y de su carácter obligatorio para toda la normativa nacional, la cual ha de nutrirse de principios obtenidos de fuentes internacionales, tal como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en la que se fundamenta el principio de dignidad humana y libertad, y se establecen normas y principios concernientes a la ética médica y bioética en el desarrollo biotecnológico aplicado a las ciencias de la vida.

Es importante abordar el marco fundante de la Declaración para analizar la cuestión de la eutanasia y de la muerte digna, siendo la prioridad el bienestar de la persona por encima de cualquier otro interés ajeno en cuanto a

75 Artículos 2, 127-U, 73 quatercivies y 75, respectivamente, de sus leyes de salud.

76 Veracruz la prohíbe en su artículo 43; Guanajuato, en el 43; Yucatán, en el 4; Colima, en el 2, y Estado de México, en su artículo 48, el que también expresamente prohíbe el suicidio asistido.

77 Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, 2ª reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3993-derechos-humanos-una-lectura-liberal-igualitaria>.

su vida individual y comunitaria. En este sentido, debe aplicarse la interpretación que más favorezca a las personas por encima de posturas dogmáticas —aunque sean ampliamente compartidas en el ámbito social y legítimas en cuanto derivan de una elección personal— y recordar que las personas con padecimientos o enfermedades terminales tienen el derecho a decidir sobre su calidad de vida y su bienestar, siempre que no se transgreda la esfera individual de derechos de otra persona. En el marco de la reflexión en torno a la familia, resulta fundamental insistir en la idea de que la autonomía no se entiende como un concepto absoluto e individual, sino, en muchos casos, como relativo y relacional. Asimismo, es menester reconocer que la familia tiene un papel importante cuando uno de sus miembros ha decidido que su vida ya no es la que desea vivir, haciendo hincapié en su papel de acompañamiento en la búsqueda del respeto a su última autonomía vital y la garantía de una muerte sin dolor, una muerte asistida en condiciones de dignidad.⁷⁸

Para Ronald Dworkin,⁷⁹ la eutanasia es un medio legítimo y el Estado debería garantizar los intereses de las personas enfermas, que algunas veces podrán manifestar su voluntad de morir dignamente pero que, otras tantas, por motivos ajenos o propios del padecimiento, no se encuentran en condiciones de expresarlo, dado su deterioro físico. Así las cosas, se ha de contemplar que esta decisión pueda ser tomada por familiares o personas cercanas al paciente. En este sentido, es posible argumentar la existencia de un deber moral de empatía hacia la persona que solicita apoyo para morir de forma digna, al reconocer que la enfermedad y el sufrimiento derivan en una vida desgastante, dolorosa e incluso indignante.⁸⁰

En la práctica, puede surgir la situación en la que la persona rechaza un tratamiento o una atención como consecuencia de una discapacidad cognitiva temporal o definitiva, misma que puede disminuir la capacidad de comprensión sobre las implicaciones de la decisión. En esos casos, se debe

78 Ejemplo de esto es un caso colombiano reciente: Martha Sepúlveda solicitó la eutanasia ante el padecimiento de una enfermedad neurodegenerativa incurable; la presencia y acompañamiento público de uno de sus hijos fue clave en su recorrido para que se le garantizará el derecho y finalmente judicializaron el caso, y se le autorizó la eutanasia, véase CNN Español, “Juez en Colombia ordena practicar la eutanasia a Martha Sepúlveda después de que fue cancelada”, *CNN Español*, 27 octubre 2021. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/10/27/eutanasia-martha-sepulveda-colombia-orix/>.

79 Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, España, Ariel, 1994, p. 293.

80 Véase Álvarez del Río, Asunción y Cerón Aguilar, Elvira, *Un Adiós en Armonía. Una invitación a aceptar la muerte y abrazar la vida*, Grijalbo, 2015.

valorar a la persona con los instrumentos o pruebas neuropsicológicas existentes para determinar si se encuentra en capacidad de tomar estas decisiones. De no ser el caso, deberá solicitarse a la familia que sustituya al paciente en la toma de dichas decisiones. En México, la Ley General de Salud, en el artículo 166 bis 3, número VIII, establece el derecho a “renunciar, abandonar o negarse en cualquier momento a recibir o continuar el tratamiento que considere extraordinario”. Este derecho se encuentra robustecido por el documento de voluntad anticipada, mecanismo que permite tutelar la autonomía y dignidad de las personas a futuro, y que se encuentra regulado tanto en la Ley General de Salud como en 15 entidades federativas de la república mexicana.⁸¹ Dicha herramienta nos permite anticipar y expresar nuestras voluntades de manera libre e informada si en un futuro no estuviéramos conscientes, respecto a cualquier medida extraordinaria para mantenernos con vida (ventilador de asistencia respiratoria), así como rechazar o aceptar tratamientos ordinarios e incluso atención paliativa.

La toma de decisiones médicas anclada en el respeto a los derechos humanos de la persona al final de su vida requiere que el médico cumpla adecuadamente con su deber de favorecer un proceso de consentimiento informado. Lo anterior implica comunicar la información pertinente y veraz relativa al estado de salud del paciente, la enfermedad, y las opciones de tratamiento o intervención, además de asegurarse de que fue adecuadamente entendida por la familia que acompaña a la persona enferma. Además, el personal de salud no deberá intervenir de manera ilegítima en las decisiones tomadas por el paciente y la familia, respetando el ejercicio de la libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad en relación con su derecho a la atención a la salud al final de la vida.⁸²

Para finalizar este apartado, es relevante apuntar que en febrero de 2017 la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México promulgó la Constitución Política local, la cual, en su artículo 11, titulado “Ciudad de libertades y derechos”, establece el derecho a la autodeterminación personal en los

81 Carrasco Gómez, Alejandra, Olivares Luna, Ana María, González Pedraza Avilés, Alberto, “Level of knowledge of the Law of Living Will in geriatric population in Mexico”, *Revista Cubana de Medicina General Integral*, vol. 35, núm. 1, enero-marzo. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252019000100003&lng=es.%20%20Epub%2030-Jul-2019.

82 Medina Arellano, María de Jesús, “La muerte digna se discute en México”, en *Álvarez Del Río, Asunción (coord.), La muerte asistida en México. Una opción más para morir con dignidad*, México, 2017, p. 104. Disponible en: <https://dmd.org.mx/wp-content/uploads/2018/06/libro-muerte-asistida.pdf>.

términos siguientes: “Toda persona tiene derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de una personalidad. Este derecho humano fundamental deberá posibilitar que todas las personas puedan ejercer plenamente sus capacidades para vivir con dignidad. La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna”.⁸³ Dicha disposición nos acerca al reconocimiento de un derecho a morir con dignidad, siguiendo el ejemplo de países como Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá y Colombia, en los que se permite la eutanasia, y varios estados de Estados Unidos de América, donde el suicidio médicamente asistido es lícito. Es importante señalar que en una encuesta realizada por la Asociación Civil por el Derecho a Morir con Dignidad, en México, más de 50% de las personas encuestadas dijo apoyar medidas que les ayuden a morir de manera digna ante un padecimiento terminal o incurable.⁸⁴

E. CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

Los principios de la bioética han permeado en el ámbito jurídico mediante la adopción de instrumentos normativos internacionales, entre los que destaca la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Dado los enormes retos que persisten en el sistema jurídico nacional en materia de bioética, especialmente desde el derecho civil y de familia, dichas herramientas constituyen una guía útil para seguir reflexionando en apego al reconocimiento de principios y derechos que buscan asegurar a las personas la consecución de sus planes de vida, incluyendo su muerte. El constante avance de las biotecnologías, que impactan en la esfera de reproducción humana y apoyo de soporte tecnológico para extender la vida, nos obliga a entender la bioética y el bioderecho como una tarea inconclusa, que necesita de una deliberación constante para valorar lo legítimo y lo ilegítimo. A continuación, presentamos dos cuadros que hacen un recuento de la normativa internacional en materia de bioética y algunos temas relevantes. Aunque México ha firmado estos documentos internacionales, no tienen un criterio

83 Gobierno de la Ciudad de México, Constitución Política de la Ciudad de México. Disponible en: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/estatutos/CONSTITUCION_POLITICA_DE_LA_CDMX_6.4.pdf.

84 Por el Derecho a Morir con Dignidad, A.C., *Encuesta Nacional sobre Muerte Digna*, México, Por el Derecho a Morir con Dignidad, A.C., 2016. Disponible en: <https://dmd.org.mx/wp-content/uploads/2017/09/dmd-encuesta3.pdf>.

vinculante, dado que su participación es como miembro observado, sin embargo, han de servir de estrella polar para la reflexión de cada caso concreto, y seguir avanzando hacia la identificación de criterios que puedan robustecer los principios de autonomía personal y respeto a la igualdad y a los planes de vida de todas las personas, sin injerencia ni discriminaciones.

F. CUADROS DE REFERENCIAS

Cuadro 1. Instrumentos internacionales normativos

Fecha/Organización	Instrumento normativo
2009/Organización Mundial de la Salud (OMS)	<ul style="list-style-type: none"> • Normativa para el Transporte de Substancias Infecciosas
1964/Asociación Mundial de la Salud	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de Helsinki
Conferencia Internacional de Armonización	<ul style="list-style-type: none"> • Normas de Buenas Prácticas Clínicas: Investigación, ensayos clínicos...
2006/OMS	<ul style="list-style-type: none"> • Lineamientos de Bioseguridad en Laboratorios
2005/Organización de las Naciones Unidas (ONU)	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana
2005/Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos
2005/Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación ONU-FAU, Comisión Codex Alimentarius	<ul style="list-style-type: none"> • Convención Internacional de Protección Fitosanitaria
2003/ONU-FAU, Comisión Codex Alimentarius	<ul style="list-style-type: none"> • Principios para el Análisis de Riesgos de Alimentos Obtenidos por Medios Biotecnológicos Modernos
2003/UNESCO	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal sobre los Datos Genéticos Humanos
1997/UNESCO	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos (1997)
1997/Consejo de Europa	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina 'Convención de Oviedo'
1992/ONU	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio sobre la Diversidad Biológica

Fecha/Organización	Instrumento normativo
1996/ONU	<ul style="list-style-type: none"> • Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
1986/ONU	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración sobre el Derecho al Desarrollo
1966/ONU	<ul style="list-style-type: none"> • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
1948/ONU	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal de Derechos Humanos
1947/Consejo para los Crimines de Guerra, EUA	<ul style="list-style-type: none"> • Código de Núremberg
América Latina (regional)	<ul style="list-style-type: none"> • Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José, Costa Rica (1969) • Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ‘Protocolo de San Salvador’ (1995). • Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer ‘Convención de Belem Do Para’ (1994) • Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987) • Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994)

Cuadro 2. Instrumentos nacionales normativos

- Ley General de Salud (1982)
 - Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos (1985)
- Lineamientos para la Asignación y Distribución de Órganos y Tejidos de Cadáveres de Seres Humanos para Trasplante (2009)
 - Reglamento en Materia de Investigación para la Salud (1987)

- Reglamento de Insumos para la Salud (1998)
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica (1986)
- Reglamento Interior de la Comisión para la Certificación de Establecimientos de Servicios de Salud (2003)
- Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (2004)
- Guía Nacional para la Integración y el Funcionamiento de los Comités de Ética en Investigación (2016)
- Guía Nacional para la Integración y el Funcionamiento de los Comités Hospitalarios de Bioética (2015)
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (2010)
- Ley General para el Control del Tabaco (2008)
- Ley Federal de Sanidad Animal (2007)
- Estatuto Orgánico del Instituto Nacional de Medicina Genómica INMEGEN (2007)
- Ley del Instituto de Seguridad Social para los Trabajadores del Estado ISSSTE (2007)
- Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (2003)
- Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (2005)
- Ley de los Institutos Nacionales de Salud (2000)
- Ley del Seguro Social (1995)
- Ley Federal de Sanidad Vegetal (1994)

Bibliografía

- Albert, Marta, “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de bioética*, España, vol. 28, núm. 2, 2017.
- Álvarez del Río, Asunción y Cerón Aguilar, Elvira, *Un Adiós en Armonía. Una invitación a aceptar la muerte y abrazar la vida*, Grijalbo, 2015.
- Álvarez del Río, Asunción y Rivero Weber, Paulina (coords.), *El desafío de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, Textos de Bioética, vol. II, 2009.
- Álvarez-Díaz, Jorge Alberto, “El estatus del embrión humano desde el gradualismo”, *Gaceta Médica de México*, México, vol. 143, núm. 3, 2007, pp. 267-277.
- Álvarez Díaz, Jorge Alberto, “Retos de la bioética en la medicina del siglo XXI”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, Lima, vol. 28, núm. 4, 2011.
- Annas, George, J., *Worst case bioethics: death, disaster, and public health*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2010.

- Ashcroft, Richard, "Could human rights supersede bioethics?", *Human Rights Law Review*, núm. 10, vol. 4, 2010, pp. 639-660.
- Beauchamp, Tom L., "The 'Four Principles' Approach to Health Care Ethics", en Ashcroft, Richard, Dawson Angus, Draper, Heather y McMillan, John, *Principles of Health Care Ethics*, 2a ed., Chichester, John Wiley & Son, 2007.
- Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of biomedical ethics*, 6a ed., EUA, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- Brazier, Margaret y Cave, Emma, *Medicine, patients and the law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016.
- Brena, Ingrid, "La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica", en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (comps.), *Estado constitucional, Derechos Humanos, justicia y vida universitaria*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015. Disponible en: <https://cutt.ly/whktTWO>.
- Bryant, John A. y Baggot la Velle, Linda, *Introduction to bioethics*, Reino Unido, Chichester, John Wiley & Sons, 2018.
- Cancino Marentes, Martha Edith, Gascón Cervantes, Amelia, Góngora Maas, Juan Jesús y Medina Arellano, María de Jesús, *Consentimiento informado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho, 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6009/4.pdf>.
- Cano Valle, Fernando y Esparza Pérez, Rosa Verónica, "El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida", *Boletín Mexicano de. Derecho Comparado*, México, vol. 51, núm. 151, 2018.
- Capdevielle, Pauline, "Laicidad y procreación", en Blancarte Jaber, Francisco, Gómez Ávalos, Julieta, Medina Arellano, María de Jesús y Santillán Doherty, Patricio (coords.), *Ciencia y conciencia. Diálogos y debates sobre derechos humanos: Controversias en bioética*, México, Fontamara, 2017.
- Capdevielle, Pauline y Arlettaz, Fernando, "Laicidad y principio de autonomía. Una mirada desde los derechos sexuales y reproductivos", en Alegre, Marcelo (dir.), *Libres e iguales. Estudios sobre autonomía, género y religión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Universidad de Buenos Aires, 2019.
- Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- Capdevielle, Pauline, Figueroa Mejía, Giovanni Azael y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética y decisiones judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- Carbonelli, Marcos, Irrazábal, Gabriela, "Católicos y evangélicos: ¿Alianzas religiosas en el campo de la bioética Argentina?", *Nómadas*, núm. 26, 2010, pp. 269-284.
- Carrasco Gómez, Alejandra, Olivares LUNA, Ana María, González Pedraza Avilés, Alberto, "Level of knowledge of the Law of Living Will in geriatric population in Mexico", *Revista Cubana de Medicina General Integral*, vol. 35, núm. 1, enero-marzo. Disponible en:

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252019000100003&lng=es.%20%20Epub%2030-Jul-2019.

- Centro de Estudios de las Mujeres y Paridad de Género, *Interrupción legal del embarazo, a un año de su despenalización en el Estado de Oaxaca*, México, Centro de Estudios de las Mujeres y Paridad de Género / Gobierno Constitucional del Estado de Oaxaca. Poder Legislativo. LXIV Legislatura, 2020, disponible en: https://docs64.congresoaxaca.gob.mx/centros-estudios/CEMPAG/estudio/Interrupcion_legal_del_embarazo_a_1_de_su_despenalizacion.pdf
- Chan, Sarah, Ibarra Palafox, Francisco y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- Chan, Sarah, Palacios-González, César y Medina Arellano, María de Jesús, “Mitochondrial Replacement Techniques, Scientific Tourism, and the Global Politics of Science”, *The Hastings Center Report*, vol. 47, núm. 5, 2017.
- CNN Español, “Juez en Colombia ordena practicar la eutanasia a Martha Sepúlveda después de que fue cancelada”, *CNN Español*, 27 octubre 2021, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/10/27/eutanasia-martha-sepulveda-colombia-orix/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.
- Gobierno de la Ciudad de México, *Constitución Política de la Ciudad de México*, México, disponible en: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/estatutos/CONSTITUCION_POLITICA_DE_LA_CDMX_6.4.pdf.
- Cook, Rebecca, Dickens, Bernard M. y Fathalla, Mahmoud F., *Reproductive health and human rights: Integrating medicine, ethics and law*, EUA, Clarendon Press, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, disponible en: <https://cutt.ly/Shktceo>.
- Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, España, Ariel, 1994.
- Esparza Pérez, Rosa Verónica, “La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México”, *Gaceta Médica de México*, México, vol. 153, núm. 5, 2017.
- Estado Libre y Soberano de Hidalgo, “Decreto Número 728 que reforma los artículos 154, 155, 156 y 158 y deroga el artículo 157 del Código Penal para el Estado de Hidalgo; se reforma la denominación del Capítulo XII del título tercero y los artículos 97, 98, 99 y 100 y adiciona la fracción III del apartado A del artículo 3 y el artículo 5 ter la Ley de Salud para el Estado de Hidalgo”, *Periódico Oficial del Estado de Hidalgo*, Pachuca de Soto, tomo CLIV, alcance 7, núm. 27, 06 julio 2021, disponible en: https://periodico.hidalgo.gob.mx/?tribe_events=Periodico-Oficial-Alcance-7-del-06-de-julio-de-2021.
- Forbes Staff, “SCJN exhorta al Congreso a regular la gestación subrogada”, *Forbes México*, 07 junio, 2021, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/scjn-exhorta-al-congreso-a-regular-la-gestacion-subrogada/>.

- Gaceta del Senado, *Gaceta: LXIV/1PPO-51/86270*, México, Gaceta del Senado, 20 noviembre, 2018, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/86270.
- George, Robert P. y Tollefsen, Christopher, *Embryo: A Defense of Human Life*, Nueva York, Doubleday Editions, 2001.
- González, Isaac, et.al., *Decisiones al final de la vida. Serie Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM [en prensa].
- González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 16, 2016.
- Grether González, Patricia, “Un cigoto no es una persona”, *Nexos*, 1 de junio 2019. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=42692>.
- Grupo de Información en Reproducción Elegida, *El Camino Hacia La Justicia Reproductiva: Una Década de Avances y Pendientes, 2010-2020*. Disponible en: https://unadecadajusticiareproductiva.gire.org.mx/wp-content/uploads/2021/11/GIRE_INFORME_2021.pdf
- Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Aborto Legal y Seguro*, Grupo de Información en Reproducción Elegida, s.a. Disponible en: <http://informe.gire.org.mx/caps/cap1.pdf>.
- Grupo de Información en Reproducción Elegida, *El proceso de despenalización del aborto en la Ciudad de México*, México, Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., 2008.
- Hincapié Sánchez, Jennifer y Medina Arellano, María de Jesús, *Bioética: Teoría y principios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho, 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6006/1.pdf>.
- Jackson, Emily, *Medical law: text, cases, and materials*, Reino Unido, Oxford University Press, 2013.
- Lindemann, Hilde, “Care in Families”, en Ashcroft, Richard, Dawson Angus, Draper, Heather y Mcmillan, John, *Principles of Health Care Ethics*, 2a ed., Chichester, John Wiley & Son, 2007.
- Maclean, Alasdair, *Autonomy, informed consent and medical law: A relational challenge*, Reino Unido, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Mayans Hermida, Itzel, *La controversia del aborto desde la razón pública*, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México / Conacyt / Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, 2019.
- Medina Arellano, María de Jesús, “La muerte digna se discute en México”, en Álvarez del Río, Asunción (coord.), *La Muerte Asistida en México. Una Opción. Más para Morir con Dignidad*, México, 2017. Disponible en: <https://dmd.org.mx/wp-content/uploads/2018/06/libro-muerte-asistida.pdf>.
- Medina Arellano, María de Jesús (coord.), *Manual de Bioética y Bioderecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.
- Medina Arellano, María de Jesús y Téllez Girón García, María Fernanda, *Inicio de la vida y aborto*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñan-

- za Transversal en Bioética y Bioderecho, 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6011/6.pdf>.
- Mendoza Cárdenas, Héctor, “Bioderecho y derechos humanos: principios fundamentales”, en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- Mendoza Cárdenas, Héctor, “¿Embrión o persona humana? El caso de México”, *Revista de Bioética y Derecho*, Universitat de Barcelona, núm. 11, septiembre, 2007. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/783/78339711002.pdf>.
- Mendoza Cárdenas, Héctor y Medina Arellano, María de Jesús, *Tecnologías de Reproducción Humana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Colección Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6013/8a.pdf>.
- Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención, México, 16 abril 2009. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/DocTR/2016/JUR/A70/01/JUR-20170331-NOR19.pdf>.
- Olavarría, María Eugenia, “La gestación para otros en México: diversidad, homoparentalidad y exclusión”, *Cahiers des Amériques latines*, Francia, núm. 88-89, 2018.
- Ortiz Millán, Gustavo, “Aborto y objeción de conciencia”, en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- Pabón Mantilla, Ana Patricia, Upegui Toledo, Óscar Andrés, Archila Julio, Jessica Johanna y Otero González, María Angélica, “El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” *Justicia*, Colombia, núm. 31, 2017.
- Piekarewicz Sigal, Mína, “Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina”, *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 33, 2015. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000100002
- Poland, Susan, “Bioethics, biolaw, and western legal heritage”, *Bioethics Research Library*, vol. 15, núm. 2, 2005, pp. 211-218.
- Poland, Susan, “Landmark legal cases in bioethics”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 7, issue 2, 1997, pp. 191-209.
- Por el Derecho a Morir con Dignidad, A.C., *Encuesta Nacional sobre Muerte Digna*, México, Por el Derecho a Morir con Dignidad, A.C., 2016, disponible en: <https://dmd.org.mx/wp-content/uploads/2017/09/dmd-encuesta3.pdf>.
- Potter, Van Rensselaer, *Bioethics: Bridge to the Future*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1971.
- Reich, Warren T., *Encyclopedia of Bioethics*, The Free Press div Macmillan Publ Co, 1978.
- Sánchez Cordero Dávila, Olga María del Carmen, *Iniciativa de la Senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida*, México, Senado de la República, 20 noviembre, 2018. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-11-20-1/assets/documentos/Inic_MORENA_Salud_Rep_HA_201118.pdf.

- Sedeño Toxtle, Andrea, “La gestación subrogada en México. Una crítica a la iniciativa de ley de Sánchez Cordero”, *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, 25 julio, 2019. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-gestacion-subrogada-en-mexico-una-critica-a-la-iniciativa-de-ley-de-sanchez-cordero/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y *su acumulada 107/2018*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2021-08/AI%20106-2018%20y%20acumulada%20107-2018.pdf.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada a distancia el martes 1 de junio de 2021, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-06-01/01062021%20Preliminar.pdf>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada a distancia el jueves 3 de junio de 2021, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-06-03/3%20de%20junio%20de%202021%20-%20Versión%20definitiva.pdf>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “La SCJN invalida precepto de la Ley General de Salud que preveía la objeción de conciencia del personal médico y de enfermería sin establecer la salvaguarda necesarias para garantizar el derecho a la salud”, *Comunicados de Prensa*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 276/2021, 20 septiembre 2021. Disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6584>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Tribunal pleno declara inconstitucionalidad de normas del Código Civil para el Estado de Tabasco que regulaban, en el marco de un contrato de gestación por subrogación, los casos en que las gestantes podían solicitar la custodia, por no atender al interés superior de la niñez; que exigían el consentimiento del cónyuge o concubino para la firma del contrato relativo, por perpetuar el estereotipo que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma; y que discriminaban a personas solteras y por su orientación sexual”. *Comunicado de Prensa No. 158/2021*. 03 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6465>, fecha de consulta: 12 de julio de 2021.
- Tapia, Ricardo, 2009, *Aspectos genómicos y neurobiológicos de la formación de la persona durante el desarrollo intrauterino*, México, Grupo de Información y Reproducción Elegida (GIRE).
- Tesis 1a./J. 28/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, julio de 2015, p. 570. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009591>.
- Tesis P./J. 9/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 112. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012594>.
- Tesis P./J. 10/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 8. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012589>.

- Tesis 1a. LXXVIII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 980. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017285>.
- Valdés, Erick y Puentes, Laura Victoria, “El bioderecho y sus aportes a los ordenamientos jurídicos colombiano e interamericano. A propósito de una decisión peligrosa de la Corte Constitucional y su coincidencia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L., núm. 153, septiembre-diciembre, 2018.
- Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética laica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, 2ª reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3993-derechos-humanos-una-lectura-liberal-igualitaria>.
- Vázquez Correa, Lorena, *Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México*, México, Instituto Belisario Domínguez/Senado de la República, Cuaderno de investigación No. 76, 2021. Disponible en: http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/5293/CL_76.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

UNIDAD 4.
RESPONSABILIDAD PARENTAL

La responsabilidad parental en el sistema jurídico mexicano

Nicolás Espejo Yaksic
Daniel Delgado Ávila

SUMARIO: A. RESUMEN; B. ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD PARENTAL?; C. DE LA PATRIA POTESTAD A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL; D. RESPONSABILIDAD PARENTAL, DERECHOS DE LOS PROGENITORES Y DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: UNA LECTURA DESDE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO; E. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO; I. La Constitución Política y la responsabilidad parental; II. La responsabilidad como corresponsabilidad; III. ¿Puede una persona diversa al progenitor ejercer la responsabilidad parental o patria potestad?; IV. ¿Es la pérdida o suspensión de la patria potestad un castigo que se aplica al progenitor por el incumplimiento de sus responsabilidades?; V. Hacia un test estricto para proceder a la privación o suspensión de la patria potestad; VI. Corresponsabilidad, colaboración y responsabilidad parental; VII. Derechos de niñas, niños y adolescentes y responsabilidad parental: conflictos y supremacía; F. CONCLUSIÓN; G. CUADRO DE REFERENCIAS.

A. RESUMEN

En un Estado democrático de derecho, las relaciones familiares o de cuidado no se regulan al margen de la eficacia de los derechos fundamentales. Mientras la expectativa básica es que las relaciones entre adultos responsables y niñas, niños y adolescentes constituyan, principalmente, relaciones éticas (no jurídicas), el derecho democrático regula tales interacciones desde una perspectiva jurídica particular. En condiciones democráticas, los poderes o autoridades parentales se justifican y limitan, en función de su papel instrumental para la satisfacción de los intereses (derechos) superiores de niñas, niños y adolescentes. Desde esta perspectiva, determinados adultos (los progenitores o, en ciertas condiciones, otros adultos relevantes) son quienes tienen la responsabilidad específica (parental) de ejercer las funciones de crianza, cuidado y orientación sobre niñas, niños y adolescentes. A esta forma específica de responsabilidad se suman otras responsabilidades distintas; en particular, la de juezas y jueces de velar que en el ejercicio de la responsabilidad parental se garanticen, primordialmente, los derechos de niñas, niños y adolescentes.

B. ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD PARENTAL?

La responsabilidad parental es el conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño o la niña, los que incluyen: a) cuidado, protección y educación, b) mantenimiento de las relaciones personales, c) determinación de la residencia, d) administración de la propiedad y e) representación legal.¹ O, de un modo más simple, aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tienen padre y madre (o, en determinados casos, un tercero), en relación con el niño o niña y sus bienes.²

La responsabilidad parental abarca no sólo la posición de los padres o progenitores de la niña o niño, sino también la de otros miembros de la familia o adultos cercanos cuando los primeros no pueden o no quieren ejercer sus derechos y deberes.³ Así, la responsabilidad parental describe el conjunto de poderes, derechos y deberes de los progenitores, pero también de otras personas que se encuentran *in loco parentis*, sea de forma temporal o permanente. Ello permite distinguir, a su vez, entre los conceptos de *paternidad* o *maternidad*, por un lado, y el de *responsabilidad parentalidad*, por el otro.

La primera categoría (paternidad/maternidad) constituye una relación “permanente”, que se extiende más allá de la minoría de edad y que resulta de: a) la existencia de lazos genéticos, biológicos o gestacionales, b) la adopción, c) la “voluntad procreacional” de quien participa en alguna técnica de reproducción humana asistida o, en algunas jurisdicciones; d) el reconocimiento jurídico de que una persona es progenitor moral o social de una niña o niño, con independencia de la existencia de un progenitor natural. Tradicionalmente, los sistemas jurídicos han reconocido sólo la existencia de un doble vínculo filial: una persona solo puede tener una madre y un padre. Sin embargo, hoy en día diversos sistemas jurídicos se han ido abriendo a la posibilidad de que exista más de un padre o una madre.

La responsabilidad parentalidad, en cambio, constituye una categoría funcional, no necesariamente atada al hecho de ser progenitor de una niña o niño y que busca describir el cumplimiento de determinadas responsabilida-

1 Comisión para el Derecho Europeo, Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental (Principios ECFL), 2007, principio 3.1.

2 Children Act de 1989, Inglaterra y Gales, s. 3(1).

3 Para una distinción conceptual en esta materia, véase Bainhaim, Andrew, “Parentage, parenthood and parental responsibility: subtle, elusive yet important distinctions”, en Bainham, A., Sclater, S. D. y Richards, M. (eds.), *What is a parent?: a socio-legal analysis*, pp. 25-46, Portland (Oregon), Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 25-46.

des asociadas al cuidado de la persona y los bienes de una niña, niño o adolescente. Esta responsabilidad, a veces descrita como potestad, autoridad o poder parental, se rige por una expectativa de distribución equitativa un involucramiento equitativo entre sus titulares y se presume respecto de los progenitores de un menor de edad. La responsabilidad parental está sujeta a reglas de suspensión o terminación (en casos graves) y puede ejercerse concurrentemente por distintos adultos, en distintos grados de responsabilidad. La responsabilidad parental —denominada “patria potestad” en el sistema jurídico mexicano— cesa cuando la niña o el niño cumple la mayoría de edad o en otras determinadas hipótesis, tales como matrimonio, unión civil o adopción de la niña, niño o adolescente.

Figura 1. Distinción entre paternidad o maternidad y responsabilidad parentalidad



C. DE LA PATRIA POTESTAD A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL⁴

En su origen, la patria potestad parece haber constituido un derecho (en cuanto facultad o poder) riguroso y absoluto del jefe de familia sobre la persona y los bienes de hijos e hijas, similar al del amo sobre el esclavo. Tal idea se fundamenta en el papel del paterfamilias como autoridad máxima de familia sobre las personas y cosas sometidas a su poder, sacerdote

4 Para un desarrollo adicional sobre esta trayectoria histórica véase Espejo Yaksic, Nicolás, “From *Patria Potestas* to Parental Responsibility: Trajectories of a concept”, en Gilmore, S. y Scherpe, J. (coeds.), *Family Law Matters-Essays in Honour of John Eekelaar*, Intersentia, Cambridge, 2022.

doméstico y juez del grupo familiar.⁵ En palabras de Martin, en el derecho romano la patria potestad se erige como “ejemplo de poder puro, diseñado únicamente en beneficio de su titular”.⁶ Tal poder se manifiesta en una serie de atribuciones a favor del paterfamilias sobre los hijos, tales como la plena disposición de sus bienes, someterles a todo tipo de castigos, alquilarles e incluso venderles.⁷

Si bien algunas de estas omnímodas atribuciones se mantuvieron en regímenes legales que se basaron en el derecho romano, la patria potestad fue experimentando una transformación sustancial, hasta hoy en día. Así, de las amplias y discrecionales facultades otorgadas originalmente al paterfamilias, los sistemas legales occidentales han ido precisando los poderes y autoridades parentales, de modo tal que se vuelvan compatibles con los principios y derechos que permean las relaciones familiares en general y aquellas entre padres o progenitores e hijos, en especial.⁸ En particular, resulta controvertido afirmar que la patria potestad sea un mero derecho subjetivo del padre o la madre y no, en cambio, un complejo indisoluble de deberes y derechos.⁹ De acuerdo con la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN):

la patria potestad no se configura meramente como un derecho de los padres, sino como una función que se les encomienda en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor.¹⁰

En otras palabras, afirmamos que, aun cuando se siga utilizando en algunos sistemas legales contemporáneos, la institución de la patria potestad ha perdido toda relación sustancial con su origen conceptual o etimología.

5 Méndez Chang, Elvira, *Introducción al Derecho Romano*, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 94.

6 Martin, Olivier, *La Coutume de Paris trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, París, Société anonyme du Recueil Sirey, 1925, p. 28.

7 Kaser, Max, *Derecho Romano Privado*, 2ª ed., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, 1982, p. 276; Borda, Guillermo A., *Manual de derecho de familia*, 12.ª ed., Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis, 2002, p. 307.

8 Espejo Yaksic, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Lathrop Gómez, Fabiola y Espejo Yaksic, Nicolás (coords.) *Responsabilidad parental*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017, pp. 33-52.

9 Borda, Guillermo A., *op. cit.* p. 309.

10 Amparo en revisión 800/2017, Segunda Sala, p. 76. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-11/AR-800-2017.pdf.

En la patria potestad, la *patria* (padre) ha dejado de serlo, puesto que el poder exclusivo del padre es distribuido de manera equitativa a padres y madres.¹¹ A su vez, en la patria potestad, la *potestad* (poder discrecional) del padre ha sido desplazado por las ideas de autoridad o responsabilidad, los que se justifican y ejercen en función de deberes orientados al bienestar y los derechos de los hijos.¹²

Este anclaje de las funciones parentales orientado a la satisfacción de los derechos o intereses de hijos e hijas se encuentra actualmente presente en varios de los sistemas legales que prefieren otras nociones legales, tales como *patria potestad*, *poder parental*, *autoridad parental* o *derechos parentales*. Con todo, parece preferible regular las relaciones entre padres o progenitores e hijos con base en la institución de la responsabilidad parental. La noción de responsabilidad parental describe de mejor manera la experiencia diaria de progenitores que buscan guiar y orientar a sus hijos en el proceso de su desarrollo integral. A su vez, la idea de responsabilidad parental interactúa de mejor forma con la protección de los intereses superiores de los niños, desde una perspectiva constitucional y democrática del derecho. Finalmente, consolidar el giro del derecho de familia desde nociones como potestad, poder, autoridad o derecho parental hacia la noción de responsabilidad parental, resuelve de mejor manera los equilibrios, pesos y prioridades que pueden surgir en casos de conflictos entre los intereses o derechos (de protección y autonomía) de niñas y niños, de un lado, y los derechos directos y derivados de los padres y madres, del otro.

D. RESPONSABILIDAD PARENTAL, DERECHOS DE LOS PROGENITORES Y DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: UNA LECTURA DESDE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El ejercicio efectivo y eficaz de los diversos deberes que surgen de la responsabilidad parental requiere que quienes se encuentran obligados por ellos cuenten con ciertos poderes, inmunidades o derechos para llevarlo a cabo. En particular, la responsabilidad parental habilita el derecho (privile-

11 Nery Junior, Nelson y Nery Junior, Rosa María, *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., Revista dos tribunais, 2003, p. 732.

12 Jiménez Sanjinés, Raúl, *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor*, Editora Presencia, 2ª ed., La Paz, Bolivia, 2006.

gio) oponible por los progenitores contra otros adultos o el Estado (no contra los niños), a que se respete (no interfiera) en el ejercicio de sus deberes parentales preferentes.

La conceptualización de los deberes o responsabilidades parentales como un set de obligaciones legales de las que se deriva un privilegio captura de mejor manera el uso de la expresión “derecho” cuando es utilizada para describir aquello que los padres poseen en relación con terceros o el Estado.¹³ Aun cuando una forma adicional de comprender la acepción de la expresión “derecho” en este caso, sea la de describir la posición o poder de los adultos responsables como una “autoridad” (con la consecuente responsabilidad derivada del incumplimiento) o como una inmunidad (en términos de ser oponible frente a la intervención del Estado o de terceros, salvo en las hipótesis de daño a los derechos del niño).¹⁴ Sea cual sea el caso, el punto central radica en advertir el uso de la expresión *derecho* como generadora de consecuencias u obligaciones jurídicas de abstención por parte del Estado y no, en cambio, sobre los hijos.¹⁵

Es precisamente ésta la idea que se desarrolla en los artículos 5 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN):

Artículo 5°

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 18°

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que res-

13 Eekelaar, John, “Responsabilidad parental como privilegio”, Lathrop Gómez, F. y Espejo Yaksic, N. (eds.), *Responsabilidad parental*, pp. 13-31, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.

14 *Cfr.* Hohfeld, W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law School Faculty Scholarship, 1917. Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5383&context=fss_papers] [consultado el 9 de mayo de 2016].

15 “[...] los derechos parentales para el control de un niño no existen para el beneficio del padre (genérico). Existen para beneficio del niño y se justifican sólo en la medida en que habiliten al padre (genérico) para llevar a cabo sus deberes con el niño, y con otros niños de la familia”. *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another*. AC, 1986, 112. Opinión de Lord Fraser, 170.

pecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Estos dos artículos han de ser leídos, precisamente, como la primacía de la responsabilidad parental sobre la responsabilidad de otros terceros o del Estado.¹⁶ Dicha primacía surge, a su vez, como corolario fundamental de un supuesto esencial en una sociedad liberal: la sociedad confía en que ciertos sujetos (los progenitores) están mejor situados y cumplirán debidamente con las funciones de cuidado, guía y orientación de sus hijos.¹⁷ Esta idea es conocida como la regla de optimismo o la presunción de que los progenitores tratan a sus hijas e hijos de manera adecuada. En otras palabras, estos artículos no deben ser interpretados como oponibles en contra de los niños (es decir, generando derechos de los padres sobre sus hijos); más bien, se orientan a reconocer el derecho (en cuanto privilegio) que detentan ciertos adultos (a quien el derecho considera “adultos responsables”) para ejercer la serie de deberes que describen una relación de cuidado, guía y orientación respecto de los niños. La relación legal entre los adultos y los niños, en otras palabras, deriva de su responsabilidad de actuar en su interés superior y no de un derecho absoluto sobre ellos.¹⁸

16 Primacía que, como bien sabemos, no excluye la posibilidad de que sea vencida en determinados casos excepcionales y cuando el interés superior del niño así lo justifique. En tales casos normalmente será un tribunal de justicia el que o bien autorice una determinada decisión respecto del niño (por ejemplo, en el caso de decisiones médicas importantes respecto del niño y cuando exista desacuerdo entre la recomendación médica para proceder con un determinado tratamiento y la opinión negativa de los padres) o, más generalmente, cuando se dispone la suspensión de la responsabilidad parental de un determinado padre (o ambos) y su reasignación a otro adulto responsable o al propio Estado.

17 Cfr. Dingwall R., Eekelaar J. y Murray T. *The Protection of Children: State Intervention and Family Life*, Oxford, Basil Blackwell, 1983, citado en Eekelaar, J., *Family law and personal life*, pp. 90-100, Oxford, Oxford University Press, 2006.

18 Newell P. y Hodgkin R., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3ª ed., Nueva York, UNICEF, 2008, p. 76.

Una perspectiva constitucional¹⁹ basada en los derechos de la niñez no desconoce la posible existencia de derechos constitucionales de los progenitores, pero lo hace de forma calificada. La dimensión central de dicha comprensión estriba en comprender que tales derechos sobre hijos e hijas no existen para el beneficio del progenitor, sino para el beneficio del niño o niña.²⁰ Es decir, los derechos parentales de orientación y guía sólo se justifican constitucionalmente “en la medida en que permiten al progenitor desarrollar sus deberes hacia el niño y hacia otros niños y la familia”.²¹ Al estar “derivados de” y “limitados por” el deber prioritario de cuidar a niños y niñas, los derechos parentales jamás deberían ser entendidos como derechos “sobre” los hijos e hijas, sino, más bien, como derechos en “contra” del Estado o terceros.²²

Es precisamente en dicho marco que parece razonable reconocer a los progenitores ciertas libertades para que, por medio de ellas, puedan cumplir debidamente con sus deberes o responsabilidades. Después de todo, si es que existen deberes tan importantes para madres y padres, el Estado debe garantizar la posibilidad efectiva de cumplirlos, lo que incluye respetar la idea de que son esos adultos (no el Estado o terceros) los llamados preferentemente a criar y guiar a hijos e hijas; sin embargo, tales atribuciones no podrían habilitar a los progenitores a priorizar sus propios intereses cuando ellos toman decisiones que afectan significativamente la vida de los niños o las niñas.

Precisar las relaciones constitucionales entre progenitores e hijas e hijos en términos de una responsabilidad específica (parental), permite también

-
- 19 Sobre el efecto que generan los procesos de “constitucionalización” del derecho de familia en las instituciones como la patria potestad, el cuidado personal o la filiación, entre otras, véase Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olguín, A. (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2021.
- 20 Millum, Joseph, *The Moral Foundations of Parenthood*, Nueva York, Oxford University Press, 2018, pp. 46-77; Steele, H. y Steele, M., “Parenting matters: an attachment perspective”, 2013; McClain, L. C. y Cere, D. (eds.), *What is Parenthood? Contemporary Debates about the Family*, Nueva York, New York University Press, pp. 214-233.
- 21 Cámara de los Lores, Inglaterra, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA and another* (1985), 3 WLR 830.
- 22 Espejo Yaksic, Nicolás, “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental”, Espejo Yaksic, N. (ed.), *Responsabilidad Parental: Perspectivas comparadas*, pp. 4-65, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2021, pp. 4-65; Eekelaar, John, “Rethinking parental responsibility”, *Family Law* (31), pp. 426-430, 2001.

distinguir dicha responsabilidad de otras distintas. Si bien la responsabilidad parental corresponde principalmente a los progenitores, la responsabilidad de garantizar los derechos constitucionales de niñas y niños corresponde al Estado, el que debe garantizar su promoción y respecto efectivos. No precisar esta cuestión fundamental en el debate constitucional podría generar graves distorsiones a la protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia.

E. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

I. *La Constitución Política y la responsabilidad parental*

La regulación y conceptualización constitucional de las relaciones parentales se establece en los párrafos noveno, décimo y undécimo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la siguiente manera:

Artículo 4. [...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

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

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.²³

Los anteriores artículos no determinan específicamente alguna institución del derecho de lo familiar conforme a la que se deban regular las relaciones paternofiliales en México, tal como lo pudiera ser la patria potestad, el poder parental o autoridad parental. De este modo, la estructura normativa de estos preceptos hace posible una interpretación compatible con el modelo de la responsabilidad parental previamente descrito, pues establece una relación triádica jurídico-constitucional entre niñas, niños y adolescentes, padre o madre (progenitor) o persona adulta responsable y el

23 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, art. 4.

Estado mexicano. De acuerdo con esta tríada, la titularidad de los derechos constitucionales ahí enunciados corresponde a niñas, niños y adolescentes, cuyas personas responsables tienen el deber de preservarlos, confiriéndoseles paralelamente potestades o autoridades para exigir su cumplimiento frente a terceros o al Estado.

Este modelo constitucional de relaciones parentales ha sido reglamentado en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), que constituye el principal referente nacional para armonizar los derechos contenidos en el artículo 4 de la Constitución y en diversos tratados internacionales y, al mismo tiempo, establecer una política integral en materia de derechos de la infancia.²⁴ Esta ley reconoce que niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos, los cuales serán exigibles frente a sus padres, adultos responsables o el Estado,²⁵ precisando que su crianza deberá realizarse mediante una labor de guía y orientación, garantizando en todo momento el respeto a su integridad personal.²⁶ Todo ello en un marco de autonomía que les permita ejercer por sí gradualmente sus derechos hasta llegar a la mayoría de edad.²⁷ Los principios que rigen el ejercicio de la responsabilidad parental bajo esta normativa son el de interés superior de la niñez, autonomía progresiva y el derecho de niñas y niños a ser escuchados y tomados en cuenta.

De lo dicho hasta el momento se advierte que tanto la Constitución como la ley especial que desarrolla los derechos de niñas, niños y adolescentes contienen bases generales que habilitan a los cuerpos legislativos locales para introducir expresamente la figura legal de la responsabilidad parental en los códigos civiles o familiares; sin embargo, al año 2022, en México tanto en el ámbito federal como en el estatal las legislaciones civiles y familiares han optado por seguir normando las relaciones parentales a través de institución de la patria potestad.²⁸

24 Tesis 2ª. V/2018, SCJN, Segunda Sala, *Gaceta al Semanario Judicial de la Federación*, t. I, libro 50, enero de 2018, p. 530.

25 Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, artículo 1.

26 *Ibidem*, artículos 57, 76 y en especial 103.

27 *Ibidem*, artículos 2 y 6.

28 Cabe destacar que a diferencia de otros países en los que se ha decidido establecer una determinada institución jurídica para regular los aspectos vinculados con la administración de los bienes del hijo o hija y su representación legal, y otras más para normar los aspectos vinculados con el cuidado personal, en el caso mexicano la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, con lo que genéricamente se agrupan

Cabe destacar que una minoría de las legislaciones locales ha reformulado la concepción tradicional de la patria potestad, estableciendo elementos normativos que la hacen compatible con el nuevo paradigma de infancia contenido en la CDN, pero sin contemplar explícitamente la responsabilidad parental como concepto. Mientras que la gran mayoría de ellas aún contiene elementos característicos del paradigma tradicional de la patria potestad, que da un mayor énfasis a los derechos, potestades o autoridades de los progenitores sobre sus hijos e hijas. Lo anterior, con un limitado o escaso desarrollo legislativo de los aspectos vinculados con los deberes de crianza y la garantía de su autonomía progresiva.²⁹

A diferencia de lo que ha sucedido en el ámbito legislativo, los avances más importantes para adecuar la regulación de las relaciones de crianza al modelo de la responsabilidad parental han ocurrido en la arena jurisdiccional. En este campo, la SCJN se ha dado a la tarea de revisar y reconfigurar el concepto canónico de la patria potestad, con la intención de adaptarlo al modelo convencional (CDN) y a los propios mandatos de la Constitución. Al respecto, en uno de sus fallos más emblemáticos, la Corte ha precisado que con la introducción en el texto constitucional del interés superior de niñas, niños y adolescentes, los tribunales deben abandonar la vieja concepción de la patria potestad como un poder “omnímodo” sobre los hijos, para configurarla no como un derecho de las personas progenitoras, sino como una función que se les encomienda en beneficio de sus hijos y que está dirigida a su protección, educación y formación integral, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial.³⁰

La posición de la SCJN ha permitido que los tribunales locales en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad desapliquen o reinterpreten —en los casos concretos sometidos a su consideración— los preceptos de las legislaciones locales que resultan incompatibles con la nueva concepción de la patria potestad. Ello ha traído como resultado que pese a las deficiencias y vacíos de la legislación local, en la práctica se cuenta

ambos deberes en la misma noción legal. Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, artículo 413.

29 Cfr. Delgado, Daniel, “La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México”, en Espejo (ed.), *La responsabilidad parental en el Derecho. Una mirada comparada*, 2021, p. 413.

30 Tesis jurisprudencial 1a./J. 50/2016 (10a.), Primera Sala, SCJN, *Semanario judicial de la Federación*, octubre de 2016, p. 398.

con importantes herramientas hermenéuticas para incorporar este nuevo paradigma al momento de adjudicar las relaciones familiares en los juicios.

II. *La responsabilidad como corresponsabilidad*

El derecho asume que cuando los progenitores viven juntos, el ejercicio práctico de los deberes y la toma de decisiones ordinarias y extraordinarias vinculadas con el cuidado de la persona y bienes de niñas, niños y adolescentes se realiza en mayor o menor medida en forma conjunta por ambos progenitores. El problema se presenta cuando las relaciones de crianza se llevan a cabo en contextos de separación o conflicto entre las personas progenitoras, pues con independencia de que habiten en domicilios distintos, legalmente tienen la obligación de continuar con el cumplimiento de las obligaciones a su cargo de manera coordinada y respetuosa.³¹ En este sentido, la Primera Sala de la SCJN, ha establecido que

La ruptura de la relación entre los progenitores no necesariamente rompe el lazo de la vida familiar o las relaciones entre progenitores e hijos; sin embargo, como y se ha dicho, sí que implica una reorganización de esas relaciones familiares acorde con el principio de corresponsabilidad parental, de modo que ambos progenitores puedan tener parte activa en la crianza y consecuente toma de decisiones fundamentales respecto de sus hijos.³²

Así, tras la separación de la pareja, en ejercicio de la coparentalidad se debe reconocer y proteger el derecho de niñas, niños y adolescentes a relacionarse con padre y madre. Con ello, cobran total relevancia instituciones jurídicas como la guarda y custodia compartida o exclusiva, o el régimen de visitas y convivencias con la persona no custodia. Esto tendrá como consecuencia que la determinación de la forma en que se ejercerá la responsabilidad parental en estos supuestos será producto de las diversas interacciones entre el contexto, características y necesidades específicas de niñas, niños y adolescentes con relación a los deberes, derechos y responsabilidades de sus progenitores.

Estos arreglos usualmente se materializan en un convenio concertado por los progenitores en forma voluntaria, o, en su defecto, de no lograr consenso respecto a uno o varios puntos, será determinado total o parcialmente por un tribunal en sentencia. Este convenio o decisión jurisdiccional

31 Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, *op. cit.*, artículo 104.

32 Amparo en revisión 392/2018, SCJN, Primera Sala, párr. 94.

eventualmente podrá ser modificado conforme cambien las circunstancias familiares o personales.

III. *¿Puede una persona diversa al progenitor ejercer la responsabilidad parental o patria potestad?*

En el ordenamiento jurídico mexicano la titularidad originaria de la patria potestad surge como un efecto inmediato de la *filiación* y recae en forma igualitaria en las personas progenitoras; esto, independientemente de que estén casadas, de que vivan juntas o no, de que se hubiere reconocido voluntariamente en forma conjunta o en diversos momentos a niñas, niños y adolescentes, o bien de que hubiere sido necesario declarar judicialmente su paternidad o maternidad.

El artículo 448 del Código Civil Federal establece expresamente que la patria potestad es irrenunciable y por ello no puede delegarse su ejercicio en favor de terceras personas. En este sentido, la SCJN ha determinado que permitir su renuncia a favor de otras personas diversas a sus titulares iría en contra del orden público y en perjuicio de terceros, en este caso, de quienes estén sujetas a ella.³³ Con todo, en caso de que uno de los progenitores pierda la responsabilidad parental, su ejercicio corresponderá a la otra, y, solamente a falta de ambas, a las personas ascendientes en segundo grado (abuelos y abuelas) y conforme al orden que judicialmente sea determinado y a las circunstancias del caso.³⁴

Una cuestión pendiente a ser regulada por el sistema jurídico mexicano es el posible reconocimiento de acuerdos que permitan a los progenitores ceder o autorizar a un tercero el ejercicio compartido de dicha responsabilidad. Por ejemplo, en el derecho inglés, los padrastos pueden también obtener la responsabilidad parental sobre los hijos o hijas de sus parejas en los siguientes casos: a) celebrando un “acuerdo de responsabilidad parental” con el progenitor con el que está casado o que es su pareja civil y que tiene la responsabilidad parental del niño o niña;³⁵ b) si otro progenitor también tiene la responsabilidad parental, haciendo un “acuerdo de responsabilidad parental”, precisando que el padrastro tendrá la responsabilidad parental

33 Amparo directo 4434/73, Tercera Sala, SCJN, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 71, cuarta parte, p. 31, registro digital 241553.

34 Delgado, Daniel, *op. cit.*; Código Civil Federal, artículos 412 y 414.

35 Children Act 1989, section 4 (1).

junto con ellos;³⁶ c) si ha obtenido una “orden de responsabilidad parental” emitida por el tribunal, a solicitud del padrastro,³⁷ o d) al ser nombrado en una orden de arreglos respecto del niño.³⁸

IV. ¿Es la pérdida o suspensión de la patria potestad un castigo que se aplica al progenitor por el incumplimiento de sus responsabilidades?

El artículo 22 de la LGDNNa reconoce el derecho de todo niño, niña o adolescente a vivir en familia, y establece como regla general que no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad sino por una orden de la autoridad competente “en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso”.

La lectura del anterior precepto convencional en el marco de los motivos que dan origen a la privación o suspensión de la responsabilidad parental ha dado lugar a dos interpretaciones por parte de la SCJN, según se adopte el paradigma tradicional de la patria potestad, o bien el modelo entendido bajo los postulados de la CDN.

Bajo una primera interpretación, el Pleno de la SCJN, al decidir la contradicción de tesis 21/2006 PL, determinó que la declaración de pérdida de la patria potestad era una pena, castigo o sanción que debía ser aplicada a padre o madre ante el incumplimiento de los deberes parentales legalmente encomendados. Desde esta perspectiva, el análisis de su procedencia se centraba en la demostración en juicio de las conductas realizadas por padre o madre y su posterior encuadre jurídico en los listados que taxativamente se establecían en la legislación como causas para privar o suspender la patria potestad. Ello dejaba en un lugar secundario la ponderación de las consecuencias que tal decisión pudiera tener en concreto en la vida del niño, niña o adolescente en cuestión, más allá de que se hubiera acreditado la realización por padre o madre de la conducta descrita por la norma.³⁹

36 *Ibidem.*

37 Children Act 1989, section 4 (2).

38 *Ibidem*, section 3 (4).

39 Contradicción de tesis 21/2006, Pleno, SCJN, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 479, registro digital 21183.

En una segunda interpretación más reciente, la SCJN ha señalado que, examinadas a la luz del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, las causales de pérdida o suspensión de la patria potestad ya no deben ser consideradas como castigos para los progenitores. La pérdida o suspensión por el incumplimiento de sus deberes parentales se configuran como medidas dirigidas a la protección de los intereses de las niñas, niños y adolescentes, que operan únicamente cuando padre o madre realizan conductas que puedan poner en peligro su integridad o formación, tal como se desprende del siguiente criterio:

La privación de la patria potestad no es una medida que tenga por fin sancionar a los padres por el incumplimiento de los deberes de la patria potestad respecto del hijo. Por el contrario, ésta debe entenderse como una medida excepcional con la que se pretende defender los intereses del menor en aquellos casos en los que la separación de los padres sea necesaria para la protección adecuada de los mismos. En este sentido, el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a excepción de cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Conforme a dicha norma se entiende que el derecho de los padres biológicos a estar con sus hijos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene el carácter de derecho o interés preponderante, pues está subordinado a que dicha convivencia procure el interés del menor.⁴⁰

V. Hacia un test estricto para proceder a la privación o suspensión de la patria potestad

Desde un enfoque actualizado de la responsabilidad parental, el catálogo de causales contenido en las legislaciones familiares o civiles de las entidades federativas ya no debe ser concebido como un listado de conductas cuya comisión invariablemente de lugar a la privación o suspensión de la responsabilidad parental o la patria potestad. Esta cuestión deberá ser soportada por el juez, con base en un análisis de los comportamientos parentales específicos, y de conformidad con las hipótesis estrictas de aplicación:

- Que ha ocurrido un efectivo y voluntario incumplimiento por parte de los padres.

40 Tesis jurisprudencial 1a./J. 50/2016 (10a.), Primera Sala, SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, t. I, octubre de 2016, p. 398, registro digital 2012716.

- Establecer el alcance y gravedad de los incumplimientos imputados.
- Las circunstancias concurrentes para poder atribuir las consecuencias negativas de las acciones y omisiones denunciadas.⁴¹

Todo lo anterior, sin limitarse únicamente a apreciar tales conductas en forma aislada, sino ponderar también las circunstancias concretas del caso, su gravedad y principalmente el impacto que la decisión pueda tener en la vida de esa niña o niño. De este modo, la cuestión se resolverá en función de determinar la medida más idónea para la protección de sus derechos, es decir, que en el caso específico dicha consecuencia le resulte ser la más benéfica.⁴²

Para lograr esta finalidad, tratándose de privación o suspensión de la patria potestad, la calificación de las conductas de las personas que ejercen la responsabilidad parental será doble. Además de guiarse por el principio del interés superior de la niñez mediante los procesos de valoración legal, convencional y jurisprudencialmente reconocidos para tal efecto, deberá sustentar su determinación en el entendido de que las circunstancias que habilitan la medida de separación del niño o niña de su ambiente familiar constituyen un daño o riesgo de daño grave y significativo.⁴³

A este respecto, la SCJN ha establecido en línea jurisprudencial que el citado *estándar de riesgo* quedará acreditado bajo los siguientes lineamientos:⁴⁴

- 1) Se tomará la decisión que genere la menor probabilidad de que el niño, niña o adolescente sufra daños.
- 2) No se requiere que los hechos imputados a la persona cuidadora generen un daño, basta con que ésta “aumente el riesgo” de que el niño, niña o adolescente o sus bienes sean afectados.
- 3) El riesgo debe ser real y no debe sustentarse en prejuicios, estigmatizaciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de padre o madre.

41 *Ibidem*.

42 Amparo directo en revisión 4698/2014, Primera Sala, SCJN. Véase también tesis jurisprudencial 1a./J. 50/2016 (10a.), p. 398.

43 *Cfr.* Espejo Yaksic, Nicolás, “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental”, p. 41.

44 Tesis 1a. CLIII/2018 (10a.), Primera Sala, SCJN, *Gaceta del Semanario judicial de la Federación*, libro 61, diciembre de 2018, t. I; amparo directo en revisión 2710/2017, Primera Sala, SCJN, pp. 21-23.

El análisis de la aplicación de castigos corporales a niñas, niños o adolescentes como causal de pérdida de la patria potestad realizado por la Primera Sala de la SCJN muestra cómo opera en la práctica esta nueva visión. En este precedente la Corte determinó que si en un juicio se demuestra que un progenitor ejecutó algún acto de violencia en contra de hijas o hijos, descrito normativamente como aquel que dé lugar a la privación de la patria potestad, tal situación no debe ser entendida: “en el sentido de que, acreditada cualquier forma de maltrato hacia los menores, indefectiblemente y de manera automática, en todos los casos resulte procedente la sanción de la pérdida de la patria potestad respecto de quien tiene a su cargo esa función”.⁴⁵

Al respecto, la Corte precisó que la principal orientación de las personas juzgadoras al analizar este tipo de casos consiste en examinar si en el marco de la garantía de los demás derechos del niño, niña o adolescente la pérdida de la patria potestad es la consecuencia más benéfica, y de no ser así, “habiéndose acreditado la existencia de los malos tratamientos, el juzgador debe ordenar la medida que resulte idónea para restaurar el daño causado al menor con la violencia sufrida y para prevenir que ésta vuelva a suscitarse, sujetando al demandado a dicha medida”.⁴⁶

El test estricto de privación o suspensión de la patria potestad previamente reseñado, surge del reconocimiento de que las personas progenitoras cometen aciertos y errores durante la crianza y cuidado de sus hijas e hijos, y de estos últimos unos de serán de mayor gravedad que otros. Frente a ello, más que realizar una función punitiva e intrusiva en la vida familiar ante cada equivocación parental, el Estado selecciona sólo aquellas hipótesis graves para interferir, tomando la decisión o conjunto de decisiones que más que sancionar o castigar a padres y madres los apoyen en el desarrollo y mejora de sus competencias parentales.

Para lograr este último efecto, quien juzga podrá utilizar un abanico de posibilidades en función de la gravedad de las conductas y riesgo en específico para el niño, niña o adolescente en cuestión. Éstas van desde la orden para algún progenitor de participar en programas educativos o psicopedagógicos que mejoren sus habilidades parentales; establecer tratamientos

45 Amparo directo en revisión 4698/2014, Primera Sala, SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 37, t. I, diciembre de 2016, p. 185, registro digital 26816.

46 Primera Sala, SCJN, sentencia recaída al amparo directo en revisión 4698/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 37, tomo I, diciembre de 2016, p. 188. Registro digital 26816.

psicológicos; regular en diversas formas el régimen de visitas y convivencia; determinar una custodia exclusiva o compartida, hasta decretar la condena a la pérdida de la patria potestad como último recurso y medida excepcional, entre otras.

VI. Corresponsabilidad, colaboración y responsabilidad parental

En los últimos años, la SCJN ha rechazado un acercamiento adversarial a los conflictos familiares, evitando una lectura “castigadora” o “sancionadora” a la parte que hubiere sufrido una suspensión, restricción o limitación del contacto. También ha evitado la justificación de criterios estereotipados respecto a los roles de crianza, en función del sexo o el género. En sustitución, la Corte ha introducido una nueva visión de la adjudicación de las relaciones familiares más igualitaria y que tiende a diluir el carácter confrontativo de tales conflictos, habilitando escenarios en los que ambas partes generen una actitud colaboradora y no estereotipada para llevar a cabo en forma conjunta la crianza de sus hijos e hijas luego de la separación.

Lo cierto es que si al momento del quiebre de una relación de pareja ambos progenitores están involucrados activamente en la vida de sus hijos o hijas, estos últimos se adaptarán a la nueva situación familiar con un menor sentido de pérdida. A su vez, la participación de personas progenitoras no custodias en diversas áreas de la vida de su hijas e hijos luego de la separación está fuertemente asociada con una buena adaptación académica, social, emocional y conductual.⁴⁷

En este sentido, la Primera Sala de la SCJN, en el amparo directo en revisión 392/2018, interpretó el derecho de niñas, niños y adolescentes a relacionarse con la persona progenitora no custodia y el principio de igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones familiares. Al respecto, señaló que de acuerdo con los parámetros de la igualdad en la atribución de derechos y responsabilidades entre las personas progenitoras y el interés superior de la niñez como criterio rector en el ejercicio de las funciones parentales, los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal sientan las bases del principio de corresponsabilidad parental, el cual

47 Jiménez et. al., “Types and intensity of postdivorce conflicts the exercise of coparenting and its consequences on children”, *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, vol. 10, núm. 1, 2019, p. 50. (traducción propia).

permite que ambos progenitores puedan tener parte activa en las labores de educación, crianza y desarrollo de sus hijos y en la toma de decisiones fundamentales, aun cuando estén separados. En definitiva, implica el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto a sus hijos tanto en el plano personal como en el patrimonial.⁴⁸

De esto, la Primera Sala concluyó que el principio de *corresponsabilidad parental* debía ser tomado en consideración por los tribunales al determinar la guarda o custodia o el régimen de visitas y convivencia a fin de garantizar el derecho de niñas, niños o adolescentes al contacto y al cuidado de ambas personas progenitoras. Lo anterior, ha entendido la Primera Sala de la SCJN, pues “el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el progenitor no custodio es una manera de observar este principio que asegura la igualdad en las obligaciones de crianza”⁴⁹ y con ello, se protege el interés superior de las niñas, niños y adolescentes al garantizar su derecho a ser cuidado por ambos padres.

Esta línea argumental respecto a la noción de la corresponsabilidad parental fue reiterada y profundizada posteriormente en la sentencia del amparo directo en revisión 6942/2019 en los siguientes términos:

bajo la premisa de que a ambos progenitores les corresponde por igual, sin distinción de género, el ejercicio de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, la finalidad de ese principio es proteger los derechos e intereses de los hijos e hijas, que tienen el derecho a ser cuidados por ambos progenitores. Como consecuencia de este principio se requiere la reorganización de los roles de hombres y mujeres en orden a la creación de nuevos compromisos en las tareas cotidianas, tanto en el soporte económico como en el cuidado y educación de los hijos e hijas.⁵⁰

Como lo señala la Corte en el párrafo anteriormente citado, si bien el principio de corresponsabilidad parental incide en el respeto al principio de igualdad en las relaciones familiares, principalmente está destinado a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, quienes se benefician del cuidado cotidiano de ambos progenitores. Por ello, estimamos que su aplicación al análisis de la legislación y resolución de casos en materia familiar hará necesario en lo futuro reexaminar instituciones clásicas del derecho de familia, tales como la custodia exclusiva, compartida o el régimen de visitas y convivencias. Esto, con miras a generar alternativas

48 Amparo directo en revisión 392/2018, párr. 68.

49 *Ibidem*, párr. 70.

50 Amparo directo en revisión 6942/2019, Primera Sala, SCJN, párr. 86.

que permitan resolver los conflictos familiares mejorando la protección de las niñas, niños y adolescentes mediante regímenes de cuidado familiar que maximicen tanto el tiempo de contacto, como la participación en la toma de decisiones ordinarias y extraordinarias de padres y madres sin prejuicios, estereotipos o sesgos de género.

VII. Derechos de niñas, niños y adolescentes y responsabilidad parental: conflictos y supremacía

En condiciones jurídicas modernas, los progenitores tienen un deber (moral y jurídico) de ejercer responsablemente el cuidado de sus hijos e hijas. Al hacerlo, transforman el poder fáctico que ejercen sobre ellos (su potestad) en autoridad. En otras palabras, los progenitores poseen la autoridad legal de educar preferentemente a sus hijos e hijas ya no por el solo hecho de ser “los padres” de esos menores de edad. Ser “responsable” de una niña o un niño importa la ejecución de ciertas funciones específicas y que otorgan “legitimidad” al ejercicio de un mero poder. Tales funciones consisten en impartir al niño o la niña, en consonancia con la evolución progresiva de su autonomía, dirección y orientación apropiadas para que ejerza sus derechos. Por tal razón, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce una serie de *derechos* para los niños, de aplicación directa e indispensable en el ámbito de las relaciones familiares y que generan deberes específicos para sus padres o adultos responsables. Entre otros, destacan el derecho a no ser objeto de violencia o maltrato (incluido el castigo corporal),⁵¹ y a que su voz sea escuchada y tomada en cuenta.⁵²

51 “Artículo 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

52 “Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Recientemente, la SCJN ha tenido oportunidad de ir sentando diversos precedentes en relación con los límites que tienen los privilegios constitucionalmente asignados a las personas progenitoras u otros adultos responsables, frente a la garantía del interés superior de niñas, niños y adolescentes y el grado y forma en que se debe dar la intervención estatal para garantizar sus derechos.

Un primer y fundamental límite se ha fincado en forma genérica bajo el principio de *autonomía progresiva*, respecto al cual la Corte ha enfatizado que

en la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Sin embargo, ello no equivale a transferir a los menores de edad las responsabilidades de un adulto. Esto quiere decir que el reconocimiento de su poder de decisión no implica que se avale una vulneración a las protecciones que éstos merecen.⁵³

En esta misma resolución, la Corte estableció que para determinar el nivel de autonomía de niñas, niños y adolescentes y la viabilidad de sus decisiones, es necesario que quien juzga realice una ponderación entre las características propias (edad, medio social, económico o cultural, nivel de madurez y aptitudes particulares) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, riesgos que asumirá y consecuencias a corto y largo plazo).

Respecto a la libertad para tomar cierto tipo de decisiones en beneficio de sus hijos, la Corte ha examinado los privilegios de padres, madres o adultos responsables en relación con tratamientos o intervenciones médicas, así como al derecho a decidir sobre su educación y ejercer su libertad religiosa. En particular, tratándose de decisiones médicas, ha precisado que los progenitores tienen la libertad de tomarlas mientras sus hijos e hijas carezcan de la madurez necesaria para hacerlo, la cual decrece conforme avanzan en su desarrollo y ejercicio de su autonomía, pues

el menor de edad podrá decidir qué tratamientos o intervenciones médicas recibir, siempre y cuando ello no afecte derechos de mayor entidad que su propia autonomía, en tanto la misma aún se encuentra en formación. Así, en caso de que

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

53 Amparo directo en revisión 1674/2014, SCJN, Primera Sala, p. 27.

la decisión del menor pueda poner en riesgo su salud, o incluso la vida, deberá optarse por aquella alternativa que procure en un mayor grado su recuperación.⁵⁴

El tribunal constitucional también afirmó que si bien tal tipo de decisiones inicialmente están protegidas por un claro campo de autonomía, estará justificada la intervención estatal en la autonomía familiar si se coloca en riesgo la salud o la vida del niño, niña o adolescente. Respecto a la educación sobre salud sexual y reproductiva, la SCJN ha afirmado que “el Estado no es susceptible de sustituir la función protectora y orientativa de los padres de familia respecto a la salud y desarrollo de los menores, sino que tanto padres como autoridades, tienen funciones distintas y complementarias”.⁵⁵

En virtud de ello, ha enfatizado que la LGDNNA no niega los derechos parentales de educar y formar a sus hijos, sino que, por el contrario, establece una obligación de las autoridades de dotarles de herramientas necesarias para llevar a cabo su función, dado que el ejercicio de la parentalidad debe atender al interés superior de niños, niñas y adolescentes y sus derechos humanos.

En un sentido similar, sobre la educación religiosa la SCJN ha establecido que

Si bien los padres tienen derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, lo cierto es que [...] es constitucionalmente razonable —y exigible— que el ejercicio de la patria potestad se encuentre constreñido a la observancia de los principios jurídicos que se encuentran encaminados a la protección holística de los menores, a fin de cumplimentar de manera plena con el interés superior del menor.⁵⁶

Esta visión doctrinaria confirma lo establecido respecto a una resignificación estructural de la figura de la patria potestad, con base en el test de constitucionalidad ejercido por la SCJN. Los derechos, autoridades y poderes parentales surgen de y se limitan por la satisfacción del máximo nivel de protección de los intereses o derechos de niñas, niños y adolescentes.

F. CONCLUSIÓN

Una de las características más destacables de la noción de responsabilidad parental es que ancla y limita a la vez las facultades, obligaciones y de-

54 Amparo directo en revisión 1049/2017, SCJN, Primera Sala, p. 32.

55 *Ibidem*, p. 70.

56 *Ibidem*, p. 80.

rechos de los padres, a la satisfacción, respeto y garantía del interés superior del niño, niña o adolescente. En otras palabras, y a diferencia de un acercamiento legal a las funciones parentales o de cuidado que pone el énfasis en los poderes, libertades o derechos de los adultos, la idea de responsabilidad parental se estructura en torno a los *intereses superiores de niñas y niños* en el marco de dicha relación. Así, las atribuciones legales sobre la crianza y el cuidado de los adultos no otorgan derechos absolutos a favor de quienes detentan dicha responsabilidad y se encuentran siempre limitadas por los derechos o intereses de los niños y las niñas.

En México, tanto la Constitución como la ley especial que desarrolla los derechos de niñas, niños y adolescentes contienen bases generales que habilitan a los cuerpos legislativos locales para introducir expresamente la figura legal de la responsabilidad parental en los códigos civiles o familiares. Si bien sólo una minoría de las legislaciones locales han reformulado la concepción tradicional de la patria potestad, la creciente jurisprudencia de la SCJN en esta materia ha ido sentando las bases de un modelo constitucional para comprender las relaciones entre progenitores e hijos o hijas. Esta nueva concepción permite revisar y reconfigurar el concepto canónico de la patria potestad, con la intención de adaptarlo al modelo convencional (CDN) y a los propios mandatos de la Constitución.

G. CUADRO DE REFERENCIAS

Constitucional y tratados internacionales

- Convención sobre los Derechos del Niño. Artículos 5 y 18.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4 párrafo noveno, décimo y undécimo.

Legislación

- Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Artículos 102 a 106.

Cuadro de jurisprudencia

- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 502/2007, 10 de octubre de 2007. Libertad religiosa.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014. Autonomía progresiva.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4698/2014. Privación de patria potestad por malos tratamientos.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 203/2016, 09 de noviembre de 2016. Educación sexual y acceso a métodos anticonceptivos.

- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017, 29 de noviembre de 2017. Limitaciones a la autoridad parental.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018. Testigos de Jehová y tutela provisional del Estado.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 392/2018. Convivencia supervisada con padre no custodio.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 331/2019. Presunción de idoneidad de la madre para ejercer la custodia.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 807/2019. Comaternidad.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6942/2019. Noción de la corresponsabilidad parental.

Bibliografía

- Bainhaim, Andrew, “Parentage, parenthood and parental responsibility: subtle, elusive yet important distinctions”, en Bainham, A., Sclater, S. D. y Richards, M. (eds.), *What is a parent?: a socio-legal analysis*, pp. 25-46, Portland (Oregon), Hart Publishing, Oxford, 1999.
- Borda, Guillermo A., *Manual de derecho de familia*, 12.^a ed., Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis, 2002.
- Comisión para el Derecho Europeo, Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental (Principios ECFL), 2007.
- Delgado, Daniel, “La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México”, en Espejo (ed.), *La responsabilidad parental en el Derecho. Una mirada comparada*, 2021.
- Dingwall R., Eekelaar J. y Murray T. *The Protection of Children: State Intervention and Family Life*, Oxford, Basil Blackwell, 1983, citado en Eekelaar, J., *Family law and personal life*, pp. 90-100, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Eekelaar, John, “Responsabilidad parental como privilegio”, Lathrop Gómez, F. y Espejo Yaksic, N. (eds.), *Responsabilidad parental*, pp. 13-31, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.
- Eekelaar, John, “Rethinking parental responsibility”, *Family Law* (31), pp. 426-430, 2001.
- Espejo Yaksic, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Lathrop Gómez, Fabiola y Espejo Yaksic, Nicolás (coords.) *Responsabilidad parental*, pp. 33-52, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.
- Espejo Yaksic, Nicolás, “From *Patria Potestas* to Parental Responsibility: Trajectories of a concept”, en Gilmore, S. y Scherpe, J. (coeds.), *Family Law Matters-Essays in Honour of John Eekelaar*, Intersentia, Cambridge, 2022.
- Espejo Yaksic, Nicolás, “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental”, Espejo Yaksic, N. (ed.), *Responsabilidad Parental: Perspectivas comparadas*, pp. 4-65, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2021.

- Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olgúin, A. (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, Centro de Estudios Constitucionales, México, 2021.
- Forslund et. al., “El apego va a juicio: problemas de custodia y protección infantil”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 32, pp. 115-139, 2021.
- Hohfeld, W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law School Faculty Scholarship, 1917. Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5383&context=fss_papers] [consultado el 9 de mayo de 2016].
- Jiménez Sanjinés, Raúl, *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor*, Editora Presencia, 2ª ed., La Paz, Bolivia, 2006.
- Jiménez et. al., “Types and intensity of postdivorce conflicts the exercise of coparenting and its consequences on children”, *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, vol. 10, núm. 1, 2019.
- Kaser, Max, *Derecho Romano Privado*, 2ª ed., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, 1982.
- McClain, L. C. y Cere, D. (eds.), *What is Parenthood? Contemporary Debates about the Family*, Nueva York, New York University Press.
- Martin, Olivier, *La Coutume de Paris trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, París, Société anonyme du Recueil Sirey, 1925.
- Méndez Chang, Elvira, *Introducción al Derecho Romano*, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- Millum, Joseph, *The Moral Foundations of Parenthood*, Nueva York, Oxford University Press, 2018.
- Nery Junior, Nelson y Nery Junior, Rosa María, *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., Revista dos tribunais, 2003.
- Newell P. y Hodgkin R., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3ª ed., Nueva York, UNICEF, 2008.
- Piella y Uribe, “Parentesco y parentalidad. Introducción al monográfico Escenarios de la parentalidad”, *Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 14, núm. 3, pp. 375-378, 2019.
- Steele, H. y Steele, M., “Parenting matters: an attachment perspective”, 2013.

Debates sobre la custodia de niños, niñas y adolescentes en México

Alma Beltrán y Puga*

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN. B. DEBATES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA CUSTODIA PREFERENTE. C. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA: CRITERIO ORIENTADOR EN ASUNTOS DE GUARDA Y CUSTODIA. D. DERECHO DE VISITAS EN CASOS DE SEPARACIÓN. E. LÍMITES A LA CUSTODIA E INTERVENCIÓN ESTATAL. F. CONCLUSIONES. G. EJERCICIO. H. ANEXO. I. CUADROS DE REFERENCIAS.

Los debates en torno a la custodia de los hijos engloban principalmente problemáticas relacionadas con la resolución de conflictos entre padres, madres y tutores sobre el cuidado de aquellos, así como la protección de los intereses de niños, niñas y adolescentes (NNA) en los juicios familiares. Estas disputas, que se ventilan en los juzgados de familia, tienen relación con el entendimiento de la responsabilidad parental, los derechos humanos de NNA dentro de las familias y la función de las instituciones estatales que procuran su bienestar cuando las familias no pueden hacerse cargo del cuidado. Este capítulo analiza, desde una perspectiva de género e infancia, la regulación de la custodia de NNA en los códigos civiles del país y los criterios más relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para adjudicarla en las disputas parentales.

A. INTRODUCCIÓN

En México, según los datos del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), en 2020 se registraron 2,316,208 familias monoparentales en México, de las cuales 2,025,973 estaban encabezadas por madres solteras

* Profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Colombia. Agradezco a Isabella Bermúdez y a Julián Pacheco, estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, la asistencia en la investigación para la elaboración de este capítulo.

(87.47%), y 290,235, por padres solteros (12.53%).¹ Tales estadísticas demuestran la disparidad de género en materia de cuidado, al ser un gran porcentaje de madres solteras quienes se encargan de la alimentación y crianza de sus hijos. La regla general dada por la legislación civil es que la custodia debe decidirse de común acuerdo en casos de divorcio. En la mayoría de los estados, cuando no hay acuerdo entre las partes sobre su designación, el juez deberá pronunciarse tomando en cuenta el principio de interés superior de la infancia y escuchando la opinión de los NNA.

La legislación civil de 14 estados² considera que si no hay designación de común acuerdo por las partes de quién detendrá la custodia de niños y niñas menores de 12 años en casos de divorcio, se otorgará provisionalmente a la madre, o establece una presunción legal a favor de las mujeres en la custodia, salvo que haya un peligro para el desarrollo de los NNA.³ El principio de interés superior de la infancia se considera un principio rector para determinar la custodia en varios estados, así como la opinión de los NNA.⁴ De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño y la jurisprudencia de la SCJN, este principio constituye un criterio orientador para determinar quién detendrá la custodia.

Cabe destacar que ningún estado establece reglas de adjudicación de la custodia cuando termina el concubinato, aunque varios hacen referencia a la igualdad de derechos y deberes de los padres y las madres en este tipo de uniones, considerando que se arreglarán de común acuerdo “en lo relativo a la educación y atención de las hijas o hijos”.⁵ Por lo tanto, existe actualmente un vacío normativo en la legislación civil para regular casos de conflictos de custodia en el concubinato. De igual forma, se carece de estudios empíricos que analicen qué tipo de custodias se otorgan con más frecuencia en México: si custodias compartidas o la crianza la realiza un cuidador o una cuidadora principal.

1 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 2020, Censo de Población y Vivienda. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/#Microdatos>.

2 Baja California del Sur, Campeche, Ciudad de México, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Ciudad de México, Nayarit, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco y Tlaxcala.

3 La Primera Sala de la SCJN declaró inconstitucional la preferencia materna prevista en el Código Civil del Distrito Federal (artículo 282) al resolver el amparo en revisión 331/2019. En 2022, la Cámara de Diputados aprobó iniciativa para eliminar la preferencia materna del artículo 282 del Código Civil Federal.

4 Véase el cuadro anexo al final del capítulo.

5 Baja California del Sur, Puebla, San Luis Potosí y Zacatecas.

La custodia tiene dos dimensiones: la física y la legal. La primera supone la decisión sobre el lugar de residencia del NNA. La segunda se refiere a la responsabilidad de los padres y madres sobre la educación, salud, cuidado y crianza de sus hijos.⁶ Los arreglos sobre la custodia implican tomar decisiones sobre cómo se ejercerán ambos aspectos.

La doctrina familiar en México considera la custodia como una consecuencia del ejercicio de la patria potestad de padres y madres.⁷ Sin embargo, es necesario entender la custodia como parte de las responsabilidades parentales. La “*responsabilidad parental* busca destacar que las niñas y los niños no son una suerte de posesión a ser controlada por sus padres o madres, sino personas con derechos y expectativas de cuidado por parte de tales adultos.”⁸

Por ende, la responsabilidad parental describe mejor las funciones parentales y pone en el centro los intereses de los NNA.⁹ “La regulación de los deberes y facultades que configuran la patria potestad debe estar orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales”.¹⁰ La patria potestad “no sólo se refiere al derecho del niño a convivir con ambos padres o su representación legal, sino también se refiere a la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y su custodia, la administración de los bienes y el derecho de corrección”.¹¹ Este deber de “corrección” no puede suponer maltrato físico o psicológico por parte de padres y madres, pues son tratos contrarios a la dignidad humana.¹²

6 Caulley, A., “Equal isn’t always equitable: reforming the use of joint custody presumptions in judicial child custody determinations”, *Boston University Public Interest Law*, vol. 27, núm. 2, pp. 403-460, 2018.

7 Chávez, M., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, México, Porrúa, 2007; Domínguez, J., *Derecho Civil Familia*, México, Porrúa, 2014.

8 Espejo, N., “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental”, en *Responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, p. 5.

9 *Ibidem*.

10 Tesis [A]: 1a. CLXIII/2011, INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 225.

11 Tesis [A]: 1a. CXI/2008, DERECHOS DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD (CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO), Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 236.

12 Tesis [A]: 1a. XLIX/2020 (10a.), CASTIGO CORPORAL COMO MÉTODO DE DISCIPLINA. LOS MALTRATOS Y AGRESIONES FÍSICAS CONTRA MENORES DE EDAD, SEAN LEVES, MODERADOS O GRAVES, SON CONTRARIOS A SU DIG-

B. DEBATES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA CUSTODIA PREFERENTE

El debate sobre si la custodia debe ser preferente para las mujeres o compartida entre la pareja refleja las posturas encontradas entre el feminismo liberal y el cultural. Las feministas culturales consideran que las normas de género neutrales refuerzan los derechos de los padres en desventaja de las mujeres cuidadoras, quienes son amenazadas en juicios de divorcio con perder la custodia sobre sus hijos,¹³ siendo más difícil la negociación de los alimentos y bienes para las mujeres en estos casos.¹⁴ Por otra parte, las liberales promueven la custodia compartida porque consideran que las cargas domésticas y de cuidado deben ser conjuntas entre las parejas o exparejas.¹⁵ Además, critican la custodia preferente por estereotipar a las mujeres en la realización de las funciones domésticas al ser privilegiadas jurídicamente para encargarse del cuidado.¹⁶

Existen ventajas y desventajas de ambos modelos. La custodia compartida implica un consenso sobre el ejercicio y la distribución de las responsabilidades parentales de salud, educación, cuidado y crianza de los NNA. Se privilegia cuando las partes pueden dialogar y llegar a acuerdos sobre estas materias. A pesar de que se puede determinar el ejercicio conjunto de la custodia legal, la residencia física se puede atribuir a una de las partes o también puede ser alternada. Un arreglo en el cual un NNA pasa entre 30 y 50% de su tiempo con alguna de las partes se considera “custodia compartida.”¹⁷ Este modelo, idealmente, da continuidad a las relaciones afectivas

NIDAD HUMANA Y VULNERAN SU DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 80, t. I, noviembre de 2020, p. 941.

- 13 Fineman, M., *The Neutered Mother, the Sexual Family, and other Twentieth Century Tragedies*, New York, Routledge, 1995.
- 14 Huaita, M., “Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña”, en Facio, Alda y Fries, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Chile, LOM Ediciones, La Morada, American University, 1999.
- 15 Barlett, K., “Feminism and family law”, *Family Law Quarterly*, núm 33, pp. 475-500, 1999-2000.
- 16 Lathrop, F., “(In)constitucionalidad de de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, núm. 2, pp. 147-184, 2010.
- 17 Caulley, A., “Equal isn’t always equitable: reforming the use of joint custody presumptions in judicial child custody determinations”, *Boston University Public Interest Law*, vol. 27, núm. 2, 2018, p. 421.

del NNA con ambas partes después de la separación y promueve la distribución de las cargas económicas.

Las desventajas son que los NNA pueden sentir inestabilidad y confusión al no tener un único hogar, un sistema de reglas cotidianas y de valores familiares exclusivo.¹⁸ La presunción legal de que la custodia compartida opera a favor de los intereses de los NNA ha sido criticada pues, en muchos casos, una de las partes no es apta para asumirla.¹⁹ (Este modelo supone que padres y madres tienen que tener una relación cordial y buena comunicación después de la separación, para tomar decisiones conjuntas sobre la salud, la educación y la crianza de los NNA).

Por otra parte, la custodia preferente asigna a un cuidador principal, usualmente (de hecho) la mujer, las responsabilidades y cargas de la crianza. Esta adjudicación efectivamente puede resultar discriminatoria tanto para las mujeres (confinándolas al cuidado), como para los hombres (considerándolos no idóneos). Sin embargo, en un país con un gran porcentaje de madres solteras y en el que las mujeres realizan principalmente las tareas domésticas y de crianza de los hijos, puede ser que esta regla sólo esté reconociendo legalmente la situación actual de muchas madres cabezas de familia. Por lo que se necesitaría pensar en ayudas estatales para este tipo de casos, en los que los hombres o las exparejas no responden por el cuidado.

Históricamente, los tribunales en México consideraron constitucional la regla de la custodia materna preferente prevaleciente en algunas legislaciones del país.²⁰ Los argumentos judiciales eran que la ley consideraba que la madre era la idónea para proporcionar al infante los cuidados necesarios, sobre todo en etapas tempranas de su desarrollo, siendo éstos insustituibles por el padre.²¹ También alegaban que “las costumbres imperantes y la realidad social nacional” presentaban a las mujeres como las más aptas para realizar estas tareas, dando sustento a la presunción legal del cuidado maternal.²² A pesar de la presunción legal a favor de las madres, algunos criterios aislados consideraban necesario realizar pruebas de oficio para analizar

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 Pérez, M., “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 116, p. 501-534, 2006. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3885>. [Consultado el 16 de noviembre de 2021].

21 *Ibidem*, p. 514.

22 *Ibidem*, p. 515.

qué era lo más benéfico para el NNA. Es decir, aplicaban un estándar más cercano al interés superior del infante.²³

En 2012, la SCJN realizó una interpretación de la custodia materna preferente en relación con el principio de igualdad y no discriminación, argumentando que el género no debe ser un factor determinante en el reparto del cuidado y las funciones domésticas, sino que dicha división debe ser objeto de discusión y acuerdo entre las partes.²⁴ La presunción general sostenida en la jurisprudencia es que tanto el padre como la madre son aptos para el cuidado mientras no se demuestre que existe un riesgo probable y fundado para los NNA de estar con alguna persona.²⁵ Es decir, “no existe una presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores para el cuidado de los hijos pues, en principio, tanto la madre como el padre están igualmente capacitados para atenderlos debidamente.”²⁶

Por tanto, la SCJN se apartó “de aquellas justificaciones basadas en la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para el otorgamiento de la guarda y custodia”,²⁷ considerando que “es un hecho notorio que el

23 *Ibidem*, p. 518.

24 Tesis [A]: 1a. XCV/2012 (10a.), PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN PREJUICIOS DE GÉNERO, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro VIII, t. I, mayo de 2012, p. 1112; Tesis [A]: 1a. XV/2020 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA. EL ARTÍCULO 282, APARTADO B, FRACCIÓN II, TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (HOY CIUDAD DE MÉXICO), QUE LA CONCEDE EX ANTE A LA MADRE, ES VIOLATORIO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN [ABANDONO DE LA TESIS AISLADA 1A. XXXI/2014 (10A.)]. Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 77, t. IV, agosto de 2020, p. 3051. Este criterio ha integrado la jurisprudencia 1a./J. 53/2014 (10a.), publicada el viernes 27 de junio de 2014.

25 Tesis [A]: 1a. XLVII/2018 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA. LA REGLA GENERAL ES QUE LOS PROGENITORES SON APTOS A MENOS QUE SE DEMUESTRE LA EXISTENCIA DE UN RIESGO PROBABLE Y FUNDADO PARA LOS NIÑOS Y NIÑAS INVOLUCRADOS, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 55, t. II, junio de 2018, p. 964.

26 Tesis [A]: 1a. LXV/2014 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 260, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SINALOA), Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 659

27 Primera Sala, Tesis [A]: 1a. XCV/2012 (10a.), PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE

funcionamiento interno de las familias, en cuanto a distribución de roles entre el padre y la madre, ha evolucionado hacia una mayor participación del padre en la tarea del cuidado de los menores, convirtiéndose en una figura presente que ha asumido la función cuidadora”.²⁸

Inclusive, cuando por ley se establezcan supuestos “limitativos” que otorguen una preferencia a la madre para ejercer la guarda y custodia, esto “no impide que el juzgador, en atención al interés superior del menor, otorgue la guarda y custodia al padre de los menores involucrados a pesar de que no se actualice alguno de tales supuestos.”²⁹ La SCJN consideraba entonces que la custodia preferente a las madres es constitucional sólo si se interpreta bajo principios de igualdad y sin crear estereotipos discriminatorios para las mujeres.³⁰ En esta lógica, se puede atribuir la custodia a las mujeres atendiendo al principio de interés superior de la infancia, pero “este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, *per se*, la persona más preparada para tal tarea”.³¹

En el 2019, la Corte declaró inconstitucional el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal³² (ahora Ciudad de México) que establece la preferencia materna en la custodia provisional, rechazando las interpretaciones conformes que había sostenido previamente. La Primera Sala concluyó que:

Sostener decisiones legislativas que mantienen la preferencia materna en el cuidado y responsabilidad de las hijas e hijos no solo impide el difícil y complejo

UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN PREJUICIOS DE GÉNERO, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro VIII, t. I, mayo de 2012, p. 1112.

28 *Idem*.

29 Tesis [A]: 1a. LXV/2014 (10a.).

30 Tesis [J]: 1a./J. 52/2014 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL, Primera Sala en Jurisprudencia, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 215.

31 *Idem*.

32 El artículo establece: “Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia materna en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.”

sendero hacia la erradicación de la feminidad tradicional, sino que tampoco abona a maximizar el interés superior del menor.

El establecimiento de una regla absoluta sin la admisión de excepciones [...] ignora la pluralidad de la realidad social.

La preferencia materna y el presumir que los hijos quedan bajo el cuidado y responsabilidad de las madres por presunción legal, no solo reafirma estereotipos de género tradicionales, sino que profundiza el mandato y la correspondiente culpa o doble carga de responsabilidad que ello genera fundado en el binomio de mujer-madre.³³

C. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA: CRITERIO ORIENTADOR EN ASUNTOS DE GUARDA Y CUSTODIA

Las decisiones estatales sobre la custodia de NNA deben estar orientadas por los principios de igualdad y el interés superior de la infancia. El interés superior de la infancia se desprende del artículo 4 constitucional, así como de la Convención sobre los Derechos del Niño, y consiste en hacer prevalecer los intereses de los NNA sobre otros intereses en juego para obtener cuidado, alimentos, educación y un ambiente seguro en su desarrollo. En principio, estos derechos deben ser satisfechos por sus padres y madres, y a falta de éstos, por sus abuelos maternos o paternos.³⁴ Con fundamento en “los artículos 1o. y 4o. constitucionales, 9, 10 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 41 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, la SCJN advierte que “los menores son titulares del derecho, entre otros, de convivencia con ambos progenitores, así como del derecho de participar en los procedimientos que los atañen”.³⁵

33 Amparo en revisión 331/2019, SCJN, Primera Sala, resuelto el 21 de noviembre de 2019.

34 Tesis [A]: 1a. XXI/2015 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA. EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS RECONOCE QUE ASISTE UN INTERÉS A LOS ASCENDIENTES DIRECTOS EN SEGUNDO GRADO PARA VELAR POR LOS DERECHOS DE SUS DESCENDIENTES MENORES DE EDAD, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 14, t. I, enero de 2015, p. 766.

35 Tesis [J]: 1a./J. 102/2012 (10a.), MENORES DE EDAD. CUENTAN CON INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE RESOLUCIONES DICTADAS RESPECTO DE SU GUARDA Y CUSTODIA (ESTUDIO CORRESPONDIENTE ANTERIOR A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES AL JUICIO DE AMPARO DE 6 DE JUNIO DE 2011), Primera Sala en jurisprudencia,

En consecuencia, los NNA cuentan con un interés jurídico propio para impugnar en amparo las determinaciones que afecten sus derechos.

La jurisprudencia de la SCJN ha reiterado que el interés superior de la infancia constituye tanto la guía para regular los derechos y deberes de la responsabilidad parental, como el criterio orientador de las medidas judiciales que deben adoptarse en casos de cuidado y educación de NNA.³⁶ Es decir, “el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia.”³⁷ Este criterio vincula a todos los órganos judiciales, los poderes públicos, padres, madres y ciudadanía. En particular, al interpretar normas de custodia, jueces y juezas deben atender:

a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos, en especial si existe un rechazo o una especial identificación; la edad y capacidad de autoabastecerse de los menores, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto.³⁸

En este sentido, se deben valorar las circunstancias especiales que padres y madres presenten para “determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre.”³⁹ Por tanto, aplicando el interés superior de la infancia, hay que considerar

Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, libro XVI, t. I, enero de 2013, p. 617.

36 Tesis [J]: 1a./J. 31/2014 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 451.

37 *Idem*.

38 Tesis [J]: 1a./J. 23/2014 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN, Primera Sala en jurisprudencia, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 450.

39 Tesis [J]: 1a./J. 53/2014 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL

no sólo un menor perjuicio sino un mayor beneficio para adjudicar la custodia, sin que el estándar esté limitado por la preferencia legal a las madres establecida en la ley. Por ejemplo, el Código Civil del Estado de Nuevo León establece la custodia preferente de la madre de niños menores de 12 años cuando no viva con el padre de sus hijos, salvo en las excepciones previstas por el mismo artículo.⁴⁰ Sin embargo, la SCJN determinó que el juez:

deberá atender no sólo al menor perjuicio que se le pueda causar a los menores, sino al mayor beneficio que se les pueda generar a los mismos. Lo anterior es así, pues la sola existencia de supuestos taxativos establecidos por el legislador para el otorgamiento de la guarda y custodia no implica que los mismos sean armónicos con el interés superior del menor, ni implica que protejan de forma integral a dicho principio en cada supuesto de hecho que pudiese presentarse.⁴¹

El mandato de juzgar con perspectiva de infancia implica también garantizar que los NNA se involucren en los procesos judiciales, tomando en cuenta su opinión, de acuerdo con sus capacidades evolutivas, “promoviendo formas adecuadas de interacción, libre opinión y comunicación clara y asertiva de la decisión.”⁴² Además de operar una suplencia de la queja amplia en los litigios sobre derechos de NNA,⁴³ se deben valorar la totalidad de las pruebas que se tengan al alcance en estos asuntos, “aun cuando en

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO], Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 217.

40 Las excepciones establecidas en el artículo 414 bis del Código Civil de Nuevo León son: dedicarse a la prostitución, el lenocinio, la embriaguez, drogadicción o cualquier otra adicción que pusiere directa o indirectamente en riesgo la estabilidad física o emocional del niño, tener enfermedad contagiosa, o si su conducta antisocial ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos.

41 Tesis [A]: 1a. CLXV/2013 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 414 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN), Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro XX, t. I, mayo de 2013, p. 539.

42 Tesis [A]: 1a. LI/2020 (10a.), JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE INFANCIA. DEBE GARANTIZARSE EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A SER ESCUCHADOS EN EL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL QUE INVOLUCRE SUS DERECHOS, TAMBIÉN EN LA PRIMERA ETAPA DE LA INFANCIA, PROMOVRIENDO FORMAS ADECUADAS DE INTERACCIÓN, LIBRE OPINIÓN Y COMUNICACIÓN CLARA Y ASERTIVA DE LA DECISIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 80, t. I, noviembre de 2020, p. 951.

43 Tesis [A]: 1a. CCII/2018 (10a.), SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE A FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. AL APLICARLA EN UN LITIGIO DE GUARDA Y CUSTODIA, NO TIENE COMO FIN FAVORECER A ALGUNO DE

la demanda de guarda y custodia se omitan plantear hechos que podrían resultar perjudiciales para los menores.”⁴⁴

D. DERECHO DE VISITAS EN CASOS DE SEPARACIÓN

Cuando sólo el padre o la madre detenta la custodia, el derecho de familia ha previsto la instauración de un régimen de convivencia o derecho de visitas que busca asegurar la continuidad de las relaciones personales de NNA con sus padres o madres y familiares cercanos.⁴⁵ El derecho de visitas “encuentra su fundamento en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño e implícitamente en el artículo 4o constitucional, toda vez que está vinculado directamente con el interés superior del menor”.⁴⁶ Por lo tanto:

el ejercicio del derecho de visitas no es absoluto ni está sujeto a la decisión arbitraria de cualquiera de los padres sino que, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, podrá estar limitado de forma temporal, espacial e inclusive modal, para asegurar el bienestar y la estabilidad emocional de los menores involucrados.⁴⁷

La SCJN ha considerado que la custodia y el régimen de visitas son figuras complementarias o paralelas para proteger los derechos de los NNA.⁴⁸

LOS PROGENITORES, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 412.

44 Tesis [A]: 1a. XVI/2011, JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, s.e., s.l., t. XXXIII, febrero de 2011, p. 616.

45 Tesis [A]: 1a. CCCVII/2013 (10a.), RÉGIMEN DE CONVIVENCIA O DERECHO DE VISITAS. EN SU IMPLEMENTACIÓN LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBE TENER COMO EJE RECTOR EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro XXV, t. II, octubre de 2013, p. 1064.

46 Tesis [A]: 1a. CCCLXVIII/2014 (10a.), DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES DE EDAD, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 600.

47 *Idem*.

48 Tesis [A]: 1a. CCCVI/2013 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD Y RÉGIMEN DE CONVIVENCIA. SON INSTITUCIONES PARALELAS Y COMPLEMENTARIAS DIRIGIDAS A SALVAGUARDAR EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN CONTEXTOS DE

Para tomar decisiones en este campo, se debe utilizar un *estándar de riesgo* para generar el menor daño posible en el desarrollo de los NNA.⁴⁹ Así, la Corte estima que en el largo plazo la falta absoluta de contacto con alguno de los padres o madres puede ocasionar más daños al niño o a la niña que los derivados de cambios en la custodia. En este sentido:

A pesar de la importancia de asegurar las convivencias, los tribunales no deben decretar el cambio de guarda y custodia sin antes haber intentado por otros medios que éstas se lleven a cabo. Sin embargo, cuando ya existen diversos requerimientos, apercibimientos y órdenes y alguno de los progenitores sigue sin presentar al menor a las convivencias, el cambio de la guarda y custodia se vuelve necesario ya que es la única medida que puede garantizar que las convivencias se llevarán a cabo.⁵⁰

La regla general es que los padres o madres “que detentan la guarda y custodia no pueden cambiar el domicilio del menor sin la autorización del juez”, cuando exista determinación judicial en la que se haya establecido el domicilio para ejercer la guarda y custodia o cuando hay un acuerdo expreso al respecto entre los padres.⁵¹ Los cambios de domicilio deben tomar en cuenta el derecho de los NNA a la convivencia frecuente con la otra parte. Cuando la libertad de tránsito de quien detenta la custodia de un niño o niña entra en conflicto con el derecho de visitas y convivencias de la otra persona, los jueces deben intentar reconciliar los derechos en conflicto. Los jueces pueden adoptar medidas para combinar la convivencia física con la comunicación a distancia por medios accesible a las partes: el teléfono, correo electrónico, etc.⁵²

CRISIS INTRAFAMILIAR, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro XXV, t. II, octubre de 2013, p.1051.

49 Tesis [A]: 1a. CLIII/2018 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA. CUANDO UNO DE LOS PROGENITORES HA INCUMPLIDO SISTEMÁTICAMENTE CON EL RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS, ES CONFORME AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR MODIFICARLA, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 317.

50 *Idem*.

51 Tesis [A]: 1a. CCCLXVI/2014 (10a.), CAMBIO DE DOMICILIO DEL PROGENITOR QUE TIENE LA GUARDIA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD. EL DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS CONSTITUYE UN LÍMITE A ÉSTE, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 596.

52 Tesis [A]: 1a. LXIX/2013 (10a.), DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A CONVIVIR CON SUS PADRES. MODOS DE RESOLVER SU CONFLICTO CON EL DERECHO DEL PROGENITOR CUSTODIO A DECIDIR SU LUGAR DE RESIDENCIA, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro XVIII, t. I, marzo de 2013, p. 883.

Cuando no son compatibles los intereses en conflicto, la autoridad judicial “puede dictar válidamente una medida cautelar de prohibición de cambio de residencia con la finalidad de preservar el entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones afectivas en tanto se resuelve sobre la posible variación del domicilio donde se ejercerá la guarda y custodia durante el juicio”.⁵³ Cabe destacar que la SCJN ha considerado que los conflictos de interés relacionados con las circunstancias de modo, tiempo y lugar del ejercicio de la custodia pueden constituir un mecanismo de control por parte de la expareja de quien la detenta, “al permitirle incidir en las decisiones más relevantes en su proyecto de vida; situación que afecta de forma desproporcionada a las mujeres en nuestro país, quienes por diversas razones asumen preponderantemente las labores de crianza.”⁵⁴

Por lo tanto, tomando en cuenta los aspectos de género, la determinación definitiva sobre el cambio de residencia deberá:

ponderar los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en el caso específico, velando siempre por el interés superior del menor involucrado, lo que además deberá hacer a la brevedad a fin de evitar una mayor injerencia de la estrictamente necesaria, en el proyecto de vida de las partes.⁵⁵

Estos conflictos ilustran que en el régimen de visitas confluyen dos derechos: el de convivencia de los padres o madres no custodios y el de los NNA a tener relaciones personales con ellos y su núcleo familiar. En consecuencia, se puede considerar un “derecho-deber” de quienes no detentan la custodia para preservar sus derechos y los de NNA;⁵⁶ es decir, parte de sus responsabi-

53 Tesis [A]: 1a. CCCIII/2018 (10a.), DERECHO DEL MENOR DE EDAD A TENER VISITAS Y CONVIVENCIAS CON SUS PADRES. LA PROHIBICIÓN DE CAMBIO UNILATERAL DE RESIDENCIA DEL PROGENITOR CUSTODIO DURANTE EL JUICIO EN EL QUE SE DIRIME ESE DERECHO, CONSTITUYE UN LÍMITE VÁLIDO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 306.

54 Tesis [A]: 1a. CCCII/2018 (10a.), DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS DE LOS MENORES DE EDAD CON SUS PADRES. EL JUEZ QUE PROVEA EN DEFINITIVA LO ATINENTE AL CAMBIO DE RESIDENCIA DEL PROGENITOR CUSTODIO, DEBE ATENDER AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EVITAR UNA INJERENCIA ARBITRARIA EN EL PROYECTO DE VIDA DE LAS PARTES, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 305.

55 Tesis [A]: 1a. CCCLXVIII/2014 (10a.).

56 Tesis [A]: 1a. CCCLXIX/2014 (10a.), DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO-DEBER, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 601.

lidades parentales. Sin embargo, las cargas económicas relativas para quienes detentan la custodia pueden incrementarse en algunos casos para promover la realización de las visitas. En estos casos, los gastos generados por desplazamientos para quien tiene la custodia de un niño o niña con la finalidad de que éste ejerza su derecho a las visitas y convivencias, se deben considerar dentro de la pensión alimenticia.⁵⁷ Por otro lado, considerando las restricciones a la circulación por la pandemia, la SCJN determinó que era posible adecuar la convivencia del régimen de visitas “para que se desarrolle a distancia, mediante el uso de medios electrónicos, como medida general de protección reforzada de la vida y de la salud del menor de edad, atendiendo a las condiciones de emergencia sanitaria por la enfermedad COVID-19.”⁵⁸

E. LÍMITES A LA CUSTODIA E INTERVENCIÓN ESTATAL

El incumplimiento de las responsabilidades parentales por algún padre o madre, o ambos, implica el límite, suspensión o pérdida de la custodia. Las legislaciones estatales establecen entre las causas de suspensión o pérdida de la patria potestad, que afectarían también la custodia: el abandono por más de tres meses si el NNA quedó a cargo de alguna persona o institución de asistencia social,⁵⁹ la violencia o el maltrato; la falta de cuidado por el uso de sustancias psicotrópicas, el consumo de alcohol, atentar contra la seguridad e integridad física, emocional o sexual del NNA; caer en estado de interdicción, o incumplir con las obligaciones alimentarias y de crianza. Otras razones atienden a la muerte de la persona que detenta la custodia, la emancipación de los adolescentes cuando contraen matrimonio antes de

57 Tesis [A]: 1a. CCCLXVII/2014 (10a.), DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. LOS GASTOS GENERADOS POR LOS DESPLAZAMIENTOS PARA EJERCERLO, DEBEN CONSIDERARSE POR EL JUEZ AL DECRETAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA CORRESPONDIENTE, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 600.

58 Contradicción de tesis 267/2020. Entre las sustentadas por el segundo tribunal colegiado en materia civil del séptimo circuito y el primer tribunal colegiado en materias civil y de trabajo del decimoséptimo circuito. Ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández. Marzo de 2021.

59 Véase, por ejemplo, el artículo 545, fracción IV, inciso b, del Código Civil para el Estado de Coahuila, que establece como causal de pérdida de la patria potestad que el padre, madre, abuelo o abuela abandone a su hijo o nieto por más de tres meses si éste quedó a cargo de alguna persona o institución de asistencia social. Adicionalmente, establece que las visitas ocasionales o intermitentes no interrumpen el término de tres meses si no tienen el firme propósito de que el menor sea reintegrado.

cumplir con la mayoría de edad y la adopción de un niño o niña que extingue las funciones parentales de los padres o madres biológicos.⁶⁰

En los casos de abandono sancionados con la privación de la patria potestad, y por tanto de la custodia, la SCJN considera que “existe una abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes inherentes a dicha función”.⁶¹ Para constatar el abandono, no sólo es necesario que transcurra el lapso fijado en la legislación en cuestión, por ejemplo, de tres meses, sino que además se debe analizar la existencia de dos circunstancias:

- (i) una causa justificada para dejar al menor al cuidado temporal de otra persona;
- y (ii) la existencia, desde el primer momento, del firme propósito de que el menor se reintegre al núcleo familiar en cuanto la situación excepcional desaparezca. Ello se debe a que si concurren las mismas, se actualizará una dejación momentánea de la guarda y custodia del menor, pero no un abandono que justifique la pérdida de la patria potestad.⁶²

En situaciones de violencia o maltrato, el Estado tiene el deber inmediato de dictar las medidas necesarias para proteger a los NNA en atención al interés superior de la infancia. Una de estas medidas consiste

en ordenar que la convivencia del menor con el progenitor —que no tiene la guarda y custodia— se realice en un Centro de Convivencia Familiar Supervisada, pues de esta forma se preserva su derecho a ser cuidado y educado por ambos progenitores, así como a mantener contacto directo con ellos, preservando las relaciones familiares; además, se satisface la obligación de protegerlo de manera preventiva contra toda forma de perjuicio o maltrato.⁶³

Las autoridades estatales deben minimizar los riesgos de daños físicos o psicológicos de los miembros involucrados en las controversias familiares. En estos casos, se debe asegurar que la convivencia familiar se desarrolle “ante la presencia de una tercera persona independiente y neutra,

60 Baqueiro, E. y Buenrostro, R., *Derecho de Familia*, México, Oxford University Press, 2009.

61 Tesis [A]: 1a. CCXI/2014 (10a.), ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SUS DIFERENCIAS CON DEJAR A UN MENOR AL CUIDADO TEMPORAL DE OTRA PERSONA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 545, FRACCIÓN IV, INCISO B, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COAHUILA), Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, t. I, mayo de 2014, p. 534.

62 *Idem*.

63 Tesis [A]: 1a. CI/2016 (10a.), INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA CONVIVENCIA PATERNO-FILIAL SUPERVISADA EN UN CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR, CONSTITUYE UNA MEDIDA ACORDE CON ESTE PRINCIPIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL), Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 29, t. II, abril de 2016, p. 1123.

así como realizar reportes de manera fidedigna e imparcial, además de que existe un sistema de circuito cerrado de televisión y se respeta la voluntad del menor”.⁶⁴

Las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, dependientes del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), ya sea en el ámbito federal o estatal, son las instituciones que deciden la guarda y custodia de NNA para ser colocados en albergues provisionales. Con base en el artículo 4º constitucional, que establece el deber estatal de proteger a las familias, “la intervención del Estado en estas circunstancias responde al principio de integración familiar consistente en que los poderes públicos protejan al menor”.⁶⁵ Estas procuradurías deben “atender a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, aplicando incluso las legislaciones sustantivas civiles correspondientes”.⁶⁶ Por ende, aunque son autoridades administrativas los actos que emiten en materia de guarda y custodia de NNA corresponden a la materia civil.⁶⁷

Finalmente, las resoluciones de guarda, custodia y pérdida de la patria potestad deben respetar los principios de igualdad e interés superior de la infancia.⁶⁸ En consecuencia, las determinaciones motivadas en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1 de la Constitución (sexo, género, raza, clase, orientación sexual, etc.), se sujetan a un test de igualdad para evaluar si tal distinción estuvo justificada o constituyó un trato discriminatorio.⁶⁹

64 *Idem.*

65 Tesis [J]: P./J. 24/2016 (10a.), PROCURADURÍAS DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, DEPENDIENTES DEL SISTEMA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA (DIF). LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO CONTRA SUS RESOLUCIONES, RELACIONADAS CON LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, CORRESPONDE AL JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL, Primera Sala en jurisprudencia, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 35, t. I, octubre de 2016, p. 32.

66 *Idem.*

67 Véase el capítulo sobre cuidado alternativo en esta misma obra.

68 Tesis [A]: 1a. CV/2014 (10a.), GUARDA Y CUSTODIA Y/O PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. LAS RESOLUCIONES RELATIVAS PUEDEN SER EVALUADAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, t. I, marzo de 2014, p. 541.

69 *Idem.*

F. CONCLUSIONES

Los debates sobre la custodia en México evidencian que las dimensiones de género tienen un gran peso tanto en la legislación civil como en la interpretación judicial de las normas que regulan la custodia. En casos de divorcio, el derecho civil considera que se debe respetar el acuerdo de las partes en la designación de quién detentará la custodia: alguno de los excónyuges o se puede optar por la custodia compartida. Si no hay acuerdo, las reglas de adjudicación varían: hay estados que promueven que la custodia provisional de niños y niñas menores de 12 años quede en manos de las madres, y otros señalan el principio de interés superior de la infancia como el criterio para determinarla. Cabe mencionar que existen vacíos normativos preocupantes respecto del concubinato y los criterios de asignación de la custodia en este tipo de arreglo afectivo. Además, se necesitan estudios empíricos sobre los tipos de custodia que se otorgan en México y si en el largo plazo estos son sostenidos o cambian por las circunstancias familiares.

Históricamente, los tribunales en México habían aplicado la custodia preferente para las madres, al considerar que eran las más idóneas para quedar al cuidado de los NNA. No obstante, en 2019 la SCJN determinó inconstitucional la custodia preferente hacia las mujeres por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación. La Corté señaló que esta norma puede reforzar estereotipos de género discriminatorios hacia las mujeres, por encasillarlas en su rol de madres, y que no existe una presunción legal de idoneidad a favor del padre o madre. Por lo tanto, las autoridades judiciales deberán aplicar el principio de interés superior de la infancia y un criterio de razonabilidad para determinar quién detentará la custodia provisional o definitiva de NNA. Si bien la custodia preferente femenina es problemática, hay que considerar que las mujeres en México son quienes, principalmente, siguen realizando el trabajo de cuidado y encargándose de las labores domésticas según los datos del INEGI.

Por otra parte, los debates feministas sobre que avanza mejor la igualdad de género en la asignación de la custodia han discutido las ventajas y desventajas de los dos modelos: la custodia preferente para las mujeres y la custodia compartida. En casos de divorcio o separación en los que ha existido un balance de las tareas de cuidado y crianza de los NNA entre las parejas, es muy probable que la custodia compartida se decida de común acuerdo entre las partes o por las autoridades judiciales. La custodia com-

partida implica que las parejas sigan en comunicación y tengan una relación cordial después de la separación para tomar decisiones conjuntas respecto de la salud, educación y crianza de los NNA; aspecto que muchas veces no se cumple, por ser una de las partes incapaz de asumir la corresponsabilidad parental.

En los casos en los que las cargas del cuidado hayan sido predominantemente asumidas por una de las partes, es muy probable que se determine la custodia a favor de un cuidador o cuidadora principal. También en situaciones en las que hay violencia, maltrato o abandono de una de las partes, seguramente una sola acabará asumiendo la custodia y las cargas económicas del cuidado. En este tipo de casos, el Estado debería procurar más apoyos económicos y un sistema estatal de cuidado que ayudara a las mujeres, considerando que son quienes generalmente terminan asumiendo la crianza de sus hijos.

Las presunciones legales que han dominado la asignación de la custodia necesitan ser cuestionadas tanto a la luz del principio de interés superior de la infancia como del principio de igualdad, tomando en cuenta que las razones de género, raza, clase y orientación sexual, de no tener una *justificación razonable*, pueden devenir en discriminación. Esto no quiere decir que las autoridades judiciales no puedan asignar la custodia a las mujeres, o deban decantarse por un modelo de custodia compartida, sino atender al caso específico y al contexto familiar en el que se presenta la asignación de la custodia para determinar cómo garantizar el bienestar de los NNA de mejor manera después de una separación, en atención de las posibilidades económicas y emocionales de los padres o madres.

En este sentido, las decisiones sobre la custodia pasan por analizar tanto los derechos de los NNA, esto es sus opiniones, intereses y bienestar, como los derechos y deberes de madres y padres respecto de su cuidado y crianza. El régimen de visitas deberá procurar que el NNA no pierda contacto con la parte que no detenta la custodia física o legal, pero sin que la que asume las mayores cargas del cuidado tenga una afectación desproporcionada en sus derechos fundamentales y en su vida privada. Finalmente, el Estado deberá intervenir en los casos en los cuales los NNA se encuentran desprotegidos en virtud de que los padres, madres o tutores no cumplen con su responsabilidad parental.

G. EJERCICIO

Con base en la información de este capítulo, así como en la investigación propia de otras fuentes, responde:

- *¿Cómo se debe leer la figura de guarda y custodia bajo el paradigma de la responsabilidad parental? (Véase también el capítulo 8).*
- *¿Por qué para la SCJN es inconstitucional la preferencia materna en la adjudicación de la custodia provisional?*
- *¿Cuáles son las ventajas y desventajas de eliminar la preferencia materna en casos de custodia?*
- *¿Bajo qué parámetros legales se debe determinar el régimen custodia y visitas?*
- *¿Qué rol tiene el Estado sobre la custodia de un NNA en situación de abandono?*
- *¿Cuáles son los beneficios de la custodia compartida?*

H. CUADROS DE REFERENCIAS

Consideraciones para determinar la custodia en los estados

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
Aguascalientes	Se designa de común acuerdo por los cónyuges. Si no hay convenio, el cónyuge que solicita el divorcio propondrá quién detendrá la custodia provisional de los hijos hasta que el juez, tomando en cuenta la opinión del NNA, resuelva la definitiva.	No	No	No

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
Baja California	Se designa de común acuerdo por los cónyuges. Si no hay convenio, el cónyuge que solicita el divorcio propondrá quién detendrá la custodia provisional de los hijos. En todo caso, el juez atenderá al interés superior de la infancia.	No	Se privilegia al cónyuge inocente.	No
Baja California del Sur	Se designa de común acuerdo por los cónyuges. Si no hay convenio, el cónyuge que solicita el divorcio propondrá quién detendrá la custodia provisional de los hijos.	Sí Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los niños y niñas menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre.	Sí Los niños y niñas menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre. En lo demás, el juez asignará la custodia a quien mejor garantice su desarrollo integral. Cuando los NNA sean mayores de 12 años y el juez lo estime conveniente, la custodia se decretará después de haberlos escuchado con asistencia de psicólogos o trabajadores sociales. El juez puede otorgar custodia compartida.	Las funciones parentales son iguales que en el matrimonio. Los concubinos arreglarán de común acuerdo la educación y atención de los hijos.

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
Campeche	Se designa de común acuerdo por los cónyuges. Si no hay convenio, el cónyuge que solicita el divorcio propondrá quién detendrá la custodia provisional de los hijos hasta que el juez, tomando en cuenta la opinión de NNA, resuelva la definitiva.	Sí Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre.	No El juez determinará los elementos de juicio que le permitan decidir con quién de los ex cónyuges los NNA tendrán asegurado su bienestar físico y mental.	No
Chiapas	A falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez podrá decretar una resolución luego de escuchar a los padres, a los NNA y a cualquier interesado, en función del interés superior de la infancia.	No	No	No
Chihuahua	Para designar la custodia se debe atender al interés superior de la infancia.	No	No	No
Ciudad de México	Los cónyuges pueden designar a la persona que tendrá el cuidado de los hijos, puede ser en todo caso compartida.	Sí Los NNA menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.	No	Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
	Si no hay acuerdo, el juez de lo familiar resolverá tomando en cuenta la opinión del NNA.	No será obstáculo para la preferencia materna el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.		
Coahuila	Para designar la custodia se debe tener en cuenta el interés superior de los NNA, la aptitud física y emocional del padre y la madre, su opinión y a las hijas e hijos, así como la de los abuelos, tíos o hermanos mayores, en caso de ser necesario.	No	No	Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.
Colima	Los cónyuges pueden acordar la persona que tendrá la custodia. A falta de convenio, el juez resolverá tomando como principio el interés superior de la infancia.	No	No Para designar la custodia, el juez está obligado a escuchar a ambos progenitores y a los hijos mayores de 14 años. Salvo que exista peligro para el NNA, el juez hará respetar el derecho de convivencia con los padres y madres.	No
Durango	Se designa de común acuerdo por los cónyuges. Si no hay convenio, el cónyuge que solicita el divorcio propondrá quién detentará la custodia provisional de los hijos.	Sí Los niños y niñas menores de 7 años quedarán preferentemente al cuidado de la madre salvo peligro para su normal desarrollo.	No Los NNA quedarán a cargo del cónyuge inocente.	No

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
	<p>En los casos en que exista violencia, los hijos quedarán bajo la custodia provisional del cónyuge o concubino víctima de dicha conducta o, en su caso, de aquel que no hubiere sido quien ejerció dicha violencia.</p>	<p>Si fuera conveniente, el juez debe escuchar la opinión del NNA.</p>		
<p>Estado de México</p>	<p>Los cónyuges pueden acordar quién tendrá la custodia de los hijos. A falta de acuerdo, el juez decretará la custodia provisional, quedando estos preferentemente al cuidado de la madre. Se debe escuchar a ambos cónyuges, a las hijas o hijos y a cualquier otro interesado, en función del interés superior de los NNA y de los sujetos a tutela.</p>	<p>Sí</p>	<p>No En el divorcio voluntario, se puede acordar quién tendrá la custodia.</p>	<p>La concubina y el concubinario tienen los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges, en todo aquello que les sea aplicable, especialmente los dirigidos a la protección de la mujer y los hijos.</p>
<p>Guanajuato</p>	<p>Se designa de común acuerdo por los cónyuges. Si no hay convenio, el cónyuge que solicita el divorcio propondrá quién detendrá la custodia provisional de los hijos. El juez resolverá lo conducente.</p>	<p>Sí Salvo riesgo para el normal desarrollo de los hijos, los niños y niñas menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre.</p>	<p>No A falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez decidirá sobre la custodia de los hijos independientemente del carácter de vencedor o perdedor en juicio, mirando sólo el beneficio de los NNA.</p>	<p>No</p>

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
			En los casos de violencia, el cónyuge culpable estará impedido para ejercer la guarda y custodia de los NNA.	
Guerrero	Los cónyuges pueden acordar la persona que tendrá el cuidado de los hijos. Pueden acordar custodia compartida.	Sí Los niños y niñas menores de 7 años deben quedar al cuidado de la madre. El juez debe escuchar a los mayores de 7 años para resolver quién tendrá la custodia.	No	No
Hidalgo	Para designar la custodia se debe atender al interés superior de la infancia.	No	No	No
Jalisco	La custodia será compartida salvo que los cónyuges acuerden quién la tendrá de manera exclusiva. El juez debe atender al interés superior de la infancia, al igual que a la opinión de los hijos en función de su edad y madurez.	No	No	No
Michoacán	Se debe asignar la custodia en función del interés superior de la infancia.	No	No	Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
Morelos	<p>Para la designación de la custodia debe procurarse, en lo posible, el régimen de custodia compartida.</p> <p>El juez debe atender al interés superior de la infancia. Los mayores de 12 años podrán decidir cuál de sus progenitores ejercerá la custodia salvo peligro para su normal desarrollo.</p>	No	No	No
Nayarit	<p>La custodia se designa de común acuerdo por los cónyuges. Si no hay convenio, el cónyuge que solicita el divorcio propondrá quién detenta la custodia provisional de los hijos.</p> <p>En todo caso, se deben tomar en cuenta los elementos de juicio para proteger el interés superior de la infancia.</p>	<p>Si</p> <p>Los NNA que se encuentren en periodo de lactancia quedarán preferentemente al cuidado de la madre.</p>	No	No
Nuevo León	<p>Se designa por ambos cónyuges de común acuerdo. Si no lo hay, el cónyuge que solicita el divorcio debe proponer a la persona que tendrá la custodia provisional.</p>	No	No	No

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
Oaxaca	<p>Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos, o bien el régimen de custodia compartida.</p> <p>Para la asignación de la custodia se debe atender al interés superior de la infancia.</p>	No	No	<p>Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia y al matrimonio, en lo que le fueren aplicables.</p>
Puebla	<p>Se debe poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.</p>	<p>Sí</p> <p>A falta de acuerdo, los menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos en los que exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.</p> <p>No será obstáculo para la preferencia de la madre el hecho de que ésta carezca de recursos económicos.</p>	<p>Sí</p> <p>A falta de acuerdo, los niños y niñas menores de 7 años quedarán al cuidado de la mamá.</p>	<p>No</p> <p>Los concubinos están obligados a coadyuvar de manera equitativa en el cuidado y la educación de sus menores hijos, así como en el mantenimiento del hogar, sin importar si realizan actividades diferentes al cuidado del hogar y si obtienen un sueldo o ganancias con motivo de las mismas.</p>
Querétaro	<p>Se designa de común acuerdo por los cónyuges.</p>	<p>No</p> <p>Custodia provisional queda para quien no represente un riesgo para el NNA, así como su interés superior.</p>	No.	No.

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
Quintana Roo	Los cónyuges pueden acordar quién tendrá la custodia provisional de los hijos.	Sí A falta de acuerdo, los niños y niñas de 12 años quedarán bajo el cuidado de la madre.	Sí Los niños y niñas menores de 12 años quedan a cargo de la madre.	No
San Luis Potosí	Para asignar la custodia se debe proteger el interés superior de la infancia.	No	No	Las funciones paterno-filiales son iguales en el concubinato y en el matrimonio; la concubina y el concubinario arreglarán de común acuerdo todo lo relativo a la educación y atención de hijas o hijos.
Sinaloa	Los cónyuges pueden acordar quiéne conservará la custodia del hijo o hija. Puede acordarse la custodia compartida.	Sí A falta de acuerdo, los niños y niñas menores de 12 años quedarán al cuidado de la madre.	No	No
Sonora	Los cónyuges pueden acordar la custodia compartida de los hijos. En los casos en que el juez lo juzgue conveniente y se trate de hijos o hijas mayores de 12 años, la custodia exclusiva o compartida se decretará después de escuchar a los menores, con asistencia de psicólogos o trabajadores sociales	No	Sí Los niños y niñas menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre.	No

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
	cuando se considere necesario. El juez debe asignar la custodia a quien garantice el desarrollo integral del NNA.			
Tabasco	Para designar la custodia se debe atender al interés superior del la infancia.	Sí Los niños y niñas menores de 7 años quedarán al cuidado de la madre.	No Por regla general, los niños y niñas menores quedarán a cargo del cónyuge inocente.	No
Tlaxcala	Para designar la custodia debe atenderse al interés superior de la infancia.	Sí Los niños y niñas menores de 6 años quedan a cargo de la madre.	No	No
Tamaulipas	Se designa escuchando a los cónyuges, los NNA y privilegiando el interés superior.	Sí Los niños o niñas en periodo de lactancia quedan en cuidado provisional de la madre.	No En caso de desacuerdo entre los cónyuges, la autoridad judicial debe privilegiar la custodia compartida, tomando en cuenta el interés superior del NNA.	No.
Veracruz	Para designar la custodia se debe atender al interés superior del menor.	No	No	No
Yucatán	Se designa por común acuerdo de los cónyuges.	No	No	No Los NNA nacidos de un concubinato tienen los mismos derechos y obligaciones que los nacidos del matrimonio.

Estado	Regla general de asignación	Custodia materna preferente como medida provisional en divorcio	Custodia materna preferente en la sentencia de divorcio	Regula la custodia en concubinato
Zacatecas	Se pondrá a los hijos o hijas al cuidado de la persona que de común acuerdo se hubiera asignado. A falta de acuerdo, la persona que solicita el divorcio puede asignar a quién le corresponde la custodia provisional. El juez decidirá al respecto. De cualquier manera, pueden acordar la custodia compartida salvo que no convenga al interés de los NNA.	No	No	No El concubinato producirá, respecto de los NNA habidos en esta unión, los mismos derechos y obligaciones que tienen los hijos del matrimonio.

Fuente: Elaboración de Isabella Bermúdez con base en las legislaciones de los estados a diciembre de 2021.

Bibliografía

- Baqueiro, E. y Buenrostro, R., *Derecho de Familia*, México, Oxford University Press, 2009.
- Barlett, K., “Feminism and family law”, *Family Law Quarterly*, núm 33, pp. 475-500, 1999-2000.
- Caulley, A., “Equal isn’t always equitable: reforming the use of joint custody presumptions in judicial child custody determinations”, *Boston University Public Interest Law*, vol. 27, núm. 2, pp. 403-460, 2018.
- Chávez, M., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, México, Porrúa, 2007.
- Domínguez, J., *Derecho Civil Familia*, México, Porrúa, 2014.
- Espejo, N., “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental”, en *Responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, pp. 5-70, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.
- Fineman, M., *The Neutered Mother, the Sexual Family, and other Twentieth Century Tragedies*, New York, Routledge, 1995.

- Huaita, M., “Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña”, en Facio, Alda y Fries, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Chile, LOM Ediciones, La Morada, American University, 1999.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 2020. Censo de Población y Vivienda. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/#Microdatos>.
- Lathrop, F., “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, núm. 2, pp. 147-184, 2010.
- Pérez, M., “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 116, p. 501-534, 2006. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3885>. [Consultado el 16 de noviembre de 2021].

Tesis y sentencias de la SCJN

- Amparo en revisión 331/2019, SCJN, Primera Sala, resuelto el 21 de noviembre de 2019.
- Contradicción de tesis 267/2020, SCJN, Primera Sala, 17 de marzo de 2021.
- Tesis [A]: 1a. CLXIII/2011, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 225.
- Tesis [A]: 1a. CXI/2008, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, tomo XXVIII, diciembre de 2008, p. 236.
- Tesis [A]: 1a. XLIX/2020 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 80, tomo I, noviembre de 2020, p. 941.
- Tesis [A]: 1a. XCV/2012 (10a.) *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I mayo de 2012, p. 1112.
- Tesis [A]: 1a. XV/2020 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo IV, agosto de 2020, p. 3051.
- Tesis [A]: 1a. XLVII/2018 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, junio de 2018, p. 964.
- Tesis [A]: 1a. LXV/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I febrero de 2014, p. 659.
- Tesis [A]: 1a. XCV/2012 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I mayo de 2012, p. 1112.
- Tesis [J]: 1a./J. 52/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I junio de 2014, p. 215.
- Tesis [A]: 1a. XXX/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, febrero de 2014, p. 658
- Tesis [A]: 1a. XXI/2015 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, enero de 2015, p. 766.
- Tesis [J]: 1a./J. 102/2012 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, enero de 2013, p. 617.
- Tesis [J]: 1a./J. 31/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 451.

- Tesis [J]: 1a./J. 23/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 450.
- Tesis [J]: 1a./J. 53/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, junio de 2014, p. 217.
- Tesis [A]: 1a. CLXV/2013 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, mayo de 2013, p. 539.
- Tesis [A]: 1a. LI/2020 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I noviembre de 2020, p. 951.
- Tesis [A]: 1a. CCII/2018 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2018, p. 412.
- Tesis [A]: 1a. XVI/2011, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, s.e., tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 616.
- Tesis [A]: 1a. CCCVII/2013 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, octubre de 2013, p. 1064.
- Tesis [A]: 1a. CCCLXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, octubre de 2014, p. 600.
- Tesis [A]: 1a. CCCVI/2013 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, octubre de 2013, p.1051.
- Tesis [A]: 1a. CLIII/2018 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2018, p. 317.
- Tesis [A]: 1a. CCCLXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, octubre de 2014, p. 596.
- Tesis [A]: 1a. LXIX/2013 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, marzo de 2013, p. 883.
- Tesis [A]: 1a. CCCIII/2018 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2018, p. 306.
- Tesis [A]: 1a. CCCII/2018 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2018, p. 305.
- Tesis [A]: 1a. CCCLXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, octubre de 2014, p. 601.
- Tesis [A]: 1a. CCCLXVII/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, octubre de 2014, p. 600.
- Tesis [A]: 1a. CCXI/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, mayo de 2014, p. 534.
- Tesis [A]: 1a. CI/2016 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, abril de 2016, p. 1123.
- Tesis [J]: P./J. 24/2016 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, octubre de 2016, p. 32.
- Tesis [A]: 1a. CV/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, marzo de 2014, p. 541.

UNIDAD 5. ALIMENTOS

Regulación y operación del régimen de alimentos que se deben a los descendientes

Sergio Iván Anzola Rodríguez

SUMARIO: A. PROBLEMÁTICA; B. EL CONTEXTO SOCIAL EN EL QUE OPERA EL RÉGIMEN DE LOS ALIMENTOS; C. ¿CÓMO REGULA EL DERECHO EL TEMA DE LOS ALIMENTOS?; I. ¿Qué son los alimentos?; II. ¿Cómo se calculan los alimentos o la cuota alimentaria que necesita una persona menor de edad?; III. ¿Quiénes están obligados a dar alimentos a las personas menores de edad?; IV. ¿Cuándo nace la obligación de dar alimentos?; V. ¿Cuándo cesa o se suspende la obligación de dar alimentos?; VI. ¿Quiénes pueden reclamar judicialmente el pago de la cuota de alimentos?; VII. ¿Qué mecanismos ofrece el derecho para hacer efectivo el pago de los alimentos?; D. LOS PROBLEMAS CON EL RÉGIMEN DE ALIMENTOS; E. ¿DE QUÉ OTRAS FORMAS SE PUEDE RESOLVER EL ASUNTO DE LOS ALIMENTOS?; F. CONCLUSIONES; G. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. PROBLEMÁTICA

La crianza y el cuidado de niños, niñas y adolescentes implica destinar recursos y trabajo a ello. Actualmente, el derecho y las normas sociales han puesto gran parte de esa responsabilidad en los progenitores. La efectividad del régimen de alimentos (es decir, si las personas menores de edad ven cubiertas de manera satisfactoria sus derechos y necesidades), su justificación moral (es decir, si está bien o no en términos morales que los progenitores sean los principales responsables de su crianza) y los efectos que este régimen tiene sobre todo en las mujeres y, en segunda medida, sobre los hombres más pobres, han sido cuestionados y examinados críticamente a través de estudios empíricos y análisis teóricos.

En línea con lo anterior, este capítulo persigue tres objetivos: el primero es ofrecer una introducción básica al régimen jurídico de los alimentos que se deben a los descendientes (¿qué son?, ¿quiénes tienen derecho a ellos?, ¿cómo se determina el monto de los alimentos?, ¿cuándo nace y se extingue la obligación?, etc.). El segundo es sensibilizar acerca del impacto que tiene ese régimen sobre las mujeres en general y sobre los hombres más pobres en particular, mostrando el contexto social en el que el régimen jurídico opera. Por último, y apoyado en la literatura existente, el texto invita a desnatu-

ralizar la forma en la que tradicionalmente se atiende el problema de los alimentos e imaginar otras maneras de resolverlo.

B. EL CONTEXTO SOCIAL EN EL QUE OPERAN LOS ALIMENTOS

Con el fin de que las viñetas¹ del contexto social mexicano que se presentan a continuación hagan sentido a la persona que lee este texto, es necesario desarrollar unas premisas que justifican el porqué mirarlas en específico.

La primera es que si bien algunas normas jurídicas (nacionales e internacionales) señalan que el Estado tiene determinados deberes frente a niños, niñas y adolescentes, el régimen jurídico de alimentos y las normas sociales que lo acompañan ponen en cabeza de la familia, y más concretamente los progenitores, la responsabilidad de proveer cuidado y alimento (comida, ropa, entretenimiento, salud, etc.) a los niños.

Lo que el derecho defina como familia es sin duda relevante, pues determina quiénes sí están obligados jurídicamente a garantizar alimentos y quiénes no. No obstante, no es menos cierto que lo que el derecho imagina que es una familia puede ser muy distinto de lo que en la realidad las personas entienden que es, y el círculo de personas y redes que, efectivamente, cuidan y atienden las necesidades de los niños.

Para el derecho, la familia puede estar basada en los lazos filiales que unen a distintas personas. Bajo esa premisa, puede estructurar determinadas obligaciones y derechos entre esas personas dejando fuera a otras. El análisis del derecho es importante no sólo porque determina quiénes tienen derecho a exigir alimentos y quiénes tienen la obligación de darlos, sino también porque crea identidades: el derecho dice quién es un padre y quién es una madre. Esas identidades, a su vez, crean roles sociales (reforzados por la coerción del derecho) que son, hasta determinado punto, interiorizados. Esas identidades crean, en mayor o en menor medida, obligaciones morales en las personas o expectativas de que ciertas personas tienen determinadas obligaciones morales. Así, por ejemplo, es posible que el padre biológico sienta más responsabilidad del cuidado de su hijo biológico que

1 Utilizo la palabra *viñeta* para ser honesto con el lector, pues la exposición de la totalidad del contexto social mexicano excedería por mucho lo que hace esta parte del texto.

un padrastro que convive con el hijo de su pareja. Asimismo, socialmente, se considera al padre biológico más responsable que al padrastro (así el padrastro tenga una convivencia mucho más cercana con el niño y ejerza más poder sobre él).

Cuando afirmo que el derecho dice quién es padre y madre, y crea identidades, es importante tener en cuenta que lo hace no sólo a través de lo que dice la norma jurídica en el código civil o penal (algo en lo que está más involucrado el Poder Legislativo), sino también a través de su aplicación o inaplicación (algo en lo que están más involucrados el Poder Judicial y los abogados y abogadas que acuden a él demandando justicia). Cuando en la realidad vemos, por ejemplo, que las tareas de cuidado y crianza recaen exclusiva o desproporcionalmente sobre las madres, mientras que los padres asumen una paternidad *light* (dedicarse únicamente a jugar fútbol con sus hijos o a actividades lúdicas); el derecho está creando y sosteniendo esas identidades y esas expectativas aun cuando la norma jurídica del código civil pretenda crear otra diferente con responsabilidades similares en cabeza de hombres y mujeres.

A pesar de la importancia del derecho en la regulación de las interacciones y el forjamiento de identidades, un análisis que se centre únicamente en lo que ordena la norma jurídica es un análisis incompleto. Por ende, es necesario ver cómo ocurren las cosas en la realidad, en el día a día. En la cotidianidad la familia puede ser algo muy diferente a lo que el derecho dice que es. Puede acercarse más a lo que típicamente entendemos por hogar o a las relaciones que se construyen éste.

En un hogar pueden convivir personas que compartan lazos filiales y personas que no. Pensemos en el caso de una mujer que se divorcia, asume la custodia y cuidado de su hijo y, posteriormente, se va a vivir con su nuevo novio, quien también tiene la custodia y cuidado de dos hijas de una relación anterior. Estas personas comparten una vivienda y conforman un hogar donde comparten recursos, obligaciones, afecto, cuidado, etc. En sentido estrictamente jurídico, este hogar no es una familia, pero cumple las funciones de una familia: da amor, cuidado y apoyo (sin olvidar que en las familias también puede haber explotación, maltrato, etc). En todo caso, el hecho de que se conforme este nuevo hogar no implica, en términos jurídicos, que desaparezcan las obligaciones y derechos que trae cada pareja respecto a sus exparejas y padres o madres de sus hijos. Tampoco implica que los hijos e hijas rompan lazos afectivos y jurídicos respecto al progenitor que no habita con ellos. Sí implica, en todo caso, una reorganización de los recursos, los afectos y las responsabilidades. Otro ejemplo de un hogar puede ser aquel en el que vive

una madre soltera con dos hijos. O un hogar donde vive una madre soltera, su hija, y sus abuelos a quienes la madre soltera cuida.

Dado que el tema de los alimentos es un tema de recursos, es decir, de cuántos recursos hay para asegurar el bienestar de los niños, quienes dan esos recursos (si sólo los progenitores o también otras personas que comparten en el hogar), qué recursos se comparten (por ejemplo, el techo y los servicios públicos se comparten entre todas las personas que habitan un hogar), qué recursos son exclusivos para el niño (su ropa, sus medicinas, etc.); es importante examinar no sólo la manera en la que el derecho ordena que se distribuyan los recursos y construyan las identidades, sino también la forma en la que las personas realmente comparten esos recursos; es decir, hay que tener un pie en el concepto jurídico de familia y otro pie en el hogar, pues confluyen, pero no son lo mismo.

Habiendo explicado esta premisa hace sentido pasar a ver la viñeta sobre el contexto social en el que opera el régimen de alimentos en México. Esta viñeta nos mostraría que ha habido cambios importantes en la forma en la que están compuestas las familias y los hogares mexicanos. Antes, la regla era que dos personas adultas (típicamente un hombre y una mujer) se casaban, tenían hijos y cohabitaban un mismo espacio por un largo periodo. Es decir, posiblemente, había una confluencia entre la idea de familia y de hogar. Este panorama ha cambiado. Ahora las uniones familiares no son sólo entre hombres y mujeres, sino que también existen uniones familiares entre parejas del mismo sexo. Ahora, las parejas no siempre se casan. Pueden tener uniones maritales de hecho o simplemente cohabitar por largos periodos o por periodos intermitentes. La estabilidad y duración de las relaciones de pareja también ha cambiado. Ahora más personas se divorcian o se separan; algunas de estas personas empiezan una relación con otra y tienen hijos. Así, hay personas que tienen hijos de distintas parejas. Algunos hogares reúnen a dos personas adultas con sus hijos de relaciones anteriores.

Estos cambios se reflejan en el hecho de que actualmente en México hay una tendencia continua en el crecimiento de hogares monoparentales, es decir, un hogar donde convive un progenitor con, al menos, un hijo que coincide con un aumento estable en el número de divorcios.² En ese mismo hogar pueden convivir otras personas, como abuelos del niño, tíos, primos,

2 Ibarra López, I., “La conformación de hogares con hijos en México: el papel del ingreso, la edad y la desigualdad salarial”, en *Estudios demográficos y urbanos.*, pp. 535-567, 2019.

etc. También puede darse el caso en el que convivan únicamente la persona menor de edad y su progenitor. Estos hogares monoparentales en su mayoría tienen una jefatura femenina.

Esto es de particular interés para el tema de alimentos, pues indica que la idea de una familia compuesta por (generalmente) un hombre y una mujer que comparten gastos y recursos para la crianza de sus hijos, cada vez se ve menos reflejada en la realidad. Ahora, lo que hay, cada vez más, son mujeres que tienen la custodia y el cuidado de sus hijos sin cohabitar con el padre de ellos.³ El paso del hogar biparental al monoparental implica por lo general más gastos económicos para los progenitores. Cuando una pareja comparte un techo puede ahorrar varios gastos y generar economías de escala. Al pasar a vivir en hogares monoparentales es posible que esa economía de escala y esos ahorros y economías de escala se desvanezcan, como ocurre cuando el padre y la madre pasan a vivir solos pagando renta de manera individual. Asimismo, pueden surgir nuevos gastos, como el pago de un jardín infantil o una niñera que pueda cuidar al niño cuando la madre tiene que trabajar (cosa que antes no ocurría, pues el padre podía quedarse en casa cuidando al niño), o pueden implicar cambios en la ocupación y trayectoria profesional: una madre que antes tenía un trabajo formal con un horario establecido se ve compelida a ingresar a un trabajo informal que le permita compaginar el cuidado de su hijo, pero que la obligue a tener menores ingresos y a quedar sin prestaciones sociales.

El paso de hogares biparentales a hogares monoparentales también puede afectar el sentimiento de responsabilidad que experimentan los progenitores en la crianza de sus hijos y por ende los recursos que destinan a ello. Por ejemplo, es posible que el hecho de interactuar menos con su hijo y disfrutar menos de su compañía genere en el padre la sensación de que no tiene por qué dar recursos a la madre, o que cuestione el monto de esos recursos.

El cruce entre recursos económicos disponibles para la crianza y la creciente tendencia de hogares monoparentales con jefatura femenina nos obliga a ver la viñeta del contexto social referente a las brechas entre hombres y mujeres. Según datos de Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), en la población general existe una brecha

3 Ibarra López, *op. cit.*

salarial entre hombres y mujeres. La brecha se amplía en la población en situación de pobreza.⁴

Este panorama es preocupante, pues invita a pensar que, posiblemente, la crianza y cuidado de los hijos cae desproporcionalmente en las mujeres (algo que ya pasaba, y pasa, en los hogares biparentales) y ellas, en comparación con los hombres, están en mayor situación de pobreza.

Esta intuición se ve corroborada por las cifras del Censo Nacional de Justicia Estatal de 2020, las cuales indican que el incumplimiento de obligación familiar es el octavo delito más perseguido en México, esto, sin contar los casos en los que hay incumplimiento y no se denuncian.⁵ Este dato, sumado al que indica que los hogares monoparentales tienen jefatura femenina, permite afirmar sin temor a equivocarse que las mujeres tienen a cargo la custodia y el cuidado de sus hijos, y que perciben un alto incumplimiento de los padres de ellos en lo que se refiere a la provisión de alimentos. Esta intuición se puede ver reforzada por los hallazgos de estudios empíricos realizados en Colombia y Estados Unidos de América.

En conclusión, los datos de México y los estudios empíricos de otros países similares invitan a pensar que el contexto social en el que opera el régimen jurídico de alimentos es uno en el que hay muchas mujeres a cargo de sus hijos y sin colaboración de sus padres. Esto sin perder de vista la brecha existente entre hombres y mujeres en lo que respecta a pobreza (las mujeres son más pobres en comparación con los hombres) y empleabilidad formal e informal (las mujeres están más propensas a trabajar en la informalidad en comparación con los hombres).

C. ¿CÓMO REGULA EL DERECHO EL TEMA DE LOS ALIMENTOS?

Esta sección está dedicada a ofrecer al lector una familiarización con las cuestiones básicas del régimen jurídico de los alimentos; basada en las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal (CCDF). Si bien puede haber variaciones entre estados, considero que éstas son marginales y no cambian en gran medida los conceptos básicos.

4 Coneval, *Informe sobre pobreza y género*, 2018.

5 INEGI, Censo Nacional de Justicia Estatal, 2020.

I. *¿Qué son los alimentos?*

Lo primero es comprender qué son los alimentos. De acuerdo con el artículo 308 del CCDF los alimentos para las personas menores de edad comprenden “La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria [...] y los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión *adecuados a sus circunstancias personales*”.⁶

II. *¿Cómo se calculan los alimentos o la cuota alimentaria que necesita una persona menor de edad?*

Si bien todas las personas menores de edad comparten unas mismas necesidades básicas, el derecho reconoce que puede haber variaciones de acuerdo con el contexto social en el que se desarrollan y la capacidad económica de sus padres. Esto implica que si bien todos los niños y niñas deben tener sus alimentos cubiertos, habrá niños cuyos alimentos sean más costosos porque son criados en familias con más recursos económicos que tienen patrones de consumo diferentes.

Lo anterior se entiende cuando el artículo 308 del CCDF se lee a la luz del 311, el cual señala que “Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos.” Este artículo crea una tensión, pues reconoce que si bien los niños pueden tener necesidades diferentes, también que la capacidad de pago del deudor será tomada en cuenta al momento de determinar el monto de los alimentos. Esta interpretación se ve reforzada por lo contemplado en el artículo 311 ter del CCDF, el cual indica que cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor, el juez deberá fijar el monto de los alimentos con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores hayan llevado en los dos últimos años.

En este punto también es importante señalar que los alimentos requeridos para el desarrollo del niño o la niña irán cambiando según sus necesidades particulares. Por ejemplo, los alimentos que necesita un niño de 4 años son diferentes a los que necesita una niña de 14 años.

Por otro lado, el cálculo de la cuota de alimentos tiene también que considerar el poder adquisitivo del dinero. Lo anterior implica que los alimentos “tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento

6 Cursivas añadidas.

porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción.” En ese supuesto, el incremento en los alimentos deberá ajustarse a lo que realmente hubiese obtenido el deudor (art. 311, CCDF).

Sobre este punto, es importante indicar que la legislación no obliga a que el deudor alimentario cumpla su obligación de una manera específica; es decir, la obligación puede cumplirse con el pago en dinero o con el pago en especie (por ejemplo, comprando todo el listado de útiles escolares necesarios para el ciclo escolar). En todo caso, sin importar la modalidad de cumplimiento, la obligación siempre deberá ajustarse a las necesidades actuales del niño o niña.

III. ¿Quiénes están obligados a dar alimentos a las personas menores de edad?

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta de ellos, o en caso de alguna imposibilidad, esta obligación recae en los demás ascendientes (art. 303, CCDF). Esta obligación, que se impone principalmente a los progenitores, puede entrar en tensión con las obligaciones internacionales que asumen algunos Estados al ratificar tratados internacionales. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niños señala en su artículo 6 la obligación de los Estados parte de “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.” Si bien los Estados crean y sostienen un ordenamiento jurídico que vela hacer efectivo que los progenitores provean a sus descendientes de los alimentos necesarios, ésta es una forma indirecta de cumplir esa obligación internacional. Otra forma de entender lo que exige la obligación internacional a los Estados sería la de garantizar directamente los alimentos de las personas menores de edad, tengan o no los progenitores los recursos para hacerlo.

Cuando los progenitores cohabitan es claro que la obligación de dar alimentos se cumple con la crianza y cuidado conjunto. Cuando los progenitores no cohabitan esto cambia. El artículo 309 del CCDF determina que cada progenitor cumpliría con su obligación ya sea integrando a la persona menor de edad a su familia (es decir, cohabitando con el niño o la niña y teniendo su custodia y cuidado) o pagando una pensión alimenticia.

En el típico escenario que sugieren los datos y el contexto social descrito en la sección anterior, una pareja de progenitores que no cohabita cumpliría estas obligaciones de la siguiente forma: la madre habría integrado al niño a su familia (en términos más precisos, a su hogar) y el padre pagaría una

cuota alimentaria periódicamente de acuerdo con las necesidades de la niña o niño y a su propia capacidad de pago.

Una situación interesante se presenta cuando uno de los progenitores aduce no poder cumplir con la obligación de proveer alimentos y, por ende, se demanda el cumplimiento de ella a los abuelos. Esto se puede vislumbrar en la contradicción de tesis 410/2014 entre el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del séptimo circuito y el primer tribunal colegiado en Materia Civil del tercer circuito resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (contradicción de criterios 410/2014).

Los hechos de la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del séptimo circuito son relativamente sencillos: de un matrimonio nace una niña. Tras la separación de la pareja y el acuerdo por parte del padre de la niña de pagar una determinada cuota de alimentos, se da un posterior incumplimiento que, según el padre, obedece a una enfermedad que le impide trabajar. Insatisfecha con esto, la madre demanda el cumplimiento de la obligación al abuelo paterno. Éste, a su vez, señala que no está obligado a cumplir, pues la madre, es decir, la demandante, goza de plenas capacidades físicas y mentales para trabajar y proveer a la niña y, por ende, la obligación alimentaria debe recaer en su totalidad sobre ella.

En el juicio de amparo proferido por el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil séptimo circuito se sostiene que del artículo 234 del Código Civil del Estado de Veracruz se desprende que la obligación de dar alimentos sólo recae sobre los ascendientes por imposibilidad de los padres y que, en el caso en estudio, la imposibilidad sólo había sido acreditada en términos probatorios por parte del progenitor, no por parte de la progenitora, razón por la cual no surgía obligación alguna en los ascendientes. Según el tribunal

Esto se sustenta en la premisa de que la obligación alimentaria opera en grado de prelación. Así, solamente cuando el padre y la madre —principales obligados a sufragar esa prestación— falten o estén imposibilitados para cumplirla puede exigirse a los diversos miembros de la familia el cumplimiento de esa obligación. En el caso, a los abuelos. [...] El sentido total de la decisión implica no obligar a los demás ascendientes a cubrir la carga alimentaria cuando la menor de edad acreedora cuenta con su madre. Como se dijo, ese derecho opera en grado de prelación, es decir, de manera subsidiaria. Por lo tanto, la madre debió acreditar su estado de incapacidad, el cual no puede inferirse por el simple hecho de promover la demanda; ya que ella está obligada a contribuir a la manutención de sus menores hijos antes de poder exigirlo a los demás ascendientes de ambas partes[...].⁷

7 Contradicción de criterios 410/2014.

Por otro lado, los hechos que originan el amparo directo 283/2013 emitido por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito son los siguientes: la madre de dos niños interpuso una demanda civil en contra del padre de sus hijos y del abuelo paterno reclamando alimentos. La razón para justificar que el abuelo fuera incluido en la demanda fue que el padre de los niños estaba preso por un delito federal.

La primera y segunda instancias fallaron en contra de la demandante aduciendo que no se había acreditado la incapacidad total por parte de los progenitores de proveer por sus hijos y, además, el progenitor había manifestado realizar determinadas actividades económicas al interior del penal que le permitían aportar a la manutención de sus hijos.

La decisión fue revertida por el Primer Tribunal Colegiado en materia civil del tercer circuito en un juicio de amparo directo. Este determinó que, a fin de garantizar el principio constitucional de la prevalencia de los intereses de los niños, el tribunal estaba obligado a recabar de oficio “todos los medios de convicción idóneos para determinar jurídica y objetivamente, las posibilidades reales del deudor principal”. El tribunal determinó que

toda vez que el padre de los menores se encuentra en prisión o recién salido de ésta, ese hecho implica una disminución de la condición económica del deudor alimentario, al encontrarse limitada su actividad laboral y conlleva a tener por actualizada la hipótesis prevista en el citado dispositivo en aras de otorgar una pensión alimenticia suficiente para garantizar el sano desarrollo físico y emocional de los menores, en observancia al principio de interés superior del niño.⁸

En razón de lo anterior, el tribunal concedió el amparo dejando insubsistente la sentencia reclamada y ordenando dictar otra en la que se recabaran de oficio las pruebas necesarias para acreditar la capacidad económica del deudor para cubrir con suficiencia las necesidades de los niños.

En vista de las decisiones y criterios disímiles, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que efectivamente se configuraba una contradicción de tesis pues

mientras el primero de esos órganos concluyó que esa obligación sólo se actualiza ante la falta o imposibilidad física o mental de ambos progenitores, el segundo de ellos, admite la posibilidad de que ello no necesariamente es así, pues al respecto implícitamente consideró que basta la disminución en la capacidad económica de uno solo de los progenitores, para actualizar dicha obligación.⁹

8 *Idem.*

9 *Idem.*

En su decisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación optó por considerar que la obligación de proveer alimentos por parte de los abuelos sólo se configuraba cuando había una ausencia de los progenitores (ya sea por fallecimiento, por que fueran personas desaparecidas o por que no se conociera su paradero) o cuando hubiese un impedimento total para proveer alimentos; es decir, fue estricta en la interpretación de las normas en el sentido de considerar que la obligación principal recae en cabeza de los progenitores y las situaciones en las que se obliga a los abuelos son sumamente excepcionales. De esta forma, la Corte consideró que, por ejemplo, la carencia de empleo por un tiempo, no puede ser causa suficiente para obligar a los abuelos a proveer alimentos.

El hecho de que, en un momento dado, los progenitores no tengan trabajo, no es suficiente para actualizar la obligación subsidiaria de los abuelos, pues con independencia de que pueden conseguir un empleo a través del cual obtengan recursos para satisfacer las necesidades alimenticias de sus menores hijos y las suyas propias, en todo caso, también sería preciso verificar que no tienen bienes con los cuales satisfacer las necesidades alimentarias de sus hijos.¹⁰

La excepcionalidad de esta situación, es decir, de aquella en la que ambos o uno de los abuelos es obligado a proveer alimentos, se hizo más fuerte con la determinación de la Corte de que la imposibilidad de proveer materialmente por los descendientes debe configurarse en ambos y no sólo en uno de los progenitores. Al respecto, la Corte argumentó

cuando subsista un deudor alimentario primario o preferente, es quien como titular de la obligación debe afrontar el pago de alimentos a sus descendientes. Entender de modo diverso la obligación alimentaria a cargo de los progenitores implicaría aceptar que, aun existiendo un deudor principal, es posible reclamar dicha obligación de forma indistinta a cualquiera de los deudores subsidiarios o a todos en su conjunto, lo que haría nugatorio el orden de prelación y alteraría la naturaleza del vínculo legal.¹¹

IV. ¿Cuándo nace la obligación de dar alimentos?

Si bien no existe una norma que indique de manera clara cuándo nace la obligación de dar alimentos a los descendientes, el artículo 308 del CC-DF, al señalar que los alimentos comprenden los gastos del embarazo y el

10 *Idem.*

11 *Idem.*

parto, da a entender que esta obligación existiría desde el momento de la concepción.

Un caso difícil, pero sobre el cual ya se pronunció la SCJN, es cuando se reclaman los alimentos de manera retroactiva. Éste fue el caso de una mujer mayor de edad que en 2012 demandó de su progenitor el pago de una pensión alimenticia que respondiera a sus necesidades presentes, y también los montos que dejó de percibir durante su infancia. En este caso específico el vínculo filial entre ella y su padre se determinó por sentencia judicial en 2010. Éste era un caso difícil, pues implicaba decidir si dicha obligación existía y podía retrotraerse aún a pesar de que el vínculo filial sólo se había establecido en 2010 ¿Si el progenitor sólo había tenido seguridad jurídica de ser efectivamente responsable jurídicamente de proveer alimentos a partir de 2010, podían cobrarse las cuotas de alimentos previas a esa fecha? La SCJN determinó que sí podía demandarse el pago de las cuotas alimenticias previas originadas durante la infancia de la demandante; no obstante, señaló que para cuantificar el monto de los alimentos retroactivos se debían tomar en cuenta los siguientes aspectos:

a) si existió o no conocimiento previo del embarazo o del nacimiento de la reclamante; b) la buena o mala fe del deudor alimentario durante el procedimiento; c) considerar que en el progenitor recae la carga de probar la existencia de razones justificadas por las que deba ser relevado de la obligación de contribuir al sostenimiento del menor a partir de la fecha de nacimiento; y d) los demás elementos que tradicionalmente han servido como marco de referencia para su determinación, tal es el caso de la capacidad económica del deudor alimentario.¹²

V. *¿Cuándo cesa o se suspende la obligación de dar alimentos?*

De acuerdo con el artículo 320 del CCDF la obligación de dar alimentos cesa cuando el descendiente deja de necesitarlos. Esta fórmula abierta, en oposición a una cerrada que, por ejemplo, señalara que los alimentos se deben sólo a los descendientes menores de 18 años, reconoce que hay distintos tipos de familias con distintas capacidades y necesidades, y, por ende, distintas obligaciones para los progenitores. Por ejemplo, en el caso de una pareja con recursos económicos suficientes, cuyo hijo pueda ingresar a la universidad, implicará que los padres, cohabiten o no, tengan una relación sentimental o no, estén obligados a dar alimentos a ese hijo así ya sea mayor de edad.

12 Amparo directo en revisión 1388/2016.

De acuerdo con el mismo artículo, la obligación puede cesar cuando el deudor carezca de medios para cumplirla. Esto se da, por ejemplo, cuando el padre no tiene empleo o ingresos para pagar la cuota y valerse por sí mismo. En estos casos, la obligación se suspende temporalmente y vuelve a nacer en el momento en que el deudor cuente con recursos para cubrirla.

Además, el artículo reconoce tres situaciones puntuales en las que la obligación puede cesar o ser suspendida, según el caso: en situaciones de violencia familiar o injurias graves inferidas del descendiente hacia su progenitor; cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del descendiente que ya es mayor de edad, y cuando el descendiente, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

VI. ¿Quiénes pueden reclamar judicialmente el pago de la cuota de alimentos?

El artículo 315 del CCDF reconoce que los alimentos los puede reclamar el propio descendiente, la persona que ejerce la patria potestad o que tiene la guardia y custodia del niño o la niña, el tutor, los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, quien tenga bajo su cuidado a la persona menor de edad y el Ministerio público.

A la luz del contexto social descrito, lo más probable es que la mayoría de reclamos de alimentos provengan de la madre jefa de hogar y que tiene la guardia y custodia del niño o niña.

VII. ¿Qué mecanismos ofrece el derecho para hacer efectivo el pago de los alimentos?

La obligación de proveer alimentos es una de carácter civil. Además, el Código Penal establece el delito de inasistencia alimentaria (art. 193, CPDF).

Como obligación legal, contenida en el Código Civil, los alimentos se pueden reclamar a través de una demanda civil que lleve a una sentencia judicial en la que se establezca si existe o no la obligación, y, en caso de existir, la forma de satisfacerla y el modo de hacerlo; es decir, el monto de la cuota y la periodicidad en la que ésta debe entregarse. La obligación de proveer alimentos también puede determinarse de mutuo acuerdo por las partes a través de un convenio en el cual se especifique de manera clara y exigible la obligación.

A fin de asegurar o incentivar el cumplimiento de la obligación, el CCDF establece diversas herramientas: primero la posibilidad de asegurar el pago a través de una hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad suficiente para cubrir los alimentos (art. 317). Segundo, cuando la persona obligada a proveer alimentos incumpla por un periodo igual o mayor a 90 días, el juez podrá ordenar su inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Si bien el CCDF no indica qué efectos o sanciones genera estar registrado en él, dado que en el artículo 311 quáter señala que los derechos de los acreedores alimentarios tienen preferencia sobre otros acreedores, en lo que respecta a los ingresos y bienes del deudor alimentario, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos puede ser una herramienta de información valiosa a terceros que interactúen con los deudores morosos, como lo pueden ser entidades bancarias, crediticias o cualquier otra persona que esté considerando entrar en un negocio jurídico con el deudor y que pueda ver sus expectativas o derechos afectados por las obligaciones incumplidas del deudor con sus descendientes. Tercero y último, el CCDF otorga al juez la potestad de solicitar informes a cualquier persona que por su cargo pueda tener información relevante sobre la situación económica del deudor, como podría ser su empleador o un socio comercial (art. 322). En caso de que la persona se abstenga de otorgar la información, o no lo haga en la manera solicitada por el juez, podrá ser sancionada y responder solidariamente por daños y perjuicios que cause al acreedor alimentista.

El incumplimiento de obligación alimentaria, como se señaló, está tipificado como delito. El bien jurídico que protege es la vida y subsistencia de la persona que recibe los alimentos. Es un delito querellable y no se persigue de oficio. La regulación penal, al menos para el Distrito Federal, contempla sanciones penales no sólo para el deudor alimentario, sino también para las personas que puedan ayudar a encubrirlo con el fin de que no satisfaga sus obligaciones. La regulación penal es concordante con la civil en el sentido de que para establecer el monto de los alimentos o la reparación del daño, se atenderá a la capacidad económica del deudor.

D. LOS PROBLEMAS CON EL RÉGIMEN DE ALIMENTOS

Los cambios sociales referentes a la composición de las familias y hogares descritos en la primera parte de este texto nos invitan a examinar y pensar si el régimen jurídico que vela por garantizar los alimentos a los descendientes funciona de manera adecuada. Antes, cuando la idea de familia

y hogar coincidían de manera más exacta, cuando las uniones familiares eran más estables, podríamos suponer que la cohabitación, sumada a la solidaridad, podrían asegurar (al menos hasta cierto punto) que los descendientes aseguraran los alimentos de sus hijos. Esto es, por supuesto, una suposición. Podría ocurrir que las familias, a pesar de convivir por periodos muy largos, no pudieran garantizar por sí solas las necesidades de los niños y adolescentes. Podría pasar también que la responsabilidad por asegurar esos alimentos no fuera asumida de manera equitativa por los progenitores. No obstante, creo, podemos presumir que podíamos depender menos del funcionamiento del derecho (ya sea por la coerción que ejerce o por las identidades que forja) y confiar más en el altruismo y solidaridad que, suponemos, caracteriza el funcionamiento de las familias. Ahora, con un escenario social diferente, deberíamos preocuparnos más por la manera en la que el derecho trata de garantizar los alimentos de las personas menores de edad y en los efectos que tiene sobre las personas que orbitan alrededor de ese régimen, es decir, los progenitores.

A la fecha, no conozco un estudio empírico enfocado en el funcionamiento del régimen de los alimentos a los descendientes en México: qué tan bien funciona, cuántas demandas y denuncias hay, quiénes son las personas que reclaman alimentos, etc. No obstante, el hecho de que el delito de incumplimiento de obligación familiar sea el octavo delito más perseguido en México según el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal, sugiere que algo no funciona bien y la solidaridad o el altruismo no son incentivos suficientes para asegurar los alimentos de los niños.

El indicio de que el régimen de alimentos no funcione adecuadamente nos debe preocupar no sólo por el bienestar de los niños, sino también por la situación de sus progenitores. Nos debe preocupar en varios sentidos. Por el lado de los deudores nos invita a pensar en las razones del incumplimiento: ¿incumplen a pesar de contar con los recursos económicos o incumplen porque no tienen los recursos para hacerlo? Indagar en esas razones permitirá entender mejor el problema y las soluciones. A continuación, sugeriré una serie de reflexiones que inviten a pensar en los problemas del régimen de alimentos. Empezaré por los deudores haciendo la suposición (basada en el contexto social mexicano descrito al comienzo del texto) de que, en su mayoría, son hombres, y posteriormente pasaré a las madres.

Si los deudores incumplen a pesar de tener los recursos económicos esto puede implicar diversas cosas y diversas soluciones. Puede implicar que los deudores son abiertamente irresponsables y no se sienten compelidos a cumplir. En este caso, la solución sería obligarlos a cumplir a través de em-

bargos o de la amenaza del derecho penal (algo que de hecho ya se intenta hacer). Dado que no contamos con estudios empíricos al respecto, es difícil saber qué tan efectivo es el régimen de alimentos en coaccionar y lograr el cumplimiento de hombres renuentes a hacerlo.

Que los hombres deudores incumplan a pesar de contar con los recursos puede incluso implicar repensar y reevaluar la fuente de la obligación moral de proveer alimentos a los descendientes: ¿Será que no cumplen porque no se sienten moralmente obligados?¹³ ¿Cómo expresa un padre su consentimiento de querer asumir la paternidad y dar sustento a sus hijos? ¿Se desprende y se presume del hecho de tener relaciones sexuales? ¿Qué pasa con el padre que concibe un hijo, pero no quiere o no puede asumir la paternidad? ¿Es posible y deseable obligarlo a dar alimentos a ese niño? ¿Debería tener derecho a renunciar a la paternidad? Si bien estas discusiones pueden ser espinosas y complicadas, no deberíamos descartar la conveniencia de tenerlas de manera franca.

También puede implicar pensar cómo se mantiene vigente y viva la responsabilidad moral que conlleva al pago puntual y responsable de las cuotas ¿Será que los hombres no cumplen porque disfrutan, o creen que disfrutan, menos de sus hijos por el hecho de no cohabitar con ellos? ¿Será que conciben a sus hijos como un “bien” sobre el cual pagan una determinada suma de dinero acorde al beneficio o goce que extrae de él? Estas preguntas nos empujarían a discutir si sería adecuado ver a los hijos de esa forma, si el régimen de alimentos se debe adaptar a esa forma de entender la paternidad, o si, por el contrario, el régimen de alimentos debe fomentar un entendimiento distinto de lo que es la paternidad, lo que implica y cómo se ejerce.

Siguiendo con los deudores, deberíamos pensar en qué pasa con los que incumplen porque realmente no tienen recursos para velar por sí mismos y por sus hijos. Sobre este punto, vale la pena reiterar que, sin estudios empíricos, es difícil determinar cuánto del incumplimiento general proviene de este grupo de hombres. Sin duda puede haber un incumplimiento significativo de parte de aquellos que sí tienen recursos para hacerlo. No obstante, sería erróneo afirmar que todos los casos de incumplimiento son en realidad consecuencia de una paternidad irresponsable. En países con altos índices de pobreza es posible que el incumplimiento no obedezca a una falta moral

13 Para una reflexión crítica sobre la fuente de la obligación moral que pone en cabeza de los progenitores la obligación de proveer por sus hijos, véase Altman, S., “A Theory of Child Support”, *Int J Law Policy Family*, 17(2), pp. 173-210, 2003. Disponible en: <http://lawfam.oupjournals.org/cgi/content/abstract/17/2/173>.

sino a condiciones estructurales que dificultan o impiden cumplir, incluso a aquellos que quieren hacerlo.¹⁴

La forma actual en que se determina el monto de la cuota alimentaria tiene en cuenta la capacidad de pago del deudor; es decir, el régimen es sensible a su situación. No obstante, en algunas legislaciones, esa sensibilidad llega hasta un límite. Por ejemplo, cuando es imposible acreditar o probar los ingresos del deudor, algunas legislaciones presumen un ingreso determinado; por lo general, el salario mínimo. En algunos casos, la presunción de que el hombre gana regularmente una suma igual o similar al salario mínimo puede resultar equivocada. En estos casos, a los ojos del derecho, el incumplimiento, y las consecuencias que de él derivan son inminentes. Las consecuencias que se atribuyen al incumplimiento pueden, en determinadas ocasiones, agravar la situación no sólo del hombre que incumple, sino del niño y su madre. La sanción penal acompañada de su inclusión en el registro de deudores morosos pueden insertar al hombre en un espiral de pobreza del cual sea sumamente difícil salir, dificultando su inserción en el mercado laboral y en los servicios financieros. Asimismo, la persecución civil o penal de los hombres en situación de pobreza puede debilitar el lazo afectivo que tienen con sus hijos y quebrar, paulatinamente, la relación que tengan con la madre de éstos. Lo anterior puede conllevar a que el sentido de responsabilidad moral de proveer a sus hijos (que en este caso presumimos que existe) se afecte. La encarcelación de los hombres más pobres también afecta a sus parejas, pues dejan de recibir los recursos que podrían recibir de ellos.

Las madres, mujeres jefas de hogar, ven sus vidas afectadas de diversas formas por la operación del régimen de alimentos. El primer punto a tener en cuenta es que, por lo general, son las mujeres las que tienen el cuidado y custodia de los niños y niñas. Tengan recursos económicos o no, están obligadas a velar por el bienestar de la persona menor de edad. Los hombres deudores ven esa obligación matizada de acuerdo con su situación económica. La madre que no tiene recursos suficientes para cuidar a su hijo sí está obligada a lo imposible; el padre, no. Esto genera, de entrada, una desventaja evidente para las mujeres. Sus días se deben dividir entre el cuidado de sus hijos y la obtención de recursos suficientes para su crianza.

14 Mincy, R. B. y Sorensen, E. J., "Deadbeats and turnips in child support reform", *Sage Public Administration Abstracts*, 25(1), 1998; Huang, C.-C., Mincy, R. B. y Garfinkel, L., "Child support obligations and low-income fathers", *Journal of Marriage and Family*, 67(5), 2005; Harris, L. J., "Questioning child support enforcement policy for poor families", *Family Law Quarterly*, 45(2), pp. 157-172, 2011.

Esto implica acomodar sus días de manera que se puedan conciliar ambas obligaciones. Esto puede llevarlas a trampas de pobreza como abandonar sus estudios formales o ingresar a trabajos informales donde es más fácil trabajar y cuidar de sus hijos al tiempo.¹⁵

La obligación de velar por sus hijos hace que las mujeres no sólo trabajen más, sino que, además, tengan que destinar tiempo y recursos para perseguir judicialmente a los padres de sus hijos. Sus vidas se “burocratizan”: tienen que ir a juzgados, notarías, sacar copias, gastar dinero en abogados, etc. Esto obviamente implica el gasto de dinero, pero también, la solicitud de permisos laborales que muchas veces pueden poner en riesgo sus trabajos. Las mujeres entran en estas rutinas de una manera ambigua: muchas veces “ganan” en el sentido que obtienen una condena favorable y su reclamo se escucha, pero también “pierden”, pues de la sentencia a recibir efectivamente el dinero hay un trecho muy grande. Además, como se indicó, ganar implica gastar tiempo, lo que posiblemente puede significar perder otras cosas o poner en riesgo algunas.¹⁶

Si bien los indicios sugieren que el régimen de alimentos en México no funciona bien y afecta dramáticamente a las mujeres, también deberíamos mantenernos alerta cuando funciona “bien”. El cumplimiento del pago de las cuotas puede ocultar el ejercicio de violencia por parte de los hombres. El pago de la cuota puede estar condicionado al pago de favores sexuales por parte de la mujer al hombre, a controles sobre los gastos que ellas hacen o a la condición de que ellas sigan estando disponibles para su expareja.¹⁷

El funcionamiento adecuado del régimen de alimentos, entendiendo por *adecuado* no necesariamente la entrega efectiva y no violenta de la cuota, sino simplemente el hecho de que los jueces fallen a “favor” de las mujeres, tiene que ser examinado de manera crítica. El trabajo de Jaramillo, centrado en el contexto colombiano, mostraba por ejemplo que al examinar de manera sistemática los fallos era posible evidenciar una discriminación

15 Stirling, K. y Aldrich, T., “Child support: who bears the burden?”, *FARE Family Relations*, 57(3), pp. 376-389, 2008.

16 Buchely, L. *et al.*, “Rasguñando lo público: negociaciones precarias en las conciliaciones de alimentos”, en Jaramillo Sierra, I. C. y Anzola Rodríguez, S. I. (eds.), *La batalla por los Alimentos: el papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, 2018.

17 Luna Vinuesa, D. R., “Los espacios de los alimentos: las discusiones alrededor de la creación de registros de deudores alimentarios morosos en Perú y Colombia”, en Jaramillo Sierra, I. C. y Anzola Rodríguez, S. I. (eds.), *La batalla por los alimentos: el papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Chile, Universidad de los Andes, 2018.

en contra de los hijos extramatrimoniales y las mujeres más jóvenes; es decir, las cuotas asignadas a hijos matrimoniales eran más altas que las asignadas a los extramatrimoniales; por otro lado, las cuotas entregadas a mujeres mayores eran más altas que las entregadas a mujeres más jóvenes. La diferencia en el trato a los hijos extramatrimoniales puede obedecer a prejuicios conscientes o inconscientes por parte de los operadores jurídicos y la sociedad en general; lo que hace el derecho es reproducirlos. Por otro lado, la diferencia en la cuota de acuerdo a la edad de las mujeres podría ser explicada por una posible diferencia en la capacidad de negociación, siendo las mujeres mayores mejores negociadoras que las más jóvenes.¹⁸

E. ¿DE QUÉ OTRAS FORMAS SE PUEDE RESOLVER EL ASUNTO DE LOS ALIMENTOS?

Como se indicó, identificar la mejor forma de resolver el asunto de los alimentos requerirá entender mejor las razones de su incumplimiento. No todos los incumplimientos se dan por las mismas razones y el incumplimiento afecta de distintas formas a distintas mujeres y hombres. A continuación se mencionan algunas medidas empleadas en otros lugares cuyo fin es tener un régimen de alimentos más eficaz y más sensible a los intereses de todas las personas involucradas en su operación y sus efectos.

Un primer grupo de posibles acciones estaría orientado a persistir en la estructura básica del régimen actual, pero haciendo algunos ajustes en lo que respecta a su operación. En este escenario los progenitores seguirían siendo los principales responsables de velar por los alimentos de sus descendientes. Dentro de este grupo de acciones se buscaría mejorar la existencia de registros de deudores morosos para perseguir de manera más efectiva el patrimonio de aquellos hombres que sí tienen con qué responder. Otra acción enfocada en eliminar o por lo menos disminuir la desigualdad entre las mujeres que producen los jueces al emitir fallos con cuotas alimentarias que varían en su monto sin justificación alguna sería la de regular de manera más estricta la fijación de la cuota utilizando tablas que tengan en cuenta las necesidades de los niños, y el estrato social de sus progenitores. El uso de estas tablas podría controlar la subjetividad del juez y responder de mejor

18 Jaramillo Sierra, I. C., “El papel del derecho en la producción de la desigualdad: el caso de los alimentos”, en Jaramillo Sierra, I. C. y Anzola Rodríguez, S. I. (eds.), *La batalla por los alimentos*, Chile, Universidad de los Andes, 2018.

manera a las necesidades del niño o niña y las posibilidades de pago de los padres.¹⁹ En este grupo de acciones podrían incluirse aquellas tendientes a que el padre siga siendo responsable de la provisión de alimentos pero sea el Estado, a través de alguna entidad, el que persiga su pago. La cuota de alimentos la daría el Estado a la mujer y así cortarían el vínculo entre ella y su expareja, el cual, como se mencionó, puede facilitar el ejercicio de violencia por parte del hombre. Dentro de este supuesto yace también la propuesta de Jaramillo de acabar con la discriminación de géneros, la cual facilita que los hombres más pobres sean movilizados por el territorio como mano de obra barata desmembrando así las familias o la posibilidad de formar una familia. Si los trabajos típicamente considerados masculinos (construcción, minería, fuerza pública, etc.) se transformaran en espacios igualitarios donde hombres y mujeres pueden emplearse, habría más posibilidad de que las unidades familiares permanecieran juntas y no hubiese desarraigo de los hombres respecto a sus hijos y parejas.²⁰

Alejándonos un poco de las soluciones que parten del supuesto de los progenitores como principales responsables, podrían contemplarse modificaciones a las reglas que asocian la paternidad a la biología en lugar de la residencia. Esta manera de pensar hace que los hijos que no viven con sus padres biológicos y no tienen ningún tipo de vínculo afectivo con ellos queden desprotegidos (o, al menos, sólo protegidos por su madre). A su vez, la pareja actual de su madre no es padre putativo ni biológico, sino a lo sumo un “extraño” en casa. Este hombre no tiene ninguna responsabilidad frente al hijo de su pareja, pero tampoco derecho alguno (por ejemplo, el derecho a heredar). Si se privilegiara (o al menos contemplara la posibilidad) de establecer la paternidad con base en la residencia (quien cohabita con el niño) en lugar de la biología, podrían establecerse redes de colaboración más seguras, eficaces y que reflejen realmente la manera en que se administra el cuidado y afecto entre las personas.²¹

Ya alejándonos por completo de la idea según cual los progenitores deben ser los principales proveedores de los alimentos de sus descendientes, entraríamos al terreno de las acciones tendientes a dar un papel más relevante al Estado en la provisión de recursos para los niños. El tránsito a este espacio se justifica al menos bajo tres razones: la primera es cuestionar la

19 Goldfarb, S., “Child support guidelines: a model for fair allocation of child care, medical, and educational expenses”, *Family Law Quarterly*, XXI, 1987.

20 Jaramillo Sierra, *op. cit.*

21 *Idem.*

base moral que justificaría que son los progenitores los principales responsables de proveer por sus hijos;²² el segundo, y conectado con el anterior, suponer y entender que los descendientes lejos de ser “propiedad” de sus padres o de generar un beneficio exclusivo para ellos, son en realidad una fuente de beneficios públicos: todos como sociedad nos beneficiamos de que todos los niños y niñas, sean hijos nuestros o no, vean sus necesidades básicas satisfechas; el tercero y último, el fracaso del régimen actual que lesiona gravemente a las mujeres y hombres más pobres.

La provisión de recursos por parte del Estado puede manifestarse de diversas formas, como en subsidios, transferencias de recursos sin condición alguna (es decir, dar a las familias determinada suma de dinero sin exigir que haga algo en particular —llevar al niño a la escuela, vacunarlo, darle una alimentación adecuada, etc.—). Otra posible manifestación de esta idea sería reconocer las actividades sexuales como una actividad potencialmente riesgosa que debe ser atendida como sociedad. Este entendimiento podría llevar al diseño de un esquema de seguros en el que, de manera periódica y constante, los hombres, a través de sus empleadores, harían un aporte a un fondo común destinado a cubrir los alimentos de todas las personas menores de edad.²³

F. CONCLUSIONES

Los cambios sociales y, más específicamente, el cambio en la composición de los hogares nos pone de presente la importancia de pensar, diseñar e implementar un régimen de alimentos que funcione de manera eficiente. La eficiencia de ese régimen no se verificará simplemente por su capacidad de recoger regularmente las cuotas por parte de los padres deudores, sino también por la manera en que esto ocurra. Como se mencionó anteriormente, un régimen altamente eficiente puede estar ocultando el ejercicio de violencia por parte de los hombres hacia las mujeres.

A mi juicio, para avanzar en estas discusiones es urgente realizar estudios empíricos que observen cómo funcionan los alimentos en el terreno. Las investigaciones realizadas en otros lugares dan algunas luces al respecto, pero, sin duda, puede haber variaciones importantes en el contexto mexicano. Estos

22 Altman, *op. cit.*

23 Anzola Rodríguez, S. I., “Dos visiones alternativas y ‘descexcepcionalizadas’ del régimen civil de alimentos”, en *La batalla por los Alimentos*, Chile, Universidad de los Andes, 2018.

estudios empíricos deben tener una particular atención al concepto de la interseccionalidad y pensar que si bien es posible que todas las mujeres pierdan hoy con el régimen actual, puede haber unas que “pierdan más” o “pierdan de otra forma”. La interseccionalidad permitirá también diseñar instrumentos jurídicos y políticas públicas sensibles a las particularidades de cada grupo.

Por otro lado, las discusiones futuras sobre el régimen de alimentos tendrán que tener un ojo puesto en la manera en que las personas ganan su sustento. Por ejemplo, en el régimen actual, los empleadores pueden ser llamados a jugar un papel importante para recabar información sobre los hombres deudores. Este régimen parte de la premisa de que los hombres se emplean en un mercado formal donde existe un empleador al cual puede solicitarse esta información y, además, donde los ingresos son estables y regulares. No obstante, esta presunción puede ser errada en la actualidad y puede tornarse aún más equivocada en el futuro si cada vez más personas se ganan el sustento en una economía colaborativa a través de plataformas como Rappi, Uber, etc. Si las discusiones futuras se mantienen sobre la base en la cual los progenitores, en lugar del Estado, son los principales proveedores de alimentos, habrá que ser sumamente sensibles a los cambios en el mercado laboral; cambios que, al día de hoy, ya son una realidad palpable en la que está inmersa una parte significativa de la población.

G. CUADROS DE REFERENCIAS

Referencias legislativas
<p>Constitucional y tratados internacionales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1, y 4. • Convención sobre los Derechos del Niño artículos 3, 18 y 27. • Pacto de derechos civiles y políticos artículos 3, 23 y 24. • Convención Americana de Derechos Humanos artículos 17, 19 y 32 y 25. • Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer artículos 5 y 16. <p>Legislación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. • Código Civil Federal y Códigos Civiles estatales. • Códigos penales estatales.

Referencias jurisprudenciales

Suprema Corte de Justicia

- Contradicción de criterios 410/2014. Primera Sala. Ministro Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo
- Contradicción de criterios 216/2019. Primera Sala. Ministro Ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz
- Contradicción de criterios 26-2000. Primera Sala. Ministro Ponente Juventino V. Castro
- Contradicción de criterios 137-2002. Primera Sala. Ministro Ponente Juventino V. Castro
- Contradicción de criterios 49-2007. Primera Sala. Olga María del Carmen Sánchez Cordero

Bibliografía

- Altman, S., “A Theory of Child Support”, *Int J Law Policy Family*, 17(2), pp. 173-210, 2003. Disponible en: <http://lawfam.oupjournals.org/cgi/content/abstract/17/2/173>.
- Anzola Rodríguez, S. I., “Dos visiones alternativas y ‘descexcepcionalizadas’ del régimen civil de alimentos”, en *La batalla por los Alimentos*, Chile, Universidad de los Andes, 2018.
- Buchely, L. *et al.*, “Rasguñando lo público: negociaciones precarias en las conciliaciones de alimentos”, en Jaramillo Sierra, I. C. y Anzola Rodríguez, S. I. (eds.), *La batalla por los Alimentos: el papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, 2018.
- Coneval, *Informe sobre pobreza y género*, 2018.
- Goldfarb, S., “Child support guidelines: a model for fair allocation of child care, medical, and educational expenses”, *Family Law Quarterly*, XXI, 1987.
- Harris, L. J., “Questioning child support enforcement policy for poor families”, *Family Law Quarterly*, 45(2), pp. 157-172, 2011.
- Huang, C.-C., Mincy, R. B. y Garfinkel, I., “Child support obligations and low-income fathers”, *Journal of Marriage and Family*, 67(5), 2005.
- Ibarra López, I., “La conformación de hogares con hijos en México: el papel del ingreso, la edad y la desigualdad salarial”, en *Estudios demográficos y urbanos.*, pp. 535-567, 2019.
- INEGI, Censo Nacional de Justicia Estatal, 2020.
- Jaramillo Sierra, I. C., “El papel del derecho en la producción de la desigualdad: el caso de los alimentos”, en Jaramillo Sierra, I. C. y Anzola Rodríguez, S. I. (eds.), *La batalla por los alimentos*, Chile, Universidad de los Andes, 2018.
- Luna Vinuesa, D. R., “Los espacios de los alimentos: las discusiones alrededor de la creación de registros de deudores alimentarios morosos en Perú y Colombia”, en Jaramillo Sierra, I. C. y Anzola Rodríguez, S. I. (eds.), *La batalla por los alimentos: el papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Chile, Universidad de los Andes, 2018.

Mincy, R. B. y Sorensen, E. J., "Deadbeats and turnips in child support reform", *Sage Public Administration Abstracts*, 25(1), 1998.

Stirling, K. y Aldrich, T., "Child support: who bears the burden?", *FARE Family Relations*, 57(3), pp. 376-389, 2008.

UNIDAD 6.
CAPACIDAD JURÍDICA
Y FAMILIA

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Guadalupe Barrena Nájera
María Fernanda Pinkus Aguilar

SUMARIO: A. RESUMEN; B. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO; C. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS; D. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD; I. Restricción a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad adultas; 1. Los códigos civiles y las leyes de familia vigentes en México; 2. Antecedentes históricos de la codificación civil; II. Reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; 1. El cambio de paradigma; 2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; E. IMPLICACIONES DEL PLENO RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA; I. Antecedentes eugenésicos; II. Derecho a contraer matrimonio; III. Derechos sexuales y reproductivos; IV. Principio de mantenimiento de las relaciones familiares; 1. Responsabilidad parental; 2. Adopción; F. EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES; G. CONCLUSIÓN Y EJERCICIO; H. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. RESUMEN

En México, las normas vigentes que regulan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (PCD) mayores de 18 años son contradictorias. Por un lado tenemos códigos civiles y leyes de familia que, siguiendo la tradición del Código Napoleónico, restringen la capacidad de ejercicio a esta población. Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) consagra un cambio en la forma de entender la discapacidad y reconoce a la capacidad jurídica como un derecho, que tal como ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) no permite restricciones con base en una condición de discapacidad. Esto se traduce en la inconstitucionalidad de la regulación del estado de interdicción y en la transformación de la regulación de las relaciones de familias integradas por personas con discapacidad.

En este capítulo, explicaremos de dónde viene y en qué consiste la regulación de los códigos civiles y leyes de familia y la contrastaremos con lo contenido en la CDPD, incluida su aplicación por parte de la SCJN u otros

tribunales. Luego, explicaremos los antecedentes históricos de carácter eugenésico que dieron pie a las leyes y códigos que regulan a las familias con integrantes con discapacidad y cómo esto se ve transformado por la entrada en vigor de la CDPD. Específicamente abordaremos el impacto en el matrimonio, los derechos sexuales y reproductivos, la responsabilidad parental y la adopción.

B. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO

La discapacidad resulta de la interacción entre personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo, con las barreras actitudinales o impuestas por el entorno, que impiden su participación en la sociedad, en igualdad de condiciones (preámbulo y artículo 1, CDPD). La definición de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad es similar, pero no establece que las deficiencias son de largo plazo, y añade el concepto limitaciones al de deficiencias (artículo 2, fracción IX).

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía¹ (Inegi) registró información sobre tres categorías: i) personas con discapacidades, ii) personas con limitaciones y iii) personas con problemas o condiciones de salud mental. La dificultad para hacer al menos una de las actividades de la vida diaria como ver, oír, caminar, recordar o concentrarse, bañarse, vestirse o comer, hablar o comunicarse es considerada una discapacidad cuando la persona tiene mucha dificultad o no puede realizar las actividades, y una limitación si tiene poca dificultad para realizar estas actividades. Por su parte, el problema o condición de salud mental “dificulta a la persona a participar en actividades de la vida social comunitaria e interactuar con otras personas de manera adecuada para el contexto y su entorno social”.² Esta categorización resulta problemática porque iguala la discapacidad a la presencia de un factor personal como es una deficiencia o limitación e invisibiliza a las barreras del entorno (que tienen un papel protagónico en la definición legal de la discapacidad).

Los tres grupos de población descritos representan 16.5% de la población total del país (de aproximadamente 126 millones de habitantes). De

1 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Glosario del censo de Población y Vivienda 2020. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=cpv2020>.

2 *Idem*.

ellos, 13,934,448 personas tienen limitaciones; 6,179,890 son consideradas personas con discapacidad, y 723,770 son personas con una condición de salud mental, lo que suma un total de 20,838,108 personas a las que podría aplicarles todo lo que se abordará en este capítulo.³

Existen muchos prejuicios y estigmas sobre este grupo de población; 48.5% de las PCD adultas perciben poco o nulo respeto por sus derechos; 33.5% de las PCD intelectual reportan “poca o nula libertad para tomar sus propias decisiones” frente a 28.2% de PCD múltiple; 15.8% de PCD motriz, y 14.5% de PCD visual; 23.7% de las PCD consideran que se les negó al menos un derecho injustificadamente; 49.4% de las PCD intelectual y 36.6% de las PCD psicosocial perciben que han sido discriminadas en los 12 meses anteriores a la encuesta, lo que sobrepasa respecto de 24.6% de las PCD en general,⁴ y 90.2% de las personas entrevistadas con discapacidad intelectual “reportaron la experiencia de al menos un acto estigmatizante”.⁵

Históricamente, la estigmatización ha permeado las leyes y políticas públicas. Con ello se ha negado a las personas el acceso a sus derechos por el simple hecho de tener una discapacidad y se han perpetuado la discriminación y la exclusión.

C. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

La capacidad jurídica es la aptitud “para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer”.⁶ Las personas físicas la adquieren por el nacimiento y la pierden con la muerte (artículo 22, Código Civil Federal). Se divide en capacidad de goce y de ejercicio. La primera sólo implica que las personas son sujetos de deberes y derechos y se le identifica con el concepto

3 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Censo de Población y Vivienda 2020, 2020. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_EUM.pdf.

4 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017. Resultados sobre personas con discapacidad*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2019, pp. 53, 60, 65 y 70. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/ENADIS_PcD_WEB.pdf.

5 Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, *Documento de Trabajo No. E06-2009. Estudio sobre Discriminación y Discapacidad Mental e Intelectual*, México, Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas, 2009, p. 45. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E06-2009.pdf.

6 Gutiérrez y González, E., 2007, citado en Contreras López, R. S., *Derecho Civil. Derecho de Personas y Teoría Integral del Acto Jurídico*, México, Porrúa, 2016.

de personalidad jurídica (que protege al ser humano desde su concepción) y la segunda es la posibilidad de ejercerlos o hacerlos valer.⁷ Por su parte, la CDPD no distingue entre la capacidad de goce y de ejercicio, puesto que los principios de no discriminación y ejercicio de la voluntad y preferencias de las PCD se aplican a todas ellas.

Los códigos civiles y las leyes de familia en México estipulan restricciones a la capacidad de goce y de ejercicio. Son restricciones a la capacidad de ejercicio o a la personalidad jurídica: la minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley (artículo 23, Código Civil Federal).

El paradigma que reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho exige revisar las reglas que rigen la capacidad jurídica de esta población a la luz del principio de autonomía progresiva,⁸ que obliga a valorar sus opiniones y preferencias conforme a su edad, desarrollo evolutivo y cognoscitivo y madurez. Lo mismo aplicaría para la niñez con discapacidad, pues un principio general de la CDPD es “el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad” (artículo 3). Sobre el tema, se sugiere consultar el capítulo de responsabilidad parental. En este capítulo nos enfocaremos en analizar las restricciones impuestas a las personas mayores de edad con discapacidad o a aquellas que las impactan desproporcionadamente, mismas que son contrarias a lo que dispone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 12.

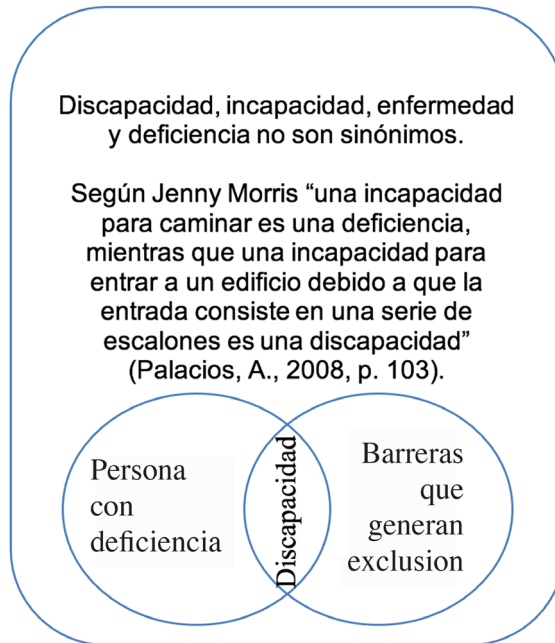
7 Contreras López, R. S., *Derecho Civil. Derecho de Personas y Teoría Integral del Acto Jurídico*, México, Porrúa, 2016, pp. 92-94.

8 Herrera, M. y Lathrop, F., “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”, en Espejo, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho: Una mirada comparada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2021), pp. 67-111. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-11/RESPONSABILIDAD_PARENTAL-11-08.pdf.; Delgado, D., “La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México”, en Espejo, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho: Una mirada comparada*, México, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 391-436. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-11/RESPONSABILIDAD_PARENTAL-11-08.pdf.

D. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I. Restricción a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad adultas

1. Los códigos civiles y las leyes de familia vigentes en México



La declaración del estado de interdicción —de incapacidad jurídica— tiene como consecuencia que un juez designe a un tutor para representar a la persona, y a un curador para que defienda sus intereses cuando estén en oposición a los del tutor y vigilar la conducta de este último (artículos 462 y 626, Código Civil Federal). Los actos jurídicos celebrados por personas declaradas incapaces, sin la autorización de su tutor, son nulos (artículo 635, Código Civil Federal). En sentido contrario, las personas que alcanzan la mayoría de edad y a las que no se les declara como incapaces, pueden tomar sus propias decisiones sin necesidad de que alguien que les represente.

Esta figura llamada tutela tiene por objeto la guarda de quienes no están sujetos a patria potestad y tienen incapacidad natural y legal (o sólo la segunda) para gobernarse por sí mismos (artículo 449, Código Civil Federal).

De acuerdo con el artículo 450 del Código Civil Federal, tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad:

disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Encontramos una definición similar de personas con incapacidad jurídica en los códigos civiles de las entidades federativas. Las formulaciones se repiten constantemente y es común que hagan referencia a personas usuarias de drogas, a personas con una discapacidad real o aparente, o que la definición afecte a las PCD de forma desproporcionada.

Las normas se refieren a personas con incapacidades, perturbadas o disminuidas en su inteligencia, con discapacidades, enfermedades o deficiencias de carácter físico, psicológico, sensorial o intelectual. Algunos códigos añaden el requisito de que su condición les impida gobernarse por sí mismas o manifestar su voluntad por algún medio (aun cuando tengan intervalos lúcidos). Sobresale el caso de Tamaulipas, donde se encuentran en el supuesto las personas con discapacidad intelectual con un rango por debajo de 70 de coeficiente intelectual (artículo 420, Código Civil para el Estado de Tamaulipas).

La declaración de incapacidad jurídica puede ser total o parcial. En la Ciudad de México y en Chihuahua, la extensión y los límites de la tutela son determinados por quien juzga (artículo 462, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; artículo 516, Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua). En Coahuila y Jalisco se prevé que la interdicción puede ser total o parcial y que las personas podrán recibir asistencia para el ejercicio de la capacidad jurídica. El artículo 12 de la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza prevé que requieren asistencia o en su caso, representación para el ejercicio de su capacidad jurídica:

las personas mayores de edad con deficiencias en sus funciones [mentales, sensoriales, de la voz y el habla, neuromusculares y relacionadas con el movimiento] o estructuras corporales, siempre que debido a la deficiencia presenten una disminución o desventaja significativa para el ejercicio de sus derechos, para obligarse por sí mismos o para manifestar su opinión.

La autoridad judicial determina el grado de asistencia requerida por estas personas y establece, cuando procede, en qué tipo de actos la persona goza de plena autonomía y en cuáles el tutor debe otorgarle asistencia. El artículo 50 del Código Civil de Jalisco establece que cuando “sea imposible que la persona pueda externar su voluntad u opinión por algún medio” la autoridad judicial determinará que el tutor o tutriz le representará “procurando” su mayor beneficio.

Diversos países tienen en sus leyes criterios para restringir la capacidad jurídica de las PCD. El Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad de la ONU (Comité CDPD)⁹ los ha agrupado así: 1) criterios con base en la condición, es decir, que restringen la capacidad jurídica por tener un diagnóstico que da cuenta de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial; 2) restricción a la capacidad jurídica cuando se considera que las consecuencias de las decisiones de la persona serán negativas (a criterio de quien evalúa), y 3) restricción a la capacidad jurídica cuando se considera que la persona tiene una aptitud deficiente para tomar decisiones. El Comité ha dicho que este último criterio supone erróneamente que es posible evaluar el funcionamiento de la mente humana y, con ello, conocer la capacidad mental de la persona o saber si la persona entiende o no la naturaleza y las consecuencias de sus decisiones. Además, el Comité ha dicho que negar el derecho humano a la capacidad jurídica a las personas es discriminatorio (párr. 15).

Los códigos civiles y leyes de familia vigentes en México caben en alguno de estos tres supuestos: lisa y llanamente niegan la capacidad jurídica en función de una deficiencia; apelan a la imposibilidad de tomar decisiones (“gobernarse a sí mismo” o manifestar su voluntad); o integran criterios aparentemente objetivos que hacen suponer que la persona tomará malas decisiones (falta de aptitud), como en el caso de Tamaulipas.

Independientemente de la formulación, todas estas disposiciones entran en conflicto con lo dispuesto por la CDPD que también es derecho positivo y vigente. Puede resultar útil conocer de dónde surgieron las reglas de los códigos civiles y las leyes de familia mexicanas para entender que desde su emisión ha habido múltiples cambios sociales, políticos y legales.

9 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1: Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, Naciones Unidas, 2014. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

2. Antecedentes históricos de la codificación civil

Desde 1804, el Código de Napoleón establecía que debía declararse interdicta a la persona adulta que se encontrara en un “estado habitual de idiotez, demencia o de locura”, aunque presentara intervalos de “lucidez” (artículo 489) y que la “persona interdicta” se asemejaba a una menor de edad, en lo que concernía a su persona y a sus bienes, por lo que le aplicaban las leyes sobre la tutela de menores de edad (artículo 509). En este código y en la legislación española del siglo XIX, María Cristina Sacristán (1998) advierte el interés por salvaguardar los bienes de la persona considerada incapaz y, por tanto, sujeta a interdicción.

Los primeros dos códigos civiles mexicanos, de 1870 y 1884, contemplan en los artículos 403 y 431, respectivamente, que: “[t]ienen incapacidad natural y legal [...] Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos”.

La exposición de motivos del Código Civil de 1870 estableció que debía

tenerse en consideración el abuso que viles intereses pueden producir. Por lo mismo la comisión procuró establecer reglas muy minuciosas, á fin de que el impedimento quede bien probado: que el reconocimiento pueda repetirse siempre que el juez lo crea conveniente: que cada año se certifique el estado del enfermo: que sus rentas y sus capitales se destinen de preferencia á su curación, y que en la sentencia se fijen expresamente las condiciones de la interdicción, porque muchas veces convendrá que sólo sea parcial ó para determinados actos. Nada puede ser indiferente en esta materia, pues se trata de salvar la fortuna de seres oprimidos por la mayor de las desgracias.

Tienen protagonismo las deficiencias mentales e intelectuales, se mira a las personas como enfermas e incapaces de valerse por sí mismas hasta que sean “curadas”. Se trata de una postura paternalista que se preocupa por los bienes¹⁰ (que preferentemente serán usados para la curación) y por brindar protección contra el abuso de “viles intereses”.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, expedido en 1928, mantuvo estas causas de incapacidad y añadió dos fracciones para incluir a “los sordo-mudos que no saben leer ni escribir” y “los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes” (artículo 450).

10 Esta preocupación también se refleja en que el Código Civil mexicano de 1870 establecía como causa de interdicción la prodigalidad.

Estas personas, previo juicio de interdicción en el que serían oídos el tutor y el curador, quedaban sujetas a tutela (artículo 464). La esencia de estas normas se mantiene hasta la fecha en la mayoría de las leyes del país, sin importar los grandes cambios sociales, políticos y legales que ha habido desde el siglo XIX cuando se expidió el Código Napoleónico, ni el cambio que se ha dado en la forma de entender la discapacidad, dando protagonismo al principio de autonomía de la voluntad.

II. Reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

1. El cambio de paradigma

Desde finales de 1970, algunas PCD iniciaron un “movimiento de vida independiente” en Estados Unidos de América. Rechazaron que se pusiera énfasis en su diversidad funcional y señalaron a las barreras sociales y ambientales como la principal razón por la que estaban impedidas de participar en la sociedad en igualdad de condiciones. Esto reclamó un cambio en la forma de abordar la discapacidad; pasó de ser vista como un problema médico en el que se necesitaba tratar y rehabilitar a la persona, a un problema en el cual el entorno debía ser modificado para ser inclusivo.¹¹

Con esta influencia, en Reino Unido, organizaciones de PCD distinguieron el concepto de deficiencia o diversidad funcional del término discapacidad como una forma de opresión, de modo que también pusieron el énfasis en las barreras económicas, culturales y del entorno a las que se enfrentaban; señalaron que es necesario un abordaje integral que garantice la igualdad de oportunidades, y destacaron la importancia de que las PCD tengan el control de sus propias vidas. Con estas aportaciones se construyó el modelo social o de barreras sociales de la discapacidad (ibídem, pp. 118-123) que más tarde quedó consagrado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

11 Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Ediciones Cinca, 2008, pp. 106-117. Disponible en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>.

Así, se inició un proceso de discusión de cuatro años que culminó en 2006 con la adopción de la CDPD,¹² que entró en vigor en México el 3 de mayo de 2008.

Esta Convención plasmó el cambio de paradigma¹³ de la sustitución de la voluntad de las PCD a uno que reconoció su derecho a tomar decisiones con apoyos y salvaguardas. No pretendió crear nuevos derechos para esta población sino que resaltó la necesidad de adoptar medidas para garantizar que las PCD gocen de sus derechos en igualdad de condiciones con todas las demás personas. Por eso, el Comité CDPD señala que “la igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la Convención y son evocadas sistemáticamente en sus artículos sustantivos con el uso reiterado de la expresión ‘en igualdad de condiciones con las demás’ que vincula todos los derechos sustantivos de la Convención con el principio de no discriminación” (2018, párr. 7).

2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Todas las personas somos iguales ante la ley y está prohibido discriminar por motivos de discapacidad (artículo 5 CDPD), de modo que no se puede alegar la condición de discapacidad para hacer una restricción que obstaculice o deje sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás personas, de un derecho humano.

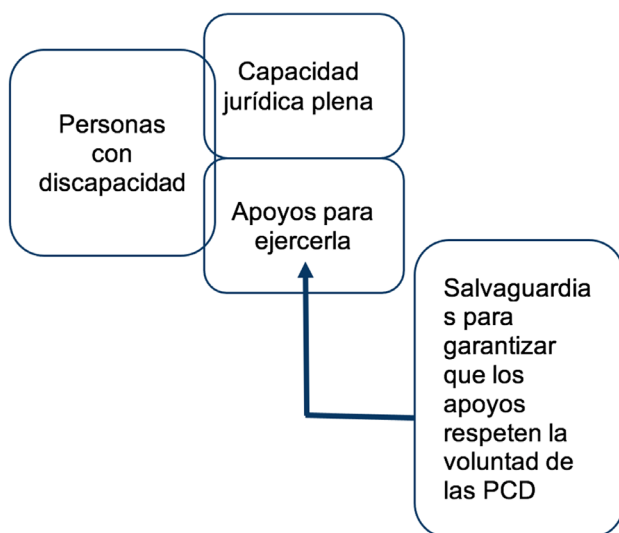
Al ratificar la CDPD, México reconoce que las PCD tienen personalidad y capacidad jurídicas en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida (artículo 12, numerales 1 y 2). Esto significa

12 *Ibidem*, pp. 236-256.

13 En el ámbito internacional también hubo una evolución en la forma de abordar la discapacidad. Destaca que la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), de la que México es parte, establece en el artículo I.2, inciso b, que no constituyen discriminación contra las PCD “los casos en que la legislación interna prevea la figura de declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar”. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las PCD (2011) emitió una observación general en la que declaró que dicho artículo resulta obsoleto tras la adopción de la CDPD en 2006, que implicó un cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad a uno basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas, por lo que adoptó un criterio de interpretación aclarando que la figura de la interdicción es discriminatoria para las PCD y que el citado artículo I.2, inciso b, debe ser reinterpretado en el marco de la CDPD.

que no se pueden hacer restricciones al goce y ejercicio de la capacidad jurídica con base en la condición de discapacidad de una persona, como sucede en la regulación del estado de interdicción. La regla general es aplicable a personas con y sin discapacidad: las personas físicas adquieren la capacidad jurídica cuando nacen y la pierden cuando mueren, y al adquirir la mayoría de edad pueden ejercer por sí mismas su capacidad de ejercicio. Se podrían actualizar otras incapacidades establecidas por la ley, pero la base de la distinción no debe ser la discapacidad, como es el caso de la incapacidad de ejercicio para heredar por haber cometido un delito (artículo 1313, fracción II, Código Civil para el Distrito Federal).

Además, para garantizar una igualdad sustantiva —más allá de la igualdad ante la ley—, el artículo 12 de la CDPD establece la obligación de los Estados de adoptar medidas para proporcionar acceso a las PCD al apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica (numeral 3), y de proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, esto es, asegurar que las medidas de apoyo respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, que no haya conflictos de intereses ni influencia indebida (numeral 4).



Los apoyos no son alguien que toma decisiones en sustitución de la PCD. Son medidas, por ejemplo, para facilitar la comunicación (un logopeda),

para ayudar a la PCD a comprender un acto jurídico y sus consecuencias (una persona de confianza o experta en la materia) o para manifestar su voluntad (un tablero de comunicación con imágenes y texto). El apoyo puede incluir medidas para garantizar la accesibilidad de la información o de los servicios públicos o abiertos al público; puede consistir en permitir a las personas expresar la voluntad anticipadamente (directivas anticipadas), o en el reconocimiento de métodos de comunicación no verbales y otros no convencionales.¹⁴ Las PCD deciden quién les apoya, para qué y con qué intensidad.

En ocasiones excepcionales no será posible conocer a profundidad la voluntad y las preferencias de una persona, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, haber implementado medidas de accesibilidad, ajustes razonables y reconocido formas de comunicación no convencional y no verbal. En estos casos, se debe aplicar el principio de la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona. Por ejemplo, en el caso de una persona en estado de coma, la aplicación de este principio podría implicar conocer su forma de ser y su trayectoria de vida para determinar qué es lo que hubiera querido en relación con un tratamiento médico o con su patrimonio.

En este sentido, la obligación de los Estados parte de la CDPD es suprimir el sistema de sustitución en la adopción de las decisiones como sucede en la tutela parcial y plena (declaración del estado de interdicción) en las que el tutor o tutriz toma decisiones en nombre de la PCD por otro que respete la voluntad y las preferencias de las PCD y les proporcione acceso a apoyos de distintos tipos e intensidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

3. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La CDPD y el modelo de respeto a la voluntad y preferencias de las PCD entra en contradicción con las restricciones a la capacidad jurídica de las personas con base en una condición de discapacidad y la regulación del estado de interdicción de los códigos civiles y leyes de familia vigentes en el país. Sobre esta discrepancia se ha pronunciado en múltiples ocasiones la SCJN.

14 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1: Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, párrs. 17 y 29.

En la acción de inconstitucionalidad 107/2015, por primera vez, el Pleno de la Corte se pronunció por la inconstitucionalidad de las restricciones a la capacidad jurídica de las PCD. Declaró por unanimidad de votos la invalidez del artículo 15 del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, el cual establecía que “las discapacidades establecidas por la ley son solo restricciones a la capacidad de ejercicio”, lo que incluía a las personas mayores de edad que “presenten una perturbación, afección, alteración o daño, que trastorne las capacidades y funciones de pensamiento, raciocinio y toma de decisiones, provocando que no puedan obligarse por sí mismas o manifestar su voluntad por algún medio”. El Pleno señaló que la norma era inválida porque equiparaba la discapacidad con la incapacidad y porque negaba la capacidad jurídica con base en una condición de discapacidad.

Con los mismos argumentos, en la acción de inconstitucionalidad 90/2018, el Pleno declaró la invalidez del artículo 503, fracción II, del Código Civil para el Estado de Guanajuato que establecía que tenían incapacidad natural y legal los “mayores de edad con discapacidad intelectual, aun cuando tengan intervalos lúcidos”, declarando que dicha legislación representa la “visión más rezagada y estereotipada de las personas con discapacidad”, lo que incluye el prejuicio de que las PCD no pueden tomar sus propias decisiones y que requieren de protección.

En relación con el sistema que regula el estado de interdicción, la SCJN declaró su inconstitucionalidad, por primera vez, en el amparo en revisión 1368/2015. En este caso, un hombre con discapacidad, muchos años después de haber sido declarado en estado de interdicción, solicitó al juez que le reconociera sus derechos a elegir dónde y con quién vivir, a disponer de su patrimonio, a tomar sus propias decisiones y a recibir apoyo para tal efecto. El juez determinó no atender lo solicitado, hasta que la petición fuera hecha por su tutriz.

El hombre interpuso un amparo indirecto en el que reclamó, entre otras cosas, la inconstitucionalidad de los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para la Ciudad de México (que regulan las restricciones a la capacidad de ejercicio), así como de la figura de interdicción como un sistema normativo contrario al artículo 12 de la CDPD. El juez de distrito concedió el amparo únicamente para garantizar el derecho de audiencia del agraviado para conocer su opinión sobre la designación de un tutor, pero sobreseyó el juicio respecto al reclamo de inconstitucionalidad, por considerar que la declaración del estado de interdicción había sido consentida, argumentando que en el juicio el hombre había estado debidamente representado por su tutriz.

Inconforme, el agraviado interpuso un recurso de revisión ante la SCJN. Ésta resolvió levantar el sobreseimiento por considerar que no se trataba de actos consentidos, pues el derecho de audiencia de la PCD no quedaba satisfecho con las manifestaciones que hacía el tutor y no constaba que se hubiera explicado al hombre en un lenguaje accesible las consecuencias jurídicas del juicio de interdicción, ni existía constancia de su opinión.

Respecto al reclamo de inconstitucionalidad del estado de interdicción, la SCJN señaló que esta figura no es acorde con la CDPD, pues contradice que todas las personas tienen derecho a la capacidad jurídica —sin excepción—, además de que es una norma que no admite interpretación conforme por ser violatoria del derecho a la igualdad y a la no discriminación, promover estereotipos y transmitir un mensaje de que la discapacidad es un padecimiento que debe ser tratado o mitigado mediante medidas como la restricción de la capacidad jurídica. Entre otras cosas, la Corte argumentó que la determinación de interdicción erróneamente justifica la restricción de la capacidad jurídica con un diagnóstico médico y en las deficiencias de la persona, sin tomar en consideración las barreras a las que se enfrenta.

Por lo anterior, por unanimidad de votos, la Primera Sala de la SCJN concedió el amparo al quejoso y declaró inconstitucionales los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para la Ciudad de México. Además, reconoció el deber de proporcionar a las PCD el apoyo que necesiten para ejercer su capacidad jurídica y la obligación de que se proporcionen salvaguardias para impedir abusos por parte de los apoyos.¹⁵

E. IMPLICACIONES DEL PLENO RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

Las disposiciones que regulan la incapacidad jurídica en los Códigos Civiles en términos iguales o similares a los que la Corte ya ha declarado inconstitucionales por ser contrarios al artículo 12 de la CDPD, también tie-

15 La SCJN ha reiterado estas consideraciones en el amparo directo en revisión 44/2018 (respecto del Código Civil del Estado de México), los amparo en revisión 8389/2018 (respecto del Código Civil para el Estado de Aguascalientes), 702/2018 (respecto del Código Civil y la Ley del Notariado del Distrito Federal), 1082/2019 (respecto del Código Civil para el Estado de Jalisco) y en el amparo directo 4/2021 (respecto del Código Civil para el Distrito Federal).

nen repercusiones en el goce de otros derechos. En este apartado se hará referencia a derechos que se ven afectados en el ámbito del derecho de familia.

I. *Antecedentes eugenésicos*

Las leyes civiles de las primeras tres décadas del siglo XX recogen un anhelo de identidad nacional que se correspondía con un proyecto eugenésico vibrante en muchos países del mundo, y que puede sintetizarse así: “A la pregunta ¿quiénes debían procrear?: los eugenistas responderían: solo los sanos de cuerpo y mente, es decir, los no afectados por ninguna enfermedad orgánica o ‘tara’ mental considerada ‘hereditaria’”.¹⁶ Un ejemplo fueron los límites puestos a ciertas personas para acceder al matrimonio, imponiéndose el certificado médico prenupcial como requisito para los contrayentes, que data de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, aún vigente en el artículo 390 de la Ley General de Salud.

Los códigos civiles de 1870 y 1884 establecían como impedimentos para contraer matrimonio, “la locura constante e incurable” (artículos 159, fracción VIII y 163, fracción VIII). Desde el final de la Revolución mexicana se promovió en el país una forma particular latinoamericana de eugenesia: la negativa o matrimonial, que limitaba el acceso a la reproducción de los “defectuosos” o “degenerados”.¹⁷ En 1917, la Ley sobre Relaciones Familiares amplió los impedimentos para contraer matrimonio e incluyó “la embriaguez habitual, la impotencia por causa física para entrar en el estado matrimonial; la sífilis, la locura y cualquiera otra enfermedad que sea, además crónica e incurable” (artículo 17).

De acuerdo con la exposición de motivos de esta ley, se consideraba conveniente:

también incapacitar legalmente a los incapacitados por la naturaleza, para las funciones matrimoniales [...] dejan a sus descendientes herencias patológicas que los hacen débiles e incapaces de un trabajo eficiente tanto en el orden físico como el intelectual, y transmiten a su vez a las generaciones posteriores su misma debilidad, redundando todo ello en perjuicio de la patria, cuyo vigor depende de la fuerza de sus hijos y en perjuicio también de la misma especie, que, para per-

16 Reggiani, A., *Historia mínima de la eugenesia en América Latina*, México, El Colegio de México, 2019, p. 26. Disponible en: https://libros.colmex.mx/wp-content/plugins/documentos/descargas/HM_EUGENESIA_B.pdf.

17 Stepan, N., *The hour of eugenics: race, gender, and nation in Latin America*, Ithaca, Cornell University Press, 1994, p. 103.

feccionarse, necesita que a la selección natural se añada una cuerda y prudente selección artificial encaminada a orientar y mitigar los rigores de aquélla.

La lógica higienista del momento se aprecia también en el Reglamento Federal de Profilaxis de la Lepra, publicado en 1930, que prohibió el matrimonio y la entrada al país de personas con lepra (artículos 53 y 54), y en el Código Civil de Veracruz de 1932, en cuya exposición de motivos se advierte una clara aspiración eugenésica:

los requisitos fijados para contraer matrimonio, comprenden un certificado de salud, iniciándose de este modo, la intervención de ciertas limitaciones enderezadas a obtener una eugenesia razonable de la especie y de la raza, pues resulta absurdo que la reproducción de todos los seres de la flora y de la fauna esté ya gradualmente encauzándose por el camino de la previsión científica, y, en cambio, la reproducción de la especie humana siga abandonada al acaso, a las influencias morbosas pasionales, o a otros motivos o causales de peor especie.

Las medidas para limitar el acceso al matrimonio y, consecuentemente, el derecho a fundar una familia, tuvieron su manifestación más agresiva en el Reglamento de Eugenesia e Higiene Mental del Estado de Veracruz, publicado en 1932, que preveía la esterilización de “enajenados, idiotas, degenerados o dementes en grado tal que a juicio de la Sección de Eugenesia e Higiene Mental la lacra del individuo se considere incurable y transmisible por herencia” (artículo 6, fracción I). La referida Sección de Eugenesia tenía como objetivo: “la regulación de la natalidad, esterilización en su caso de los ejemplares humanos indeseables de reproducción y en general cuantos aspectos de función social afecten la reproducción de la especie y la preservación de la misma contra cualquiera causa de degeneración” (artículo 1).

Estos antecedentes revelan la superposición de categorías científicas anacrónicas sobre los factores hereditarios en la reproducción de la enfermedad, con un proyecto político de nación.¹⁸ En este paradigma, se hace recaer sobre una persona y sus condiciones, una fuente de peligro para la identidad y la fuerza de la nación. Frente a ese riesgo, la estrategia fue la contención mediante el mejoramiento de la raza, con tres estrategias: i) la esterilización de los indeseables, al menos como una potestad reglada; ii) la denegación del acceso al matrimonio, y iii) la suspensión de la patria potestad de quienes enfermaran y no pudieran hacerse cargo de sus hijos.

18 Suárez y López Guazo, L., *Eugenesia y Racismo en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 95-96. Disponible en: https://www.posgrado.unam.mx/publicaciones/ant_col-posg/29_Eugenesia.pdf.

Esta finalidad eugenésica reforzó la lógica general del Código Napoleón sobre la incapacidad jurídica, para convertirla en una herramienta que excluye a un grupo de personas consideradas como un riesgo para la sociedad. Estas disposiciones se acompañaron de las reglas de asistencia social que tenían la función de cuidar de quienes constituían un peligro para la nación, y debían ser aislados y rehabilitados para incorporarse después a la vida productiva.

La lógica eugenésica se plantea como una solución a la discapacidad, que —desde una mirada que conlleva a la prescindencia— implica un problema, porque se considera que las PCD no contribuyen a la sociedad, que son una carga para la familia o la sociedad y que sus vidas no merecen ser vividas.¹⁹ Este punto de partida es importante para entender la dimensión de la modificación que trajo la adopción de la CDPD, que requiere trasladar el foco de la acción legal del Estado no para la contención de un riesgo que deriva de la condición particular del sujeto, sino hacia el entorno social, para permitir el ejercicio de los derechos de la persona. Esta modificación en el propósito de la normatividad evidencia un choque profundo en el texto y la lógica de los derechos de familia para las PCD.

II. Derecho a contraer matrimonio

En un estudio de la legislación familiar de 193 países, Bhugra et. al²⁰ encontraron que 30% de éstos no impone restricciones en el acceso al matrimonio para personas con alguna condición de salud mental; 37% prohíbe explícitamente el acceso al matrimonio a personas con alguna condición de salud mental; en 11% una condición de salud mental es causa de nulidad del matrimonio, y en otro 11% las personas con alguna condición de salud mental se pueden casar con aprobación de terceros, como un tribunal, un tutor o un médico o institución.

19 Palacios, A. “Discapacidad y Derechos Humanos”, en Vásquez Encalada, A. (coord.), *Manual sobre Justicia y Personas con Discapacidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 5-6. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20sobre%20justicia%20y%20personas%20con%20discapacidad_3.pdf.

20 Bhugra, D. et al., “Legislative provisions related to marriage and divorce of persons with mental health problems: a global review”, *International Review of Psychiatry*, volumen 28, núm. 4, pp. 386-392, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09540261.2016.1210577>.

Respecto de la disolución del matrimonio, en 63% de los países una condición de salud mental no es una base para solicitar el divorcio; en 12% sí es una condición para solicitar el divorcio, sin importar severidad o duración; mientras que en 4% de los países es una causal sólo cuando es “severa o incurable”. De los países que prevén la deficiencia mental como una causal de divorcio, 12% ratificaron la CDPD y 11% el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En México, el Código Civil Federal establece que la incapacidad natural y legal es un impedimento para celebrar el matrimonio (artículo 156, fracción IX). En los códigos civiles de las entidades federativas es un impedimento el estado de interdicción o la condición de discapacidad, especialmente la que involucra una deficiencia mental o intelectual. Solamente el Código Civil del Estado de Campeche no contempla este impedimento.

Las normas que prevén este impedimento son inconventionales, pues al ratificar la CDPD, México se obligó a eliminar la discriminación contra las PCD en todo lo relacionado con la familia, lo que incluye asegurar que se reconozca su derecho a contraer matrimonio y fundar una familia con base en el consentimiento libre e informado (CDPD, artículo 23.1.a).

Sobre el tema, en la acción de inconstitucionalidad 90/2018 la SCJN declaró la invalidez del artículo 153 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, que establecía la discapacidad intelectual como un impedimento para contraer matrimonio. La Corte señaló que dicha restricción era injustificada y, por lo tanto, vulneraba el derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como el derecho a contraer matrimonio y a la familia.

III. Derechos sexuales y reproductivos

De acuerdo con el artículo 4 constitucional todas las personas tienen derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos. Bajo el principio de igualdad ante la ley, también gozan de este derecho las PCD (artículo 23, CDPD). Para hacerlo efectivo, la CDPD incluye de manera explícita el derecho a preservar su fertilidad (artículo 23.1.c).

Sin embargo, la restricción a la capacidad de ejercicio de las PCD —de hecho o como consecuencia de la figura de interdicción— vulnera sus derechos sexuales y reproductivos, especialmente los de las mujeres. Al ser declaradas incapaces, se les niega el derecho a decidir sobre los métodos anticonceptivos que quieren usar, incluidos los permanentes, como la esterilización quirúrgica, y sobre si desean interrumpir o no un embarazo. Inclu-

so se utiliza la esterilización como técnica para controlar la menstruación. El consentimiento informado para realizar estos procedimientos lo brinda una tercera persona.²¹ Bajo el paradigma del pleno respeto de la capacidad jurídica de las PCD, éstas tienen derecho a decidir —con o sin apoyo— el número y espaciamiento de sus hijos, lo que además requeriría que reciban consejería en planificación familiar accesible y de calidad (artículo 23.1.b, CDPD).

Un ejemplo de la vulneración del derecho a decidir es el caso de una mujer mayor de 18 años que solicitó una esterilización permanente. Tras analizar su diagnóstico médico, las limitaciones en su autonomía, su entorno social y familiar, su historia de institucionalización y su situación económica precaria, un tribunal le concedió únicamente acceso a una esterilización reversible, en vez de atender a su voluntad como sucedería con cualquier persona adulta sin discapacidad (Cámara de Apelación de lo Civil y Comercial en Junín, 2015).

La fijación de estereotipos como que las mujeres con discapacidad “son asexuales, incapaces, irracionales, carecen de control y/o son sexualmente hiperactivas”.²² (Comité CDPD, 2016c,) son una forma de discriminación que tiene repercusiones graves en el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos. También pueden afrontar

estereotipos eugenésicos nocivos que suponen que van a dar a luz a niños con discapacidad y, por lo tanto, conducen a que se desaliente o se impida a las mujeres con discapacidad que realicen su maternidad” (ibídem, párr. 39). Igualmente es común que se considere que “los progenitores con discapacidad no son aptos o capaces de cuidar a sus hijos.”²³

En México tenemos normas que transmiten el mensaje de que no es deseable que las mujeres con una deficiencia mental mantengan su fertilidad. La Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los servicios

21 Asamblea General, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, A/67/227, 3 de agosto de 2012, Naciones Unidas, párr. 36. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/227>; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 3: Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, Naciones Unidas, 2016, párr. 44. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

22 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 3: Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, párr. 38.

23 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 6: Sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, Naciones Unidas, 2018, párr. 61. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

de planificación familiar, indica el uso de métodos anticonceptivos permanentes (oclusión tubaria bilateral) para mujeres en edad fértil con “retraso mental”. Los métodos anticonceptivos permanentes para hombres (vasectomía) no contienen una indicación similar.

IV. Principio de mantenimiento de las relaciones familiares

1. Responsabilidad parental

Los Estados tienen la obligación de garantizar los derechos y obligaciones de las PCD respecto a la custodia, tutela, guarda y adopción de niños (artículo 23.2, CDPD).

De acuerdo con el principio de mantenimiento de las relaciones familiares, es un derecho de niños y niñas vivir con sus progenitores. Los Estados deben asegurar que no sean separados de sus progenitores contra la voluntad de éstos, salvo previa revisión judicial que determine que la separación es necesaria en el interés superior del niño o de la niña. Así lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 9.1) y la CDPD (artículo 23.4). También se reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia (artículo 16 constitucional).

Para dar contenido al interés superior de la niñez, se debe considerar que “la mejor forma de cuidar y atender a los niños con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar”²⁴ y que en ningún caso se separará a la niñez de sus progenitores con base en la discapacidad de cualquiera de ellos (artículo 23.4, CDPD).

Para garantizar estos derechos y obligaciones y evitar la separación de las familias, la CDPD (artículo 23.2) retoma de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 18.2) la obligación de brindar asistencia a padres y madres para desempeñar las responsabilidades de crianza, y establece el deber de proporcionar información, servicios y apoyos generales a niños y niñas con discapacidad y a sus familias, para prevenir su ocultación, abandono, negligencia y segregación (artículo 23.3, CDPD).²⁵ El deber estatal de

24 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 9: Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, Naciones Unidas, 2007, párr. 41. Disponible en: <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/9>.

25 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 3: Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, Naciones Unidas,

dar apoyo a la niñez con discapacidad y a sus familias para evitar la necesidad de brindar cuidado alternativo se reitera en una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (2020, párr. 34). Esto cobra relevancia si tomamos en cuenta que según el Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se reportaron 529 niños, niñas y adolescentes con alguna discapacidad como residentes en centros de asistencia social (2019, párr. 236).

Se advierte una gama de apoyos para las familias, incluyendo i) educación sobre la discapacidad; ii) apoyo psicológico; iii) la educación en el lenguaje común de la familia, por ejemplo, lengua de señas; iv) apoyo material como artículos de consumo o equipo de movilidad, y v) formas de cuidados temporales como la asistencia en el hogar o servicios de atención diurna en la comunidad (CRC, 2013, párr. 41).

En esa lógica, la separación de niños y niñas de sus progenitores, en atención al interés superior de la niñez, nunca se realizará con base en la discapacidad de los progenitores o hijos (artículo 23.4, CDPD); sólo puede considerarse en casos en que la asistencia que se requiere para preservar la unidad familiar no sea suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del infante o un riesgo para su seguridad (CRC, 2013, párr. 63), y sólo se puede adoptar como medida de último recurso (CRC, 2013, párr. 6).

La discriminación jurídica se da cuando por estereotipos nocivos de discapacidad o de género se considera que las PCD son incapaces o inhábiles para ejercer sus responsabilidades de crianza. Esto se ve evidenciado, por ejemplo, en los códigos civiles de 1870 y 1884 que enlistaban como causa de suspensión de la patria potestad, la incapacidad legal declarada judicialmente (artículos 418 y 391), y cuya regla persiste en la actualidad en todos los códigos del país, y en una excesiva representación de las mujeres con discapacidad en procedimientos de protección de infantes y en que “pierden de manera desproporcionada el contacto y la custodia de sus hijos” (Comité CDPD, 2016c, párr. 46).

Por esto, la CDPD más allá de exigir la igualdad ante la ley, exige la adopción de medidas efectivas y pertinentes para eliminar la discriminación. El Comité CDPD ha requerido la revisión de los procedimientos por los que se declara como no aptas para la maternidad a mujeres con disca-

2016, párrs. 49-50. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

pacidad,²⁶ asegurando que cuenten con los apoyos necesarios para restituir su derecho a tener un hogar y conformar una familia.²⁷

La SCJN se ha pronunciado sobre el tema en controversias de guarda y custodia y ha establecido que la regla general es que las madres y los padres son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas, no obstante los defectos y carencias que acompañan necesariamente la condición humana. Lo contrario, la falta de aptitud, debe demostrarse. Resolver estas controversias con base en una condición de salud o de discapacidad de las madres,²⁸ padres o hijos,²⁹ sin que se demuestre con base en evidencia técnica o científica la existencia de un riesgo probable y fundado para la niñez involucrada, no protege su interés superior y es discriminatorio por derivar de prejuicios, estigmas sociales o barreras que se pueden eliminar con medidas alternativas o ajustes razonables.

En sintonía con los parámetros antes descritos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya ha declarado violaciones al derecho al respeto de la vida privada y familiar de familias con integrantes con discapacidad.

En *Kocherov y Sergeyeva vs. Rusia* (2016), el TEDH determinó una violación al citado derecho, por considerar que fue injustificada la decisión de Rusia de mantener separada a una niña de su padre con discapacidad.

Tras haber sido dado de alta del asilo en el que vivió alrededor de 30 años y haber solicitado tener bajo su cuidado a su hija, a un padre con discapacidad se le restringió la patria potestad sobre su hija que vivía en una casa hogar (por ser considerada una niña sin cuidado parental, ya que su madre estaba en estado de interdicción por una condición de salud mental y también vivía en el asilo).

Los tribunales locales consideraron: i) con base en pruebas contradictorias, que sería estresante para la niña vivir con su padre, con quien nunca había vivido, y que tenía dificultades para comunicarse con él; ii) que el padre había dejado de vivir institucionalizado hacía sólo un mes, por lo que

26 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones sobre el informe inicial de Serbia, CRPD/C/SRB/CO/1, Naciones Unidas, 2016, párr. 46. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/831042?ln=en>.

27 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones sobre el informe inicial de Costa Rica, párr. 44.

28 Véanse los amparos directos en revisión 2618/2013 y 5904/2015 y el amparo en revisión 910/2016.

29 Véase el amparo directo en revisión 7368/2016.

no tenía destrezas para cuidar a su hija; iii) el diagnóstico psiquiátrico del padre; iv) sus dificultades económicas, y v) que si viviera con su padre, la madre tendría acceso a la niña, lo que consideraban que la ponía en riesgo porque estaba interdicta con motivo de una condición de salud mental (párr. 99).

El TEDH decidió que i) se debieron haber recabado pruebas periciales que dieran cuenta del estado psicológico y emocional de la niña y su actitud hacia su padre; ii) que la referencia de que el padre había vivido institucionalizado por un periodo prolongado, en sí misma, no podía ser una razón legítima para restringir la patria potestad o para mantener a una niña bajo el cuidado del Estado, sobre todo si no hicieron esfuerzos por analizar su madurez y habilidades, a pesar de que había evidencia de que el padre se hacía cargo de sí mismo; iii) que el diagnóstico psiquiátrico del padre no es una razón suficiente para justificar la restricción de la patria potestad, pues un panel de psiquiatras describió en detalle su condición psiquiátrica y su habilidad para cuidarse a sí mismo y criar a una niña, sin que hubiera evidencia para demostrar que de vivir con su padre, la niña estaría en riesgo; iv) que las dificultades económicas del padre no pueden ser, por sí mismas, suficiente motivo para negarle la custodia de su hija, y v) sobre la posible convivencia que la niña tendría con su madre, que los tribunales locales basaron su miedo sobre la seguridad de la niña en una mera referencia a la declaración de interdicción de la madre, lo que por sí mismo no hace a una persona peligrosa para otras. En todo caso, los tribunales locales debieron demostrar de manera convincente y con base en pruebas que el comportamiento de la madre puso o podría haber puesto en riesgo a la niña, a grado tal que fuera imposible darle la custodia al padre (párrs. 101-119).

En este caso el TEDH no cita la CDPD, y resuelve únicamente con base en que las pruebas eran insuficientes para superar el principio de mantenimiento de las relaciones familiares.

En el caso de *Kacper Nowakowski* (2017), el TEDH sentenció a Polonia por no haber tomado las medidas apropiadas para facilitar las convivencias entre un padre sordo que se comunicaba mayoritariamente por lengua de señas y su hijo con discapacidad auditiva, que se comunicaba sólo de forma oral. La situación surgió en 2011, cuando el hombre solicitó la ampliación de las visitas y convivencias con su hijo para fortalecer el vínculo familiar y se le negó la solicitud argumentando que esto no sería en el mejor interés de su hijo, debido a la discapacidad del niño y su fuerte dependencia hacia su madre, quien también tenía una discapacidad auditiva, pero se comunicaba tanto por lengua de señas como oralmente. Por considerar que esta negativa

violó su derecho al respeto de la vida privada y familiar, el padre solicitó al TEDH que revisara la decisión. El TEDH subrayó la importancia de que los niños mantengan y desarrollen la relación con su familia. Considerando que, en principio, es en el mejor interés de la niñez mantener el contacto con ambos progenitores y que no estaba en controversia el derecho del padre a tener contacto con su hijo, resolvió que los tribunales nacionales debieron determinar qué medidas se podían tomar para eliminar las barreras existentes y así facilitar el contacto entre el hijo y progenitor que no tiene la custodia. En vez de obtener evidencia experta que se enfocara en las barreras de comunicación que enfrentaban padre e hijo, se debió reflexionar sobre los medios para superar esas barreras y así preservar el incuestionable derecho de padre e hijo a convivir.

En ese sentido, en vez de suspender la patria potestad o de quitar la guarda y custodia debido a una discapacidad, se debe indagar sobre las barreras a las que la PCD se enfrenta y proporcionar el acceso a la asistencia que se requiera para el desempeño de las responsabilidades de crianza, con el fin de preservar el principio de mantenimiento de las relaciones familiares.

Cuando la familia inmediata no puede cuidar del niño o niña, la familia extendida es la siguiente opción. Cuando esto no sea posible, se le debe proporcionar atención alternativa dentro de la comunidad en un entorno familiar (CDPD, artículo 23.5). Con estrategias claras, plazos fijos y presupuestos suficientes, los Estados deben poner fin a la institucionalización de la niñez con discapacidad.³⁰ La esencia del derecho de la niñez con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19 CDPD) implica el derecho a crecer en una familia.³¹ El costo de esta obligación positiva, aunque con un contenido progresivo en atención a su naturaleza económica, es menor que el costo de la institucionalización en la que se pierde la capacidad de elección y la autonomía personal. Los hogares funcionales (centros de acogida) sin importar su tamaño, son especialmente peligrosos para la niñez, pues siguen siendo instituciones que no pueden

30 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 6: Sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, Naciones Unidas, 2018, párrs. 38 y 97.c. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

31 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N°5: Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, CRPD/C/GC/5, Naciones Unidas, 2017, párr. 37. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

sustituir el cuidado de una familia³² y tienden a aislar a sus residentes del resto de la comunidad. Además, “las niñas con discapacidad internadas son más vulnerables a la violencia de género, incluida la esterilización forzada, el abuso sexual y el maltrato físico, el maltrato emocional y un mayor aislamiento. También se enfrentan a obstáculos mayores para denunciar esos actos de violencia”.³³

2. Adopción

El artículo 390 del Código Civil Federal establece que es posible adoptar a las personas “incapaces” aun cuando sean mayores de edad. Por su parte, el artículo 397 señala que para que la adopción tenga lugar deberán consentir en ella —tratándose de personas “incapaces”— el tutor de la persona que será adoptada o cuando no tenga tutor, la persona que la haya acogido durante seis meses, el Ministerio Público del domicilio del adoptado o las instituciones de asistencia social que le hubieren acogido. Finalmente señala que en el caso de las personas “incapaces”, “será necesario su consentimiento, siempre y cuando fuese posible la expresión indubitable de su voluntad”. El Código Civil para la Ciudad de México no exige este último requisito.

Observamos que a diferencia de otros adultos, las PCD³⁴ pueden ser adoptadas y que, aun siendo mayores de edad, sólo en algunos casos se toma en cuenta su voluntad. El que la “posibilidad de expresar su voluntad indubitablemente” sólo se exija a las PCD, constituye un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa que no encuentra justificación constitucional por ser contraria al derecho a la capacidad jurídica.

Se encuentra, por otro lado, la consecuencia de la interdicción sobre el derecho de adoptar: una persona en estado de interdicción tiene suspendida la patria potestad de sus hijos, por mandato de ley, y enfrentaría la misma barrera para adoptar.

Por otro lado, se encuentran las consecuencias de la interdicción: 1) a las personas en estado de interdicción, por ese hecho, se les suspende la patria potestad de sus hijos, de modo que enfrentarían la misma barrera para

32 *Ibidem*, párr. 16.c.

33 *Ibidem*, párr. 83.

34 Recordemos que el Código define quiénes son personas con incapacidad jurídica y que su definición incluye a las personas con discapacidad real o percibida.

adoptar hijos; 2) tratándose de padres en estado de interdicción, se pretende no recabar su consentimiento para dar en adopción a sus hijos.

Al respecto, la SCJN se pronunció en el amparo directo en revisión 3859/2014, en relación con un caso en el que un hombre solicitó adoptar al hijo de un padre con discapacidad, cuya patria potestad sobre su hijo había sido suspendida con motivo de su declaración de estado de interdicción. La SCJN estableció que para otorgar la adopción era necesario que el padre diera su consentimiento,³⁵ pues debe considerarse que ejerce la patria potestad quien no ha sido condenado a su pérdida, sin importar que se trate de padres con discapacidad en estado de interdicción, pues las personas gozan del derecho inalienable de expresar su voluntad, por lo que se debe promover y respetar la autonomía de los padres con discapacidad en los procedimientos de adopción de sus hijos o sus hijas. La SCJN encontró también relevante que el padre tendría el apoyo de su tutor (abuelo del niño) para el cuidado de su hijo.

F. EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

El ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las PCD se relaciona íntimamente con el derecho de acceso a la justicia, pues para garantizar la participación directa de esta población en igualdad de condiciones con los demás en los procedimientos judiciales, puede ser necesario realizar modificaciones y adaptaciones que se conocen como “ajustes de procedimiento”, los cuales deben ser adecuados a la edad de la persona (CDPD, artículo 13)³⁶ y no están limitados por el concepto de “carga desproporcionada o indebida” (al que hacen referencia los ajustes razonables).³⁷ Estos ajustes

35 A menos de que se demuestre de manera clara y convincente que de no otorgarse la adopción del niño se le generará un daño, para lo que se deberá verificar que el daño alegado no derive de prejuicios, estigmas o barreras ambientales a las que se enfrente el padre con discapacidad y que puedan ser mitigadas con medidas alternativas o ajustes razonables.

36 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha recomendado al Estado mexicano garantizar que las personas con discapacidad puedan acceder a la justicia, expresar su opinión y ejercer su capacidad jurídica en los procedimientos judiciales, para lo que es necesario ofrecer las medidas de apoyo y realizar los ajustes que correspondan (Comité CDPD. Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 32/2015. CRP-D/C/22/D/32/2015. 6 de septiembre de 2019, párr. 11.b.iii)

37 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 6: Sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, Naciones Unidas, 2018, párr. 51.

de procedimiento pueden consistir en medidas como asegurar que las instalaciones sean accesibles, ajustar el ritmo del acto procesal, modificar la metodología para desahogar pruebas testimoniales o confesionales, permitir el acompañamiento de personas de apoyo, brindar asistencia para la comunicación y reconocer métodos de comunicación no convencionales.³⁸

G. CONCLUSIÓN Y EJERCICIO

Tras la entrada en vigor de la CDPD en México, el 3 de mayo de 2008, la emisión de las referidas sentencias por parte de la SCJN y el exhorto del Comité CDPD (2014), resulta necesaria una revisión legislativa exhaustiva de las normas civiles y otras que regulan la vida de las PCD, para que se reemplace el régimen de sustitución de la voluntad consagrado en la interdicción por uno que respete la autonomía y la voluntad de las PCD, sin excepciones, de modo que se armonicen las normas internas con la CDPD. Además, previa consulta y colaboración estrecha con esta población, se debe regular el sistema de apoyos en la toma de decisiones, en términos del artículo 12 de la CDPD.³⁹

- ¿Qué debería tomar en cuenta esta legislación para armonizar las normas civiles con la CDPD?
- En relación con el derecho de familia ¿qué debería incorporarse, modificarse o suprimirse de las normas civiles y familiares?

38 Naciones Unidas (agosto de 2020). Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, Ginebra, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Enviada Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Discapacidad y la Accesibilidad, pp. 9, 15 y 16. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>.

39 En América Latina, Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú ya han emitido leyes que reconocen la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y que reglamentan los apoyos y las salvaguardas.

H. CUADROS DE REFERENCIAS

Referencias legislativas y normatividad
<p>Constitución Federal</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Federal: artículos 1, 4 y 16. • Tratados internacionales • Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: preámbulo, artículos 1, 5, 12, 13 y 23. • Convención sobre los Derechos del Niño: artículos 9 y 18. <p>Legislación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad: artículo 2. • Código Civil Federal: artículos 22, 23, 449, 450, 462, 626, 635. <p>Normas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la Ciudad de México: artículo 11.G.2.

Referencias jurisprudenciales
<p>Suprema Corte de Justicia de la Nación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Primera Sala, Amparo en revisión 1368, 13 de marzo de 2019 (sobre la inconstitucionalidad de la regulación del estado de interdicción en la Ciudad de México) • Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 44/2018, 13 de marzo de 2019 (sobre la inconstitucionalidad de la regulación del estado de interdicción en el Estado de México) • Primera Sala, Amparo en Revisión 8389/2018, 8 de mayo de 2019 (sobre la inconstitucionalidad de la regulación del estado de interdicción en Aguascalientes) • Primera Sala, Amparo en Revisión 702/2018, 11 de septiembre de 2019 (sobre la inconstitucionalidad de la Ley del Notariado del Distrito Federal y de la regulación del estado de interdicción en la Ciudad de México) • Primera Sala, Amparo en Revisión 1082/2019, 20 de mayo de 2020 (sobre la inconstitucionalidad de la regulación del estado de interdicción en Jalisco) • Primera Sala, Amparo Directo 4/2021, 16 de junio de 2021 (sobre la inconstitucionalidad de la regulación del estado de interdicción en la Ciudad de México) <p>Corte Interamericana de Derechos Humanos</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021 (sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de una persona con discapacidad, en relación con el derecho al consentimiento informado)

Otras referencias

Sistema Universal de Derechos Humanos

- Naciones Unidas: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (19 de mayo de 2014). Observación general N° 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1.
- Naciones Unidas: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (25 de noviembre de 2016). Observación general N° 3, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3.
- Naciones Unidas: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (27 de octubre de 2017). Observación general N°5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, CRPD/C/GC/5.
- Naciones Unidas: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (26 de abril de 2018). Observación general N° 6: sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6.
- Naciones Unidas: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (27 de octubre de 2014). Observaciones finales sobre el informe inicial de México, CRPD/C/MEX/CO/1.

Derecho comparado

- Ley N° 1996 de 26 de agosto de 2019 “por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad” (Colombia)
 - Decreto legislativo N° 1383 de 4 de septiembre de 2018, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones (Perú)
- Tribunal de Familia No. 3 de Lomas de Zamora. (2008). O., M. E. s/ Inhabilitación, 16 de octubre de 2008 (Argentina).

Bibliografía

Libros y artículos

- Asamblea General, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, A/67/227, 3 de agosto de 2012, Naciones Unidas. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/227>
- Bhugra, D. et al., “Legislative provisions related to marriage and divorce of persons with mental health problems: a global review”, *International Review of Psychiatry*, volumen 28, núm. 4, pp. 386-392, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09540261.2016.1210577>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe Especial sobre la Situación de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Centros de Asistencia Social y Albergues Pú-*

- blicos y Privados de la República Mexicana*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/IE-ninas-ninos-adolescentes-centros-albergues.pdf>.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9: Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, Naciones Unidas, 2007. Disponible en: <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/9>.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, CRC/C/GC/14, Naciones Unidas, 2013. Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones sobre el informe inicial de Costa Rica, CRPD/C/CRI/CO/1, Naciones Unidas, 2014. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/811108?ln=es>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1: Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, Naciones Unidas, 2014. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de México, CRPD/C/MEX/CO/1, Naciones Unidas, 2014. Disponible en: <https://undocs.org/CRPD/C/MEX/CO/1>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones sobre el informe inicial de Serbia, CRPD/C/SRB/CO/1, Naciones Unidas, 2016. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/831042?ln=en>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Etiopía, CRPD/C/ETH/CO/1, Naciones Unidas, 2016. Disponible en: <https://undocs.org/en/CRPD/C/ETH/CO/1>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 3: Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, Naciones Unidas, 2016. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N°5: Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, CRPD/C/GC/5, Naciones Unidas, 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 6: Sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, Naciones Unidas, 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.
- Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, *Documento de Trabajo No. E062009. Estudio sobre Discriminación y Discapacidad Mental e Intelectual*, México, Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas, 2009. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E06-2009.pdf.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017. Resultados sobre personas con discapacidad*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2019. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/ENADIS_PcD_WEB.pdf.
- Contreras López, R. S., *Derecho Civil. Derecho de Personas y Teoría Integral del Acto Jurídico*, México, Porrúa, 2016.

- Delgado, D., “La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México”, en Espejo, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho: Una mirada comparada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 391-436. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-11/RESPONSABILIDAD_PARENTAL-11-08.pdf.
- Herrera, M. y Lathrop, F., “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”, en Espejo, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho: Una mirada comparada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2021), pp. 67-111. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-11/RESPONSABILIDAD_PARENTAL-11-08.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Censo de Población y Vivienda 2020, 2020. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_EUM.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Glosario del censo de Población y Vivienda 2020, 2020b. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=cpv2020>.
- Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Ediciones Cinca, 2008. Disponible en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelo-socialdediscapacidad.pdf>.
- Palacios, A. “Discapacidad y Derechos Humanos”, en Vásquez Encalada, A. (coord.), *Manual sobre Justicia y Personas con Discapacidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 1-45. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20sobre%20justicia%20y%20personas%20con%20discapacidad_3.pdf.
- Reggiani, A., *Historia mínima de la eugenesia en América Latina*, México, El Colegio de México, 2019. Disponible en: https://libros.colmex.mx/wp-content/plugins/documentos/descargas/HM_EUGENESIA_B.pdf.
- Sacristán, M. C., “¿Quién me metió en el manicomio? El internamiento de enfermos mentales en México, siglos XIX y XX”, *Relaciones*, vol. 19, núm. 74, 1998, pp. 201-233. Disponible en: <https://www.colmich.edu.mx/relaciones25/files/revistas/074/MariaCristinaSacristan.pdf>.
- Stepan, N., *The hour of eugenics: race, gender, and nation in Latin America*, Ithaca, Cornell University Press, 1994.
- Suárez y López Guazo, L., *Eugenesia y Racismo en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, Disponible en: https://www.posgrado.unam.mx/publicaciones/ant_col-posg/29_Eugenesia.pdf.

Legislación

- Code Civil des Français [Código de Napoleón], decretado el 14 de ventoso del año XI [3 de marzo de 1803]. Disponible en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f2.image>
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 8 de diciembre de 1870.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 31 de marzo de 1884.

- Código Civil para el Estado de Guanajuato, Periódico Oficial, número 39, de 14 de mayo de 1967.
- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, Diario Oficial de la Federación, 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.
- Código Civil para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 25 de mayo de 2000.
- Código Civil del Estado de Jalisco, Periódico Oficial El Estado de Jalisco, 25 de febrero de 1995.
- Código Civil para el Estado de Tamaulipas, Periódico Oficial, Anexo al Número 3, 10 de enero de 1987.
- Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, Gaceta Oficial, Suplemento Especial, 15 de septiembre de 1932.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Diario Oficial de la Federación, publicado entre el 1 y el 21 de septiembre de 1932.
- Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua, Periódico Oficial del Estado, Número 59, 23 de julio de 2014.
- Convención sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, abierta a firma el 30 de marzo de 2007, entró en vigor el 3 de mayo de 2008, firmada por México el 3 de mayo de 2008.
- Ley General de Salud, Diario Oficial de la Federación, 7 de febrero de 1984.
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2011.
- Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, Diario Oficial, 15 de diciembre de 2015.
- Ley sobre Relaciones Familiares, 12 de abril de 1917.
- Naciones Unidas, Asamblea General, “Derechos del niño”, A/RES/74/133, 20 de enero de 2020.
- Naciones Unidas (agosto de 2020). Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, Ginebra, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Enviada Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Discapacidad y la Accesibilidad. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>
- NOM-005-SSA2-1993, De los servicios de planificación familiar, Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 1994.
- Reglamento de Eugenesia e Higiene Mental del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, Gaceta Oficial, 26 de noviembre de 1932.
- Reglamento Federal de Profilaxis de la Lepra, 14 de enero de 1930.

Resoluciones judiciales

- Cámara de Apelación de lo Civil y Comercial de Junín (2015), “A., V. A. s/ Insania y Curatela”, Expte. N°: 4449-2007, sentencia del 25 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/06/FA.-PCIAL-C.-CI->

V.-COM.-JUNIN-Derecho-a-la-salud-sexual-y-reproductiva-de-persona-con-capacidad-restringida.pdf.

- Sentencia recaída a la Acción de inconstitucionalidad 107/2015, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, 18 de junio de 2018.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 90/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 30 de enero de 2020.
- Resolución del amparo directo en revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de septiembre de 2015.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 1368/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de marzo de 2019.
- Tribunal EDH, Caso Kacper Nowakowski vs. Polonia, petición no. 32407/13, sentencia del 10 de enero de 2017. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170343>.
- Tribunal EDH, Caso Kocherov y Sergeyeva vs. Rusia, petición no. 16899/13, sentencia del 29 de marzo de 2016. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-161760>.

UNIDAD 7.
VIOLENCIA FAMILIAR

Violencia familiar y de género

Dalia Berenice Fuentes Pérez

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN; B. VIOLENCIA FAMILIAR: UN PROBLEMA DE DESIGUALDAD ESTRUCTURAL; C. RECONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES PARA ENTENDER SUS VIOLENCIAS; D. MARCO REGULATIVO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR; E. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA VIOLENCIA FAMILIAR: EDAD Y GÉNERO; I. Paradigmas de la violencia; II. Elementos constitutivos de la violencia familiar desde la perspectiva de género; 1. Conducta de control, dominación o sometimiento; 2. Contexto subjetivo y objetivo; 3. Asimetría de poder; a. La asimetría de poder y su relación con la edad y la identidad sexo-genérica; b. Daño y consecuencias de la violencia familiar; F. OBLIGACIONES DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN SITUACIONES DE VIOLENCIA FAMILIAR; G. LOS RETOS PARA LA ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS.

A. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de violencia en los núcleos familiares debe analizarse desde un enfoque de derechos humanos; es decir, colocando a las personas en el centro de interés del estudio. Esta perspectiva permite hablar sobre los derechos que afecta este problema y las obligaciones que tiene el Estado frente a ello.¹ Entre esas obligaciones destacan las de debida diligencia que supone una actuación cuidadosa del Estado para impedir violaciones a derechos humanos, o bien para investigar exhaustivamente, sancionar proporcionalmente y reparar integralmente a la víctima cuando tales violaciones ya sucedieron.²

1 Serrano, S. y Vázquez, D., *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO México, 2013.

2 Corte IDH, 2010. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010; Corte IDH, 1989. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7. Se trata de un estándar creado desde instancias internacionales, que evalúa si un Estado cumple con la obligación de garantizar los derechos humanos a la vida, integridad y libertad, especialmente por actos cometidos por particulares.

En este capítulo se explican las razones por las que la violencia familiar es un problema grave, estructural y sistémico, anclado en contextos de desigualdad. Posteriormente se propone una reconfiguración en el entendimiento jurídico sobre la familia y la violencia; a partir de los cambios sociales que han impactado en ambas figuras jurídicas y que son retomados por el enfoque de derechos humanos.

Se desarrollan los elementos que configuran un comportamiento de violencia familiar, destacando la relación que tiene con los estereotipos de género y edad subsistentes en las prácticas sociales. También se brindan algunas reflexiones básicas sobre los objetivos de la reparación del daño desde el enfoque de derechos humanos.

Por último, se colocan algunas reflexiones finales en cuanto a los retos que supone el tratamiento de la violencia familiar tanto para las autoridades como para quienes tienen a su cargo la representación de casos.

B. VIOLENCIA FAMILIAR: UN PROBLEMA DE DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

Con base en este enfoque se ha reconocido que la violencia que tiene lugar en el ámbito de las relaciones familiares (incluidas las de noviazgo) es un problema social grave, generalizado, sistémico y estructural normalizado en numerosas sociedades, como la mexicana; sus orígenes se encuentran en las prácticas sociales y los contextos de desigualdad.

Aunque el sistema de justicia trata los problemas de los núcleos familiares (resueltos tanto en el ámbito civil y familiar, como en el penal) como problemas individuales que se dan entre personas particulares, es fundamental comprender que su impacto social trasciende esa esfera. En tal sentido, la violencia familiar se considera grave al menos por dos razones:

- 1) Se da en el primer ámbito de interacción social de la persona, que es la familia. Éste es el núcleo o estructura social en el cual la persona obtiene distintos recursos que inciden en su desarrollo, tales como
 - a) Fortalecimiento de su sentido de autonomía de la voluntad, que determina sus habilidades personales para la toma de decisiones en esos y otros espacios de interacción.
 - b) Habilidades para ejercer el poder personal, entendido como capacidad de incidir. De hecho, parte de las acciones de atención a víctimas de violencia familiar se orientan a la recuperación de la

consciencia de poder de la persona (empoderamiento),³ que se ha perdido por los actos de dominación o sometimiento.

- c) Las prácticas sociales, estereotipos y valores con que se construye la identidad de las personas (como la identidad sexual y de género).
 - d) El sentido de dignidad de la persona.⁴
- 2) Ocasiona daños en la esfera personal de la víctima que afecta su desarrollo en otros espacios de interacción social (escolar, laboral, comunitario, político, etc.). Las vivencias de las personas en el núcleo familiar determinan distintas formas de interacción social que se proyectan a una escala macro-social y esto propicia, entre otras cosas, la alta o baja permisividad o tolerancia que tiene una sociedad frente a la violencia.⁵

De este modo, una persona que normaliza la violencia como forma de interacción social (ya sea porque resiente en su persona el acto de control, dominación o sometimiento, o porque atestigua que se lleva a cabo en contra de otras personas de ese núcleo) la trasladará y verá como algo “normal” en los demás ámbitos sociales.

La violencia familiar es también un problema generalizado porque, como ha señalado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), está presente en todas las sociedades y en todo tipo de familias, sin importar su ingreso económico, el nivel educativo de sus integrantes, el contexto cultural o cualquier otra característica.⁶

Estos datos se corroboran con el análisis de la información recabada por la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (2011). Los datos sobre la violencia familiar, principalmente la que se da entre parejas, indican que ese problema no distingue nivel socioeconómico

3 Bacqué, M.-H., Biewener, C., *El empoderamiento, una práctica emancipadora*, Gedisa, Barcelona, 2016.

4 Tesis aislada I.10o.A.1 CS (10a.). DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.

5 Olivares, E. y Incháustegui, T., *Modelo ecológico para una vida libre de violencia de género*, 1a ed., México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2011.

6 CEDAW, Recomendación General No 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994; CEDAW, Recomendación General No 19 sobre la violencia contra la mujer, 1992.

o de escolaridad; 39.3% de los participantes que en un ejercicio diagnóstico con hombres que ejercen violencia contaban con educación superior o de mayor grado fueron violentos con sus parejas a lo largo de su relación.

El mismo estudio señaló como factores relacionados con el ejercicio de violencia por parte de ellos los antecedentes de violencia de su infancia, que las mujeres tengan hijas o hijos de otro hombre, o el motivo por el cual se unieron, por mencionar algunos.⁷

En cuanto a su descripción como un problema sistémico y estructural debemos tener en cuenta que las familias, conforme se explica desde disciplinas como la sociología o la antropología, son estructuras sociales; es decir, formas específicas en que las personas se organizan y establecen relaciones entre sí de manera más o menos reiterada y sostenida. Tales relaciones cohesionan la estructura al punto que esa forma de organización puede identificarse como una “unidad” con algunos rasgos comunes a la que denominamos familia (o sus términos análogos).⁸

Existen distintas formas de estructura familiar, su composición es dinámica y siempre está sujeta a los cambios que derivan del contexto social, histórico y geográfico. En México, los datos estadísticos dan cuenta de tres tipos preponderantes de estructuras familiares:⁹

Familias nucleares (49.4%), que pueden estar integradas ya sea por una persona jefa de familia y su cónyuge, una persona jefa de familia y sus hijas o hijos, o una persona jefa de familia, su cónyuge e hijas o hijos.
--

Familias ampliadas (30.7%), se integran por un hogar nuclear y al menos otra persona pariente, o bien por una persona jefa de familia y al menos otra pariente.

Familias compuestas (1.5%), que se conforman por un hogar nuclear o ampliado y al menos una persona integrante de la familia con la que no se tiene parentesco.

Estos datos estadísticos son relevantes por varias razones: rompen con la idea coloquial de que “la mayoría de las familias” son nucleares o de que “así deben ser” para cumplir con estándares de normalidad, y contrastan con la forma en que se ha regulado la violencia familiar en la legislación

7 Inmujeres, Hombres que ejercen violencia contra sus parejas. Análisis a partir de la ENDIREH 2011, 2014.

8 Gazmuri, P., *Familia-sociedad desde una perspectiva transdisciplinar*, La Habana, CIPS, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, 2006.

9 Inegi, Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017), 2017.

civil-familiar y penal, que sólo se refiere a personas unidas por relaciones de parentesco (civil) o consanguinidad (hasta cierto grado).

Quedan excluidas de la protección normativa las relaciones familiares que no reúnen esos requisitos, como la de noviazgo, que sólo se prevé en dos entidades federativas,¹⁰ o las que no puedan acreditar parentesco, como sucede con numerosas relaciones de hecho que no cumplen con características como la vida en común de forma constante y permanente. Esto obliga a repensar las obligaciones de las autoridades que procuran e imparten justicia, para interpretar las disposiciones normativas en el sentido más protector posible, pues en todos esos tipos de familia hay situaciones de discriminación o violencia.

Las estructuras familiares se conjuntan entre sí, comparten rasgos culturales y prácticas, además de contextos espacio-temporales, e interaccionan con otras estructuras sociales dando forma a los sistemas sociales. Como en cualquier sistema cuyos elementos están unidos por relaciones de interdependencia, lo que sucede en las familias impacta en las demás estructuras; por este motivo, un problema compartido, como las prácticas violentas en las familias, se convierte en un problema sistémico y estructural.

Es importante tener en cuenta lo anterior, pues en ámbitos como la justicia, el quehacer legislativo o el diseño de políticas públicas suele reducirse el análisis de la violencia familiar a una cuestión de conflicto individual, cuando las causas que le dan origen se encuentran en las prácticas sociales de su estructura en sus niveles micro y macro; también hacia ese punto deben dirigirse las acciones de prevención y atención.

C. RECONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE LAS RELACIONES FAMILIARES PARA ENTENDER SUS VIOLENCIAS

El modelo de familia que se instaura en la regulación jurídica federal y estatal de México —civil, familiar y penal— desde finales del siglo XIX y principios del XX es un reflejo del modelo de “familia tradicional” de la época victoriana. Se incorporó en el sistema social y jurídico a través de procesos de colonización y exportación cultural desde el porfiriato¹¹

10 Se regulan en la Ley de Prevención, Asistencia y Atención de la Violencia Familiar de Coahuila de Zaragoza, así como en la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Estado de Oaxaca y el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

11 Gutiérrez, A., “De la mujer ideal a la mujer real. Las contradicciones del estereotipo femenino en el siglo XIX”, *Cuicuilco* 7, pp. 1-17, 2000.

Conforme a ese modelo la familia “debía ser” (aunque de hecho no lo fuera, ni lo sea ahora) un núcleo homogéneo, con intereses y valores comunes, uno en el que sus integrantes logran llegar a acuerdos para tener una convivencia más o menos pacífica. En ámbitos como el rural, incluso se concibió a la familia como una unidad económica-moral en la que predominaba la reciprocidad, el consenso y el altruismo por fines como la supervivencia común.¹²

La familia victoriana, según lo documentan los estudios de género y las epistemologías feministas, se articuló con base en parámetros del orden social¹³ de género (binario) y del sistema patriarcal.¹⁴ Éstos se distinguen, entre otras cosas, porque establecen que las diferencias sexuales de las personas sólo pueden ser binarias, opuestas y complementarias entre sí: hombre y mujer.¹⁵ Con base en esas diferencias se crean y asignan atributos y roles de género a las personas (masculinos o femeninos) que forjan contextos de desigualdad, dado que los que se asignan a las mujeres en la mayor parte de ámbitos sociales reciben menos valoración y reconocimiento (social, jurídico, económico, etc.) en comparación con los que se asignan a los hombres.¹⁶

La familia victoriana, además, se caracterizó por un fuerte control sobre los cuerpos y los procesos de reproducción biológica; control que se

12 Arias, P., “La etnografía y la perspectiva de género: nociones y escenarios en debate”, en Oehmichen (ed.), *La etnografía y el trabajo de campo en las ciencias sociales*, pp. 173-194, México, IIA, 2014.

13 Un orden social puede definirse como una forma específica en que se estructura, funciona y organiza la dinámica en un grupo humano determinado. Se conforma por un sistema de instituciones, marcos e interacciones humanas más o menos constante, que cuenta con la capacidad de reproducirse si se mantienen las condiciones básicas de su propia existencia. Entre esas condiciones se encuentran: las relaciones de producción y de poder, la propiedad, manifestaciones culturales y formas de comunicación, ideología y valores (Villanueva et al., 2013). En tal sentido, la diferenciación sexual, y la primacía que se da en cuanto a ejercicio de poder, de quienes se identifican como hombre-masculino (masculinidad dominante) respecto de otras identidades es una de las bases del orden social de género (Lerner, 1986; Serret and Méndez, 2011).

14 Maqueda, M. L., “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Panorama internacional del derecho de familia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

15 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, 2020.

16 Lagarde, M., *Género y Feminismo. Desarrollo Humano y democracia*, 2a ed., Madrid, Grafistaff, 1997; Rubin, G., “El tráfico de mujeres: notas sobre la ‘economía política’ del sexo”, en Lamas, M. (ed.), *el género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Miguel Ángel Porrúa-PUEG, 1996; Scott, J., “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en Lamas, M. (ed.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Miguel Ángel Porrúa-PUEG, México, 1996.

hizo más evidente a través de estructuras institucionales como las leyes, el Estado, la escuela y la medicina, por mencionar algunas de las más representativas.¹⁷ En México, los mandatos del modelo de la familia victoriana se consolidan en la legislación civil-familiar y penal con la regulación de figuras como las siguientes.

Cuadro 1. Consecuencias del modelo victoriano

<p>El matrimonio como única figura que podía dar origen a una familia. Se permitía sólo entre mujer y hombre, y una de sus finalidades era la reproducción. Esto explica la exigencia de pruebas prematrimoniales que aseguraran que las personas contrayentes no tenían enfermedades contagiosas o que les impidieran tener “descendencia”, la prohibición de la bigamia y la tipificación de la homosexualidad como una enfermedad o un delito.</p>
<p>La prohibición de divorcio salvo casos excepcionales, sin que la violencia se hubiera considerado, durante décadas, como razón suficiente para solicitarlo. Esto tuvo relación directa con la prohibición de que las autoridades intervinieran en la solución de problemas familiares, pues se consideraba una injerencia innecesaria del Estado en asuntos de tipo “privado”.^A</p>
<p>El requerimiento de autorización del “esposo” para que “su esposa” pudiera trabajar, celebrar contratos o administrar sus propios bienes; lo que se podía extender a otras personas integrantes de la familia, especialmente a las mujeres.</p>
<p>Las reglas sobre el linaje familiar conforme a las que se estableció una diferencia entre hijas o hijos “legítimos” (dentro de un matrimonio) y “naturales” (fuera de matrimonio), con consecuencias directas en el ejercicio de derechos.</p>
<p>La regulación de numerosos delitos sexuales (violación, rapto, abuso sexual, etc.) en la que se consideraba como bien afectado no la libertad sexual de la persona víctima, sino el honor del padre, esposo, hermano o de la familia. Esto sin olvidar que apenas en 2005 se modificó la jurisprudencia para aceptar que existe la violación sexual entre cónyuges.^B</p>
<p>^A Pérez, M., “La violencia familiar”, en <i>Derecho de familia y sucesiones</i>, pp. 103-111, México, Nostra ediciones, 2010.</p> <p>^B Tesis 1a./J. 10/94. VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES. CUANDO UNO DE ELLOS OBTIENE LA CÓPULA POR MEDIOS VIOLENTOS, SEAN FÍSICOS O MORALES, SE INTEGRA EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN; Y COBRA OBSERVANCIA OBLIGATORIA EN ÉSTE LA TESIS JURISPRUDENCIAL MODIFICADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.</p>

17 Foucault, M., *Historia de la sexualidad*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2006; Foucault, M., *Tecnologías del yo y otros textos afines*, Barcelona, Paidós, 1990.

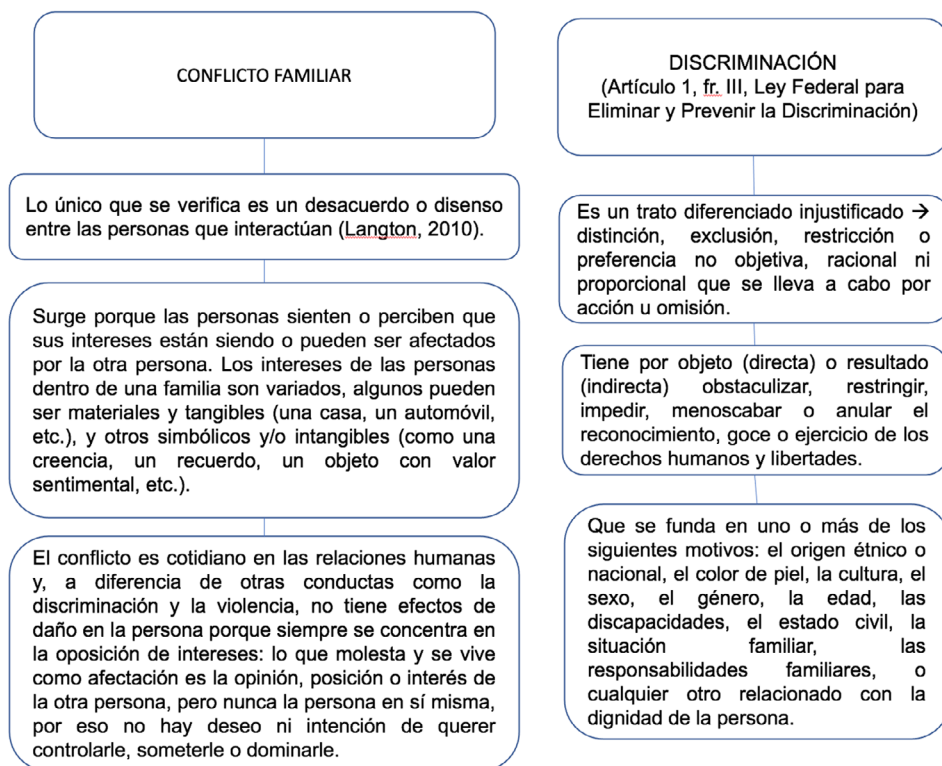
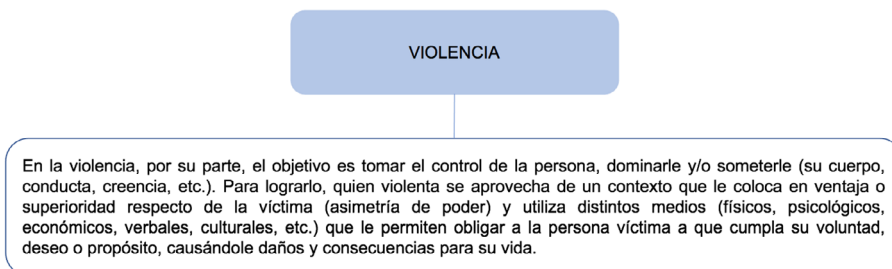
Gran parte de estas regulaciones ya han sido reinterpretadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), precisamente porque su contenido ha quedado rezagado respecto de la realidad social; además de que reproducen contextos de desigualdad entre integrantes de la familia y múltiples afectaciones a derechos humanos.

La crítica a esa noción tradicional de familia proviene de la misma realidad social. En el ámbito de la procuración e impartición de justicia: los hechos, en conjunto con la información estadística, judicial y ministerial, indican que las familias son núcleos jerarquizados, heterogéneos y profundamente desiguales, que sólo es posible entender dentro del contexto (cultural, geográfico y temporal) en que tienen lugar.

Las familias tienen confrontaciones constantes entre sus integrantes, por más que los mandatos sociales nos hayan enseñado a minimizar, silenciar u ocultar esos problemas (por honor, pena social, imposibilidad de aceptar que en nuestra familia sucede “eso” o simplemente por considerar la unión de la familia como un valor superior en comparación con el interés individual de sus integrantes).

Los problemas en las familias tienen múltiples causas; ya que a pesar de que sus integrantes comparten algunas prácticas y sistemas de creencias, difieren en características identitarias (edad, género, etc.), además de que tienen necesidades e intereses propios que pueden o no coincidir, o bien contradecir los valores y tradiciones del grupo.

Algunos de esos problemas son únicamente conflictos, pero otros constituyen discriminación o violencia.

Figura 1. Conceptos de conflicto y discriminación**Figura 2. Concepto de violencia**

Todo acto de violencia es un acto de discriminación porque el control o sometimiento de la persona tiene como base el trato diferenciado injustificado; es decir, la persona que violenta deja de considerar como “igual” a la víctima; ésta es una de las razones por las que considera que puede o debe

controlarle y someterle. Por el contrario, no todo acto de discriminación escala forzosamente a una conducta de violencia.

La prevención y atención de la violencia (incluida la familiar) por parte de las autoridades es una obligación constitucional y convencional; sin embargo, las medidas de solución que requiere este problema que afecta derechos humanos son distintas a las que tradicionalmente se han pensado (desde una noción clásica romanista) respecto de otro tipo de derechos, como se explica en el siguiente apartado.

D. MARCO REGULATORIO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

El marco regulatorio relativo a la violencia familiar, como el de cualquier otra materia, permanece en constante construcción. La función legislativa contribuye en gran medida a esa labor; sin embargo, en la función judicial se advierte el mayor avance en cuanto a la reconfiguración y precisión de sus contenidos. En atención al principio de interdependencia de los derechos humanos, este marco comprende, al menos, las siguientes disposiciones.

Cuadro 2. Referencias legislativas y normatividad

Rubro	Referencias
Parámetro de control de regularidad constitucional	<p>Derecho a la dignidad, derecho a la igualdad y no discriminación por razones de sexo, género, orientación o preferencia sexual, edad, entre otras categorías.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 1. • Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 24. • Principio de protección a la familia • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4. • Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 17. • Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 23. <p>Derecho al libre desarrollo de la personalidad (que deriva del derecho a la dignidad)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículo 1 y preámbulo. En el sistema de precedentes judiciales de México, este derecho ha servido como fundamento para la reinterpretación y recharacterización del efecto protector de distintas normas en materia familiar.[^]

Rubro	Referencias
	<p>Enfoque diferenciado o interseccionalB</p> <p>Perspectiva de género. Derecho de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación por razones de género:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: artículos 1 y 16. • Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: artículos 2, 6, y 7. <p>Enfoque de infancia. Derecho a recibir protección contra toda forma de malos tratos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los Derechos del Niño: artículo 19.
<p>Legislación secundaria</p>	<p>Normativa de aplicación general</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley General de Víctimas, diversas disposiciones una vez que se ha reconocido que la persona ha sido víctima de un delito o de una violación a derechos humanos. • Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, derecho a una vida libre de violencia de género en el ámbito familiar: artículo 7. • Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, derecho a una vida libre de violencia y protección a su integridad personal desde un enfoque de infancia y de género: artículos 46 y 47. • NOM-046-SSA2-2005: Violencia Familiar, Sexual y Contra las Mujeres. Criterios para la Prevención y Atención. • En su caso, NOM-190-SSA1-1999: Prestación de Servicios de Salud. Criterios para la Atención Médica de la Violencia Familiar. <p>Normativa estatal</p> <ul style="list-style-type: none"> • Materia civil, familiar o civil-familiar. Derecho a una vida libre de violencia familiar; Códigos Civiles estatales y Leyes especializadas en materia familiar. • Materia penal. Tipo penal de violencia familiar y otros tipos penales, conforme a las conductas específicas de violencia involucradas en los actos de violencia familiar. Códigos Penales estatales. • Disposiciones del enfoque diferencial aplicable para ambas materias, a partir de una aplicación integral del marco normativo: <ul style="list-style-type: none"> – Leyes estatales de prevención y atención de la violencia de género contra las mujeres (las 32 entidades federativas cuentan con su propia ley y regulan, de forma específica, la violencia familiar).

Rubro	Referencias
	<ul style="list-style-type: none"> – Leyes estatales de protección a niñas, niños y adolescentes (las 32 entidades federativas prevén la obligación de protegerles de la discriminación, violencia o malos tratos dentro de ese núcleo). – Leyes estatales sobre igualdad entre hombres y mujeres, así como leyes de atención y combate a la discriminación (las 32 entidades federativas las han aprobado). – Otras leyes estatales que brinda protección específica a grupos en situación de vulnerabilidad (como las leyes que protegen a las personas indígenas y afrodescendientes, o a las personas con discapacidad).
<p>^A Higareda, D., “Actualización intensiva en 10 Años de Jurisprudencia. Módulo VI. Derecho de familia con énfasis en género”, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.</p> <p>^B Nomenclatura: Convención CEDAW; Convención de Belém do Pará; CDN; Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (CDPC).</p>	

Cuadro 3. Referencias jurisprudenciales sugeridas para consulta

Referencias jurisprudenciales
<p>Suprema Corte de Justicia de la Nación</p> <ul style="list-style-type: none"> • SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo 30/2008, 11 de marzo de 2009 (sobre violencia familiar como problema sistémico). • SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1206/2018, 23 de enero de 2019 (sobre deber de analizar violencia previa). • SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 24/2018, 18 de abril de 2018 (sobre “órdenes de protección”). • SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018 (sobre reparación del daño moral por violencia familiar). • SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6181/2016, 27 de marzo de 2018 (sobre valoración de contextos de violencia familiar cuando la persona víctima es acusada de un delito). • SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2387/2018, 13 de marzo de 2019 (sobre violencia familiar y discapacidad) <p>Adicionalmente: Rubio, Isabel y Treviño, Sofía (2021). Cuadernos de jurisprudencia núm 7. Violencia familiar, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.</p>

Cuadro 4. Otras referencias

Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

- Recomendación general N° 21 sobre igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares.
- Recomendación general N° 29 sobre las consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución, CEDAW/C/GC/30, 1 de noviembre de 2013.
- Recomendación general N° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 14 de noviembre de 2014.
- Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.

Comité de los Derechos del Niño

- Observación general N° 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CR/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). Guía práctica para la eliminación de la violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes.

El análisis y uso del marco normativo que regula la protección contra la violencia familiar por razones de edad y sexo o género (u otras relacionadas con las características identitarias y el contexto de las personas) tiene como punto de partida la protección de los derechos señalados en el cuadro, a partir del parámetro de control de regularidad constitucional. Se trata de derechos vinculados entre sí, con base en los principios de universalidad e interdependencia.¹⁸

Además, debe tomarse en cuenta que cada uno de esos derechos, a su vez, se vinculará con otros, dependiendo de las características de contexto de la familia y de sus integrantes, así como de la dinámica del conflicto familiar. Esto conducirá a la revisión y uso integrado de otras disposiciones normativas (tanto del parámetro de control de regularidad constitucional, como de la legislación secundaria).

Por ejemplo, si el caso de violencia familiar involucra actos de violencia sexual, se tendrá que acudir a las disposiciones que protegen la libertad se-

18 Serrano, S. y Vázquez, D., *op. cit.*

xual y reproductiva de la persona; si la persona víctima es menor de edad, deberá hacerse uso de las disposiciones relativas a la protección de niñas, niños y adolescentes (incluida la libertad sexual); si es una persona menor de edad y su identidad de género es la de niña o adolescente, también serán aplicables las disposiciones normativas que protegen de forma específica a este grupo contra la violencia sexual; si además de esas características la persona víctima tiene una condición de discapacidad, le serían aplicables disposiciones que protegen a este grupo población.

La identificación del marco normativo y su uso sustantivo es fundamental para un análisis adecuado de los derechos afectados por la violencia familiar. Es común que estas disposiciones regulen de forma individual un derecho en específico; por lo tanto, será tarea de quien analiza un caso o controversia familiar articular la argumentación que sustente la forma en que se vinculan esas disposiciones normativas.¹⁹

E. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA VIOLENCIA FAMILIAR: EDAD Y GÉNERO

I. *Paradigmas de la violencia*

La constitucionalización del enfoque de derechos humanos, como eje rector del sistema normativo mexicano y de la actuación de las autoridades, tiene importantes implicaciones en términos del tratamiento de la violencia familiar. Aquel enfoque modifica el entendimiento que históricamente se había dado a la noción de *violencia* y que la definía como la aplicación de una “fuerza” (regularmente física, aunque posteriormente se agregaron otras modalidades), tal cual se había tratado desde el derecho romano.

La *vis* (fuerza) y el *metus* (miedo) del derecho romano arcaico son figuras que han tenido pocos cambios en la tradición romano-germano-canónica del derecho a la que pertenece el sistema jurídico mexicano; la primera

19 El contexto histórico que vio nacer las regulaciones civiles-familiares y penales de la violencia familiar (violencia intrafamiliar) reconoció desde un inicio la protección que debe darse a todas las personas integrantes de la familia. Aunque en algunos casos esa normativa hace énfasis en la protección especial que merecen niñas, niños y adolescentes, todavía no puede hablarse de que su tratamiento prevé la incorporación del enfoque de infancia; menos aun de la perspectiva de género. De hecho, casi la totalidad de esas regulaciones omite la relación que hay entre la violencia familiar y la identidad sexo-genérica de las personas (con excepción de Tlaxcala y Puebla en materia penal).

se traslada a la legislación civil y penal mexicana como violencia física y la segunda, como violencia moral o psicológica.²⁰

Ejemplo

El abuso sexual es un acto de violencia en sí mismo y no algo que pueda hacerse “con o sin violencia”.

No hay educación familiar con o sin violencia; si hay violencia no puede nombrarse educación, y debe ser erradicada por los efectos dañinos que tiene en las personas y la sociedad.

También subsiste en el marco normativo vigente la idea de que la *vis* y el *metus* son componentes que acompañan a otras conductas, pero no las conductas principales a analizar en un conflicto, tal como lo reguló el derecho romano. Tal es la razón por la que se admite que hay conductas centrales a las que se “agrega” la violencia física, moral o psicológica como un componente: celebración de contratos con o sin violencia; formación de asociaciones con o sin violencia; robo con o sin violencia; abuso sexual con o sin violencia, etc.

Este entendimiento de la violencia proveniente del derecho romano difiere del que propone el enfoque de derechos humanos; para éste, la violencia se entiende como un comportamiento de control, sometimiento o dominación que es perseguible y sancionable por sí mismo, porque daña a la persona y restringe, limita o anula el ejercicio de sus derechos. No se trata, por lo tanto, de un “agregado” de otras conductas.

Con base en lo anterior, la violencia en el enfoque de derechos humanos se define como un comportamiento de control, sometimiento o dominación que causa daños y consecuencias; se debe, entre otros factores, a la existencia de contextos de desigualdad en los que predominan las relaciones asimétricas de poder, como las que se dan en las familias por razones de edad e identidad sexo-genérica.

Esta noción de violencia es la que está presente en los tratados internacionales de protección a grupos en situación de vulnerabilidad y sus interpretaciones, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la

20 Llanos, J. M., “Reflexiones sobre la vis lícita frente a la vis ilícita”, *Revista General de Derecho Romano* 29, 2017; Morineau, M. y Iglesias, R., *Derecho romano*, 4a ed., México, Oxford University Press, 2000.

Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); todas aprobados durante el último cuarto del siglo XX.

Son los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y la sociedad civil los que impulsaron esta modificación en la noción de violencia. Su desarrollo se vincula estrechamente con las transformaciones del derecho familiar porque ese ámbito fue uno de los primeros en los que se reclamó que la violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres fuera reconocida como un problema social grave, que merece atención de la comunidad de internacional.²¹

En México, la normativa convencional —que actualmente forma parte del parámetro de control de regularidad constitucional— incidió en la creación de disposiciones jurídicas de la legislación secundaria cuyo objetivo es prevenir y atender la violencia familiar. Las 32 entidades federativas regulan de forma específica la violencia familiar tanto en el ámbito penal como en el civil-familiar. En algunos casos se crearon leyes especializadas locales para su tratamiento,²² en otros, se incorporó la figura en los códigos civiles y en todos los casos se incluye el tipo penal de violencia familiar en los códigos penales estatales.

II. Elementos constitutivos de la violencia familiar desde la perspectiva de género

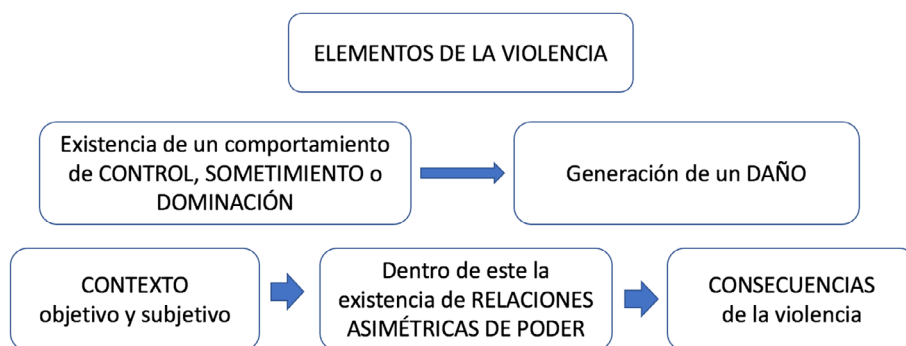
Al analizar las definiciones de violencia en los códigos penales y civiles-familiares estatales, en las leyes especializadas en esa materia, así como en las leyes de atención y protección a personas y grupos vulnerables, se advierten coincidencias mayoritarias en cuanto a que tiene al menos dos elementos constantes: a) la existencia de un comportamiento de control, sometimiento o dominación y b) la generación de un daño.

21 Maqueda, M. L., *op. cit.*; Mosolo, S., “La violencia contra la mujer. Entre lo público y lo privado”, *Revista del IIDH* 53, 2011; Pérez, M., *op. cit.*

22 Prevén la violencia familiar en una ley especializada distinta al Código Civil: Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas. Prevén lo relativo a la violencia familiar en el Código Civil: Aguascalientes, Ciudad de México, Chiapas, Chihuahua, Yucatán.

No obstante, con la incorporación del enfoque de derechos humanos se ha reconocido la presencia de tres componentes adicionales que explican y, por lo mismo, permiten identificar y valorar de manera más adecuada las situaciones de violencia en la familia (incluidas aquellas que se vinculan con factores de edad y de sexo-género). Esos tres componentes son c) el contexto objetivo y subjetivo; d) dentro de ese contexto, las relaciones asimétricas de poder (en razón del sexo-género y la edad), y e) las consecuencias de la violencia. A continuación se revisan cada uno de esos elementos o componentes.

Figura 3. Elementos de la violencia



Fuente: elaboración propia.

1. Conducta de control, dominación o sometimiento

El daño que se causa a las personas integrantes de la familia por un comportamiento violento proviene no sólo de la aplicación de una fuerza, sino de una fuerza cuyo objetivo o intención es hacerle saber y sentir a la persona víctima que la resiente que se encuentra bajo el control, dominio o sometimiento de otra persona; es decir, que se verá obligada a atender la voluntad ajena, en detrimento de la autonomía de voluntad propia.

Por principio, es necesario desmitificar la idea de control, dominación o sometimiento, de la cual se podría tener una representación enteramente negativa; estos términos se refieren a lo siguiente.

Cuadro 5. Definiciones

Control	<i>Controlar</i> es un término que proviene del latín y tiene dos términos: ‘contre’ (contra) y ‘role’ (rollo). Apareció durante la edad media como parte del argot de los mercaderes que crearon un sistema de contabilidad en el que se utilizaban dos rollos de papel para llevar los registros, uno se comparaba con el otro para cotejar las cuentas (<i>contrarotulus</i>) y eso fue lo que dio origen al sentido del término <i>controlar</i> como una acción de inspección, fiscalización o dominación. ^A
Dominación	Proviene del término <i>dominus</i> que tiene dos raíces latinas: ‘domus’ (casa) e ‘-inus’ (relativo); se ha traducido como aquello que pertenece a la casa y, en consecuencia, que está bajo el dominio o propiedad de su “señor”; por este motivo, <i>dominar</i> significa ‘tener bajo su poder’. ^B
Sometimiento	Viene del latín <i>submittere</i> y tiene dos raíces: ‘sub’ (debajo) y ‘mittere’ (enviar o echar delante de); significa estar por debajo de alguien o de algo. ^C
<p>^A Soca, R., <i>El origen de las palabras. Diccionario etimológico ilustrado</i>, Colombia, Rey Naranja Editores, 2016.</p> <p>^B RAE, <i>Diccionario de la lengua española</i>, 2021.</p> <p>^C <i>Idem.</i></p>	

La interacción humana es una constante red de relaciones en las que unas personas están bajo el mando, orden, inspección o decisión de otras; en esta dinámica es inevitable que las segundas vean restringida, en mayor o menor medida, su autonomía de la voluntad (deseos e intereses).

Si se piensa en espacios laborales, las personas están sometidas a las decisiones de quien asume la dirección; en un contexto escolar, las personas estudiantes se someten a las indicaciones de la o el docente; algo similar sucede en una familia, las jerarquías por edad y género son criterios usados para justificar por qué unas personas están bajo el dominio o control de otras (hijas o hijos respecto de su padre o madre, esposa respecto de su esposo o viceversa, etc.).

Este tipo de comportamientos sin duda se experimentan como un acto de molestia, como una sensación de “imposición” que dobla la autonomía de la voluntad de la persona; sin embargo, no todos implican violencia. Esta última, como lo indican las definiciones normativas, surge cuando el acto de control o sometimiento ocasiona uno o varios daños a la persona, y con ello afecta el ejercicio de sus derechos.

Esto conduce a la pregunta obligada: ¿cuándo o por qué se causa ese daño?; pues bien, ese daño es el resultado de dos factores que pueden actuar de forma conjunta o independiente.²³

1) Las razones son las motivaciones que tiene una persona para dominar, controlar o someter a otra. Por lo general, las razones propias se defienden siempre como justificadas (razonables, objetivas, pertinentes o, en último caso, se afirma como un “derecho que se tiene a”); sin embargo, sólo aquellas que después de un análisis fáctico-normativo logran demostrar que respetan la dignidad²⁴ e igualdad²⁵ de la persona cumplirán con tal atributo.

Entre las motivaciones se encuentran los usos nocivos de los estereotipos de género; su detección sólo es posible cuando se analiza el contexto del conflicto jurídico de forma integral, lo que va más allá de la simple revisión de circunstancias de tiempo, modo y lugar. Sobre esto se reflexiona más adelante.

2) Los medios que se emplean en el comportamiento de control, sometimiento o dominación. Son las formas o vías utilizadas para realizar ese comportamiento; no hay un catálogo de medios, prácticamente cualquier cosa podría serlo pues ello depende del contexto y la propia decisión de quien controla. Del tipo de medio, la forma en que se utiliza y la percepción de quien resiente la conducta, dependerá que se cause o no un daño.

23 Fuentes, D., “La violencia en la familia”, en Vela, E. (ed.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, México, SCJN, 2020.

24 La SCJN ha señalado que el principio de la dignidad humana es un derecho humano conforme al que se reconocen, entre otros aspectos: “la superioridad de la persona frente a las cosas, la paridad entre las personas, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima, la posibilidad real y efectiva del derecho de participación en la toma de decisiones”, tesis aislada I.10o.A.1 CS (10a.).

25 La igualdad, conforme sostiene la SCJN, no se refiere a una característica intrínseca de la persona, sino a su condición relacional y situacional. Esto indica que debe hacerse un ejercicio de comparación al menos entre dos personas o situaciones, identificando las características que les distinguen. Del mismo modo, es necesario considerar las distintas dimensiones de la igualdad (formal y sustantiva), pues la justicia no puede ser ciega a las diferencias sociales y su impacto en el ejercicio de los derechos; IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO. ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO; DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

Los medios para lograr ese control pueden ser explícitos y evidentes — como un golpe (fuerza física y psicológica), un grito o una amenaza (lenguaje)—, pero también puede ser sutiles o casi imperceptibles, como cuando un padre de familia se niega a pagar una pensión alimenticia (medio económico y psicológico) sólo para “recordarle” a su pareja, a través de la carencia material generada, “quién manda ahí” o “que sin él no vale nada”, “que obedezca” si quiere seguir recibiendo recursos.

A continuación, se muestra un cuadro con información meramente orientativa de posibles combinaciones de ambos factores.

Cuadro 6. Elementos para determinar si el comportamiento es discriminatorio o violento

	Razones justificadas	Razones injustificadas
Medios que causan daño	Presunción de discriminación y violencia	Presunción de discriminación y violencia
Medios que no causan daño	No hay violencia	Presunción de discriminación

Fuente: elaboración propia.

Los indicadores anteriores son sólo una herramienta metodológica orientativa y siempre deben ser utilizados con base en un análisis casuístico de los hechos fácticos, en el que las pruebas permitan corroborar los elementos objetivos y subjetivos de la conducta. Recordemos que el análisis de la violencia siempre es casuístico y un sólo factor puede ser la diferencia para que un conflicto escale a violencia. A continuación, algunos ejemplos.

Conductas que se realizan por razones justificadas y utilizando medios que no causan daño

Un papá quiere que su hija adolescente haga la tarea y ella se niega a hacerla, comienzan a discutir (conflicto) y él advierte que tendrá que obligarla (se transita al control, dominación o sometimiento). Para lograr el objetivo, el papá le da infinidad de razones, sin términos ofensivos (“es tu obligación”, “es en tu beneficio”, “vas a aprender cosas”, etc.) y como no la convence le dice que no podrá ver la televisión. La chica se enoja, pero comienza a hacer la tarea.

No hay duda de que esto va en contra de la voluntad de la adolescente y que está siendo controlada o dominada; la cuestión es que ese control está justificado y no hay afectación a su dignidad e igualdad, el acto de “castigarla” sin ver la televisión le molesta, pero no la daña, por lo tanto, no hay discriminación ni violencia.

Conductas que se realizan por razones justificadas, pero con medios que causan daño

Si el papá utiliza como medio de “convencimiento” las amenazas dirigidas a infundir temor (“si no lo haces tendré que pegarte”), los gritos, los golpes o los mensajes que la denigran (“¿acaso eres una tonta?”, “¿qué no piensas?”, etc.) generan un daño, y el control se convierte en discriminación y violencia.

Conductas que se realizan por razones injustificadas y con medios que causan daño

En el mismo caso, el papá le pide a su hija que lave los trastes, con el argumento de que como es mujer tiene que aprender a hacer esas cosas. Ella se niega a hacerlo y le reclama que por qué no los lava él, que también comió; el papá está convencido de que eso es “cosa de mujeres” y como no hace caso le quita el teléfono y la amenaza con eliminar sus mensajes; con el temor de que lo haga, su hija comienza a lavar los trastes.

Las razones pueden estar “bien intencionadas”, pero son injustificadas porque se fundan en un uso nocivo de estereotipos de género sobre las tareas de cuidado del hogar. Esas tareas deben ser asignadas en igualdad por quienes integran la familia, en el caso de hijas e hijos, conforme lo permite su edad y grado de desarrollo; las diferencias sexuales y de género (“porque es mujer”, “porque es hombre”) no pueden justificar una asignación desproporcional de éstas.

Los medios que utiliza el papá causan daño, pues con la retención de un objeto personal y la amenaza infunde temor en su hija (violencia patrimonial y psicológica), por lo tanto, es una conducta discriminatoria y violenta.

Conductas que se realizan por razones injustificadas y con medios que no causan daño

El papá, que está convencido de que lavar trastes es “cosa de mujeres”, se sienta a hablar con su hija, le cuenta de muchos ejemplos del “triste destino” que han tenido muchas mujeres que él conoce que no sabían cuidar su casa, que no sabían cocinar ni lavar trastes. Le dice que terminaron divorciándose, o que sus esposos las “regresaron”; también le cuenta lo importante que es transmitir el amor a través de la comida, tal como la hace la madre de ella y lo hizo antes su abuela.

La adolescente no está conforme con esas explicaciones, le molesta esa situación, que reconoce como injusta; sin embargo, considera que lavar los trastes no es algo que le cause dolor o la afecte y desestructure su vida.

Aunque en esta situación no se verifica el daño y, por lo mismo, no se está ante un caso de violencia, es indudable que sí hay discriminación —un trato diferenciado injustificado—. Esto se debe a que aun cuando los medios utilizados por el papá no causan daño, las razones que motivan el trato diferenciado hacia su hija “por ser mujer” están injustificadas. Él puede estar convencido de que las mujeres tienen que saber lavar trastes, lo que constituye un estereotipo de género que crea desigualdad entre mujeres y hombres; lo que no puede hacer es obligar a su hija, o a otras personas, a que adopte y actúe con base en esa creencia. A esto se denomina “uso nocivo de un estereotipo”.

Ahora bien, en este mismo ejemplo podríamos transitar a una situación que además de discriminación es violencia. Si para convencer a su hija de lavar los trastes el papá co-

mienza a ofenderla y agredirla físicamente: la pellizca, la jala del cabello para llevarla hasta el lavadero y le señala que “ninguna mujer de mi casa va a romper con la tradición familiar”, “no permitiré que te conviertas en una de esas mujeres con uñas pintadas que no saben lavar ni un traste”, etc., tales expresiones denigran y devalúan a la persona, y se utilizan como medio para someterle.

Con los ejemplos anteriores también se pretende mostrar por qué el análisis de la violencia familiar es casuístico y no pueden hacerse analogías como las que serían factibles en otro tipo de conflictos jurídicos, ni siquiera es factible hacer generalizaciones en cuanto a la vivencia de la violencia (sus daños y consecuencias) entre las distintas personas que integran un mismo núcleo familiar, pues aunque existan aspectos que se comparten, cada persona percibe de distinta forma el acto de control, sometimiento o dominación y resiente los daños.

Uno de los mayores obstáculos para identificar la violencia en la familia es que, culturalmente, numerosas conductas de este tipo se han mitificado como algo “positivo, bueno y justificado”, invisibilizando así los daños ocasionados. Un ejemplo clásico es la “educación” en la que se emplean medios como la amenaza psicológica, la agresión verbal y los golpes (llamémosle coloquialmente “la cultura de la chancla”).

La “cultura de la chancla” logra que la persona controlada obedezca y por eso se aplaude como supuesto medio de “educación”. Se piensa equivocadamente que la persona logró algún aprendizaje, cuando la razón por la que actúa en realidad es únicamente el miedo (miedo a que se enojen con ella, a que la golpeen, a que no le hablen, a que le griten, a que no le den de comer, etc.) y no la comprensión de la conducta que se pretendía enseñar. Más grave aún es que este tipo de educación también normaliza, desde edades muy tempranas, que la violencia es una forma aceptada de interacción social.

Identificar las razones y los medios utilizados para controlar, someter o dominar son indicadores que permiten a la autoridad dimensionar y ponderar de manera más proporcional la sanción que amerita la persona responsable (con las respectivas diferencias y posibilidades que hay en cada materia); así como determinar medidas que realmente logren incidir (modificar) en los factores que detonan la violencia en la familia.

Es un hecho que no puede ni debe darse la misma sanción a quien violenta en el núcleo familiar y causa un daño psicológico leve, en comparación de un daño en el cual el resultado es la privación de la vida. No obstante,

ambos comportamientos requieren sanción, y una reparación proporcional a los daños resentidos para las personas que fueron víctimas de ellos.

2. Contexto subjetivo y objetivo

El análisis contextual de conflictos que involucran violaciones de derechos humanos —como las que ocurren en la violencia familiar— es una obligación que incorporó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su práctica judicial. En sede nacional comenzó a ser utilizada por la SCJN para analizar situaciones de violencia que enfrentan personas y grupos en situación de vulnerabilidad (como la de género en contra de niñas, adolescentes y mujeres).

A diferencia del análisis fáctico tradicional de los hechos que, en el mejor de los casos, sólo brinda información para responder a la primera pregunta: ¿qué sucedió? (mediante la revisión de circunstancias de tiempo, modo y lugar), el análisis contextual revela información sobre ¿por qué sucedió? y ¿por qué se ejecutó contra determinadas personas?, demostrando así que los actos de violencia familiar no son causales ni neutros y que se relacionan con contextos de desigualdad y condiciones de vida específicos que colocan a unas personas, más que a otras, en un mayor riesgo de ser víctimas de esas conductas.

Con esto no se pretende afirmar que ya no es necesario revisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino que su análisis requiere de un mayor grado de profundidad y de la revisión de otros elementos que explican la dinámica de un conflicto.

Además, la SCJN en el amparo directo 30/2008 también ha dado directrices que modifican el análisis fáctico tradicional en casos que involucran violencia. El Máximo Tribunal sostiene, con base en la experiencia judicial y el trabajo con personas víctimas de violencia, que es prácticamente imposible que una persona recuerde datos específicos de todos y cada uno de los actos de violencia que vivió; menos aun si son personas menores de edad y si están involucrados otros factores —de contexto— como los vínculos afectivos o las prácticas culturales.²⁶

Este criterio es fundamental para evitar caer en prácticas judiciales inconstitucionales y arbitrarias, como las que descalifican la existencia de la violencia

26 Pink, S., Horts, H., et. al., *Etnografía digital. Principios y práctica*, Madrid, Morata, 2016.

familiar sólo porque las personas víctimas no pueden dar datos exactos sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos.

Además, se complementa con la obligación *ex officio* establecida por vía jurisprudencial,²⁷ que consiste en el deber de la autoridad de implementar “un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria”.²⁸

El análisis contextual adquiere sentido en este marco de obligaciones y es relevante porque permite que una autoridad conozca los elementos económicos, culturales, sociales, políticos y personales que explican las causas, dinámica y consecuencias de una confrontación en la que hay discriminación o violencia. La Primera Sala de la SCJN distingue entre contexto objetivo y subjetivo.²⁹

El contexto objetivo “se refiere al escenario generalizado que enfrentan ciertos grupos sociales”,³⁰ cuestiones como la desigualdad estructural, valorar si el conflicto jurídico que se analiza es aislado o atiende a un patrón reiterado de comportamiento social que se vincula con otras problemáticas, así como la consideración sobre el lugar y momento histórico en que suceden los hechos.

La violencia familiar, por ejemplo, se relaciona en gran parte de los casos con un escenario generalizado de violencia en razón del género y la edad de las personas; ambos, aspectos que se pueden identificar a partir de la revisión del contexto subjetivo.

El contexto subjetivo se refiere a las condiciones y características de las personas involucradas en una controversia y el tipo de relación o vínculo bajo el que interactúan.³¹

27 La obligación es consistente con el enfoque de derechos humanos y los principios clásicos del derecho “Da mihi factum, dabo tibi ius” (dame los hechos que yo te daré el derecho) y “Iura novit curia” (la persona juzgadora conoce el derecho), que indican que una persona justiciable sólo tiene que exponer lo sucedido a la autoridad para que sea ésta, con su potestad y conocimientos, quien determine el marco normativo en que se encuadra el conflicto y proponga una solución asequible.

28 Tesis 1a./J. 22/2016 (10a.). ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Décima Época, *Gaceta S. J. F.*; libro 29, abril de 2016, tomo II; p. 836.

29 Amparo directo en revisión 29/2017, 28 de junio de 2017.

30 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, 2020, p. 146.

31 *Idem*.

Su revisión permite recopilar datos sobre la identidad de las personas, tales como edad, sexo, género, condición de discapacidad, etc.; éstos deben ser valorados por la autoridad, en tanto, con base en sus significados y representaciones se asignan atributos y roles o funciones que influyen en la forma en que se ejerce el poder dentro de los núcleos familiares.

En la familia, por ejemplo, es distinto el significado y representación o idea que se tiene de lo que “debe ser” (hacer, decir, etc.) una hija adolescente en comparación con una hija adulta, o un hijo adolescente. A su vez, tales significados varían en función del contexto cultural, geográfico y temporal. Hay familias en las que se mantiene la práctica de educar a las mujeres para que sean prioritariamente amas de casa y madres de familia; u otras en las cuales intencionalmente se les aparta de toda idea de que deban dedicarse al hogar. Todo esto se relaciona con los significados de categorías como sexo, género y edad de las personas integrantes de la familia.

En los casos de violencia sexual en las familias, las principales víctimas siguen siendo niñas, mujeres y adolescentes. Esto se debe a construcciones sociales de sexo y género que forjan la idea o representación de las mujeres como objetos sexuales. A esto se suma el silencio sobre la violencia sexual que depende de varios factores, por ejemplo, que la edad no le permita a la persona identificar que ha sido víctima de un acto de violencia de este tipo; las dudas que se tienen sobre el dicho de las víctimas (“no puedo creer lo que dices”, “él sería incapaz”, “seguro tú lo provocaste”, etc.) o porque se valora más la “unión familiar” que la integridad de la persona víctima.

La revisión del contexto objetivo y subjetivo es pertinente para identificar la existencia de condiciones de desigualdad entre las personas involucradas en un problema familiar; en específico, permite advertir:

- 1) Los factores que colocan en vulnerabilidad a las personas, entendida como la imposibilidad de reaccionar ante un riesgo o peligro.³² Esos factores inicialmente se detectan a partir de la revisión de las características identitarias de las personas, así como de las circunstancias que les rodean y explican su dinámica de vida familiar.
- 2) Las posibles situaciones que ponen en riesgo la vida, integridad o libertad de una persona dentro de su núcleo familiar.

32 Contradicción de tesis 39/2012.

- 3) Identificar cuáles de esas situaciones constituyen conflictos familiares y cuáles han escalado a situaciones de discriminación y violencia.

Lo anterior es posible no sólo por el cúmulo de datos que revela el análisis contextual, sino porque parte de esa información revela las características y dinámicas de las relaciones personales entre quienes se ven involucradas o involucrados en una confrontación familiar; relaciones que implican ejercicio de poder.

3. Asimetría de poder

Los actos de control, dominación o sometimiento que causan daño en los núcleos familiares están inmersos en relaciones o interacciones personales que se caracterizan por su asimetría en el ejercicio de poder; entendamos a qué se refiere este componente.

El poder es una cualidad o característica de la persona de la cual no es posible despojarse; Michel Foucault lo define como la capacidad de acción de una persona sobre la acción de otra persona, sobre las cosas o respecto de la comunicación. También explica que lo que define una relación de poder es que se trata de un modo de acción que no actúa directa e inmediatamente sobre la otra persona, sino sobre sus acciones.³³

Quien ejerce poder pretende incidir en las acciones de la otra persona y se enfrenta a su poder (resistencia a que incida en sus acciones); esto, por sí mismo, no se traduce en un acto de violencia,³⁴ sino en un ejercicio de poder mutuo. La violencia surge más bien cuando por distintas razones, como los estereotipos de género y de edad, se deja de reconocer la capacidad de acción (el poder) de la otra persona, colocándole así en asimetría de poder.

La asimetría de poder, en este sentido, es un componente de la violencia porque la negación de poder de una persona es lo que facilita su control, sometimiento o dominación. Una asimetría de poder dentro de los núcleos familiares se caracteriza por fomentar y justificar que algunas personas ejerzan en mayor proporción su poder o capacidad de acción, en comparación con otras (un padre o una madre respecto de sus hijas; un esposo respecto de su esposa, etc.).

33 Foucault, M., "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología* 50, pp. 3-20, 1988.

34 *Idem.*

Algunas asimetrías de poder están justificadas, incluso por el derecho; tal sería el caso de un núcleo familiar en el que ambas personas progenitoras tienen mayor poder para tomar decisiones respecto de la educación de sus descendientes cuando son menores de edad.

No obstante, otras asimetrías carecen de justificación, porque se fundan en el uso nocivo de estereotipos de diversa índole; es decir, sobregeneralizaciones que se hacen respecto de los atributos y roles o funciones que se “cree” que deben tener o cumplir las personas en una sociedad determinada.³⁵

a. La asimetría de poder y su relación con la edad y la identidad sexo-genérica

Hay múltiples factores que se utilizan para justificar las asimetrías de poder en los núcleos familiares; entre ellos destacan la edad y la identidad sexo-genérica de las personas.

Edad

No hay cuerpos sin edad o sin parámetros para determinar el paso del tiempo en ellos (años, soles, lunas, etc.). Se trata de un factor de identidad dirigido a la condición temporal del cuerpo. Los estereotipos instalados sobre la edad, a partir del orden social de género y el sistema patriarcal, sobrevaloran la mayoría de edad (persona adulta), en detrimento de la menor edad y de la edad avanzada.

Respecto de niñas, niños y adolescentes subsisten estereotipos como los que indican que son “propiedad” de sus personas progenitoras o son “incapaces” de tomar decisiones por sí mismos (se da menor valor a su dicho), con lo que se intenta justificar el no tomarles en cuenta (enfoque adultocéntrico).³⁶ Por tal motivo, la SCJN ha reiterado la obligación establecida en tratados internacionales, de escuchar y tener en consideración la opinión de niñas, niños y adolescentes en todas las decisiones que les afecten, conforme a su edad y grado de madurez, procurando salvaguardar en todo momento su mayor interés (principio interés superior del niño o de la infancia).³⁷

35 Cook, R., Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.

36 SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes*, México, 2014.

37 *Idem*.

En atención a esa obligación las personas juzgadoras deben actuar, incluso de oficio, cuando adviertan en una controversia del orden familiar que alguno o ambas personas progenitoras manifiestan actitudes de violencia que afecten la integridad física, psíquica o sexual de sus hijas o hijos menores de edad.³⁸

Sexo y género

El sexo y el género son categorías de identidad construidas socialmente con las que se clasifica a las personas a partir de características o atributos de su cuerpo y funciones que se considera deben desempeñar.

Durante mucho tiempo se aceptó que el sexo era una categoría que describía hechos biológicos neutrales; ahora sabemos que tal neutralidad es inexistente y que la biología de los hechos del sexo siempre está acompañada por significados y simbolismos socio-culturales creados por los propios grupos humanos.

Desde el orden social de género, la categoría de sexo divide a las personas en dos grandes grupos: mujeres (hembras) y hombres (machos).³⁹ Esta clasificación coloca su énfasis, prioritariamente, en el tipo de genitales de la personas; sin embargo, es imprecisa, por cuanto excluye a las personas que tienen genitales mixtos (personas intersexo).⁴⁰

Una vez que se clasifica biológica y socialmente qué es una persona en términos sexuales (mujer u hombre), se hace una segunda valoración que conduce a la creación de expectativas sobre cuáles deberían ser sus atributos personales y funciones en la sociedad. A éstos se les conoce como atributos y funciones (roles) de género. Se trata de construcciones socio-culturales vinculadas con la diferencia sexual, fijan las creencias sociales de que existe lo “femenino” o propio de las mujeres y lo “masculino” o propio de los hombres.⁴¹

38 INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. CUANDO EN UNA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR, ALGUNO O AMBOS PROGENITORES MANIFIESTEN ACTITUDES QUE PUEDAN AFECTAR LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O SEXUAL DE SUS MENORES HIJOS, EL JUZGADOR DEBE ACTUAR, INCLUSO DE OFICIO, SOMETIÉNDOLOS A TERAPIA PSICOLÓGICA, A FIN DE CUMPLIR CON DICHO PRINCIPIO.

39 Butler, J., *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2002; SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*; Laqueur, T., *op. cit.*

40 Cabral, M., Benzur, G., “Cuando digo intersex”. *Debate feminista* 47, pp. 31-47, 2013.

41 Lamas, M., “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”, en *El género. La Construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa, 2013; Serret, E. y

Aunque los significados y representaciones derivadas de las categorías sexo y género tienen variaciones de una sociedad a otra y se ven condicionadas por factores temporales y espaciales; se ha observado que los grupos humanos donde persiste el orden social de género y el sistema patriarcal dan mayor valor y fomentan el mayor ejercicio de poder (jurídico, social, económico, etc.) por parte del sujeto hombre-masculino, en comparación con el valor que se da y el ejercicio de poder que se permite a las demás personas, comenzando por las mujeres.⁴²

Los roles que, por lo general, se asignan a los hombres-masculinos son los de producir y proveer; suelen asociarse con atributos como racionalidad, objetividad, liderazgo, independencia, seguridad propia, tenacidad, fuerza y practicidad. El tipo de actividades que realizan son valoradas en un sentido social, jurídico, económico o político, por considerar que “aportan más” a la sociedad.

Por el contrario, los roles o funciones asociadas con la identidad mujer-femenina son de reproducción y cuidado; se asocian con atributos como docilidad, obediencia, dependencia, inseguridad personal, sensibilidad, comprensión, delicadeza, ternura, capacidad de organización, intuición y afectividad. Son labores que ni siquiera han logrado tener un reconocimiento como “trabajo” o como fundamentales para la vida en sociedad; en consecuencia, su valor jurídico, económico o político es menor e incluso nulo.

Para constatar esta práctica social es suficiente con asomarse a las estadísticas oficiales:

- Aunque tanto hombres como mujeres experimentan pobreza, durante 2020, en México 44.4% de todas las mujeres residentes (29.1 millones) estaban en esa condición. En general, hay 2.5 millones más mujeres que hombres en situación de pobreza.⁴³
- Esto se explica, en gran medida, por la forma en que inciden los estereotipos de sexo y género en la vida de las personas. Aunque se ha incrementado el acceso de las mujeres a la educación, sigue sin alcanzarse un estado de igualdad respecto de los hombres. Además,

Méndez, J., *Sexo, género y feminismo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Electoral del Distrito Federal, 2011.

42 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*.

43 Inmujeres, *Desigualdad en cifras. Las mujeres en situación de pobreza Año 7, 2021*.

el acceso a la educación para las mujeres disminuye en zonas rurales en comparación con urbanas.⁴⁴

- Hombres y mujeres son educados con ideas estereotipadas que indican en todos los medios de interacción social que el lugar de ellas es la casa y su función principal el cuidado de su familia. Un ejercicio realizado entre Conapred e Inmujeres en 2019 reveló en un grupo de opinión de mujeres mayores de 18 años que 60.5% consideró que lo más importante para una mujer es casarse; 43.1% estuvo de acuerdo con que el hombre fuera el principal proveedor del hogar, y 22.5% afirmó que el trabajo doméstico y no remunerado deben hacerlo sólo las mujeres.⁴⁵

Lo anterior tiene como consecuencia que la sola asignación de una identidad sexo-genérica se traduzca en una posición de desventaja en los grupos sociales, como la familia. Esa posición se relaciona con el hecho de que los atributos y funciones de una persona tienen significados que denotan menor valía.

La asimetría de poder que se funda en estereotipos de género y edad forja el escenario propicio para que la interacción familiar se torne en actos de control, sometimiento o dominación que causan daño a determinados integrantes del grupo. Por ejemplo:

- En muchos hogares se considera una mala noticia el nacimiento de una niña, porque “ella no sirve para trabajar” y “terminará casándose”; esto puede traducirse en que se limite su acceso a la educación, o se le eduque con ideas que le recuerdan los roles que debe cumplir —desde niña—. Los niños pueden ser víctimas de otras violencia de género, cuando se les enseña que tienen que ser “machitos y no llorar”, o se les golpea porque son “el sexo fuerte”.
- También se desprecia a la mujer que no cumple con los roles tradicionales de cuidado, propios de su género: saber cocinar, planchar, limpiar una casa e, incluso, satisfacer sexualmente a su esposo (“para eso se casó”).
- Otro caso es la violencia que recibe una persona en la familia cuando su identidad de género no coincide con las clasificaciones bi-

44 Inmujeres, Desigualdad en cifras. Las mujeres entre los avances y los desafíos. Una mirada desde el Censo 2020 Año 7. 2021.

45 Inmujeres, Desigualdad en cifras. ENADIS 2017. Resultados sobre mujeres Año 5, 2019.

narias (hombre-masculino, mujer-femenina). Puede ser víctima de maltratos físicos, psicológicos y simbólicos en su núcleo familiar, para obligarle a cumplir con los parámetros que se consideran “normales”.

Los estereotipos de género interseccionados con los de la edad colocan a las personas en asimetría de poder y suelen convertirse en “razones” con las que se pretende justificar el hecho violento en las familias: se violenta a la persona porque no cumplió con los estereotipos que se le asignaron o porque se le quiere obligar a cumplirlos.

b. Daño y consecuencias de la violencia familiar

El daño es “lo que duele”, la afectación que resiente la víctima en su cuerpo, psique, sentido de dignidad o valía, patrimonio, economía, sexualidad, capacidad de opinar o de participar en la toma de decisiones en el ámbito social, por citar algunos ejemplos.⁴⁶ Es una experiencia individual y personalísima que difiere de una víctima a otra.⁴⁷

Las consecuencias, por su parte, son todos aquellos cambios que se verifican en la vida de la persona que resiente la violencia (incluido su ámbito colectivo); son el efecto del daño y tiene una relación directa con el o los aspectos de la vida que fueron dañados. Son cambios no deseados ni planeados por la persona víctima, por eso se considera que son involuntarios, a pesar de que aparentemente esté tomando la decisión de incorporarlos en su vida; algunos sobrevienen de forma automática e inmediata con el mismo hecho violento.

Por ejemplo, los cambios en la conducta de algún niño, niña o adolescente pueden ser consecuencia de daños —físicos o psicológicos— ocasionados por sucesos de violencia familiar. Otra consecuencia es la normalización de la conducta, por ejemplo, una niña que ve cómo su madre es maltratada verbalmente por su padre, normaliza que “las esposas, las parejas” tienen que tolerar ese tipo de trato y “nada tiene de malo, en el fondo se aman”.

La SCJN ha señalado que en la magnitud de los hechos ilícitos —como la violencia familiar— debe revisarse tanto la gravedad del daño como las

46 Amparo directo en revisión 5826/2015, 8 de junio de 2016.

47 SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*.

consecuencias o el impacto que pudo tener el hecho sobre otros derechos o intereses relevantes.⁴⁸

Los daños y consecuencias de la violencia familiar tienen múltiples dimensiones y su identificación es necesaria para determinar medidas de sanción y reparación que realmente incidan en la causa del problema. Pueden ser:

- 1) Individuales o colectivos, conforme al ámbito personal que se vea afectado. Constatar actos de violencia familiar crea daños colectivos en el núcleo y contribuye a la reproducción y normalización de los estereotipos y las prácticas sociales que le dieron origen.
- 2) Inmediatos o mediatos, según se manifiestan en el tiempo. Por ejemplo, el empobrecimiento de una persona después de un divorcio en el que no se advirtieron ni atendieron las condiciones de desigualdad de género puede ser gradual y manifestarse a largo plazo.
- 3) Temporales o permanentes, conforme a su duración. Algunos daños de la violencia familiar son permanentes y pueden llevar a situaciones graves como enfermedades crónicas (depresión, neurosis, etc.), o a la pérdida de alguna parte del cuerpo.
- 4) Impactar en otros ámbitos de interacción social. Los daños y consecuencias que experimentan las personas víctimas de violencia familiar suelen trascender a otros ámbitos sociales. Por ejemplo: afectaciones en el trabajo (ausentismo para hacer trámites legales); bajo rendimiento laboral o académico; cambios en las dinámicas comunitarias donde las personas han “tomado partido” en la contienda.

F. OBLIGACIONES DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN SITUACIONES DE VIOLENCIA FAMILIAR

Una máxima del derecho indica que toda persona que causa daño tiene obligación de repararlo; así está consignado en la totalidad de códigos penales y civiles estatales. Se trata de una obligación general que no refiere medidas específicas porque atendía a un contexto social en el que aún no se hablaba de violaciones a derechos humanos.

48 Amparo directo en revisión 5490/2016; amparo directo en revisión 5826/2015.

La reparación de daño por afectaciones a derechos humanos coincide con la reparación del daño tradicional en cuanto a su objetivo: restaurar a la persona en el goce de su derecho (siempre que sea posible) y anular las consecuencias de la conducta dañina. Cuando no se puede lograr esa restauración se busca compensar a la persona por los daños sufridos con medidas como la indemnización.

En lo que difieren ambos tipos de reparación es que la relativa a violaciones de derechos humanos concibe aquel resarcimiento de forma más integral. Se procura compensar en un sentido estricto (material e inmaterial), rehabilitar y redignificar a la persona víctima.⁴⁹ Por lo mismo, prevé otro tipo de medidas como las siguientes:⁵⁰

Cuadro 7. Tipos de reparación

Restitución	El restablecimiento de la persona en la situación que tenía antes de la afectación a sus derechos humanos.
Rehabilitación	Son medidas que procuran que la persona víctima desarrolle herramientas para afrontar los efectos y consecuencias de la afectación a derechos humanos.
Compensación o indemnización	Medida pecuniaria que se fija para resarcir los daños ocasionados, su determinación se guía por los parámetros de la justa indemnización. ^A
Medidas de satisfacción	Consiste en actos u obras de alcance o repercusión pública cuyo objetivo es restablecer y reconocer la dignidad de la víctima.
Medidas de no repetición	Acciones capaces de asegurar que la afectación a derechos humanos no suceda de nuevo. Algunas de estas medidas implican el establecimiento de programas o políticas públicas educativas o la modificación de la infraestructura urbana.
Reparación colectiva	Se debe decretar en favor de grupos, comunidades u organizaciones a cuyos integrantes se hayan afectado derechos individuales, o cuando el daño tenga impacto colectivo.
^A DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE.	

49 Fuentes, D. y Ortega, R., “La reparación del daño en materia familiar con perspectiva de género”, en Vela, E. (ed.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, México, SCJN, 2020.

50 Ley General de Víctimas, 2013, artículos 26 y 27.

Las medidas de reparación que se dictan en las controversias familiares (del ámbito penal o civil y familiar) deben procurar resarcir esos daños conforme a estas medidas, y, siempre que sea posible, intentar que incidan en las causas que motivaron el hecho violento.

Esto conduce a la reflexión sobre los alcances o repercusiones que tienen las medidas de reparación del daño. Si la violencia familiar tiene relación con estereotipos de género y de edad, y éstos fueron los que directa o indirectamente se usaron como “razón” para dominar y dañar a la persona, una o varias de las medidas de reparación tendrían que orientarse a la modificación de las prácticas sociales y creencias que reproducen esos estereotipos (lo que es acorde con la Convención de los Derechos del Niño y la Convención CEDAW).

En tal sentido, medidas como la rehabilitación y las de no repetición parecen tener mayor posibilidad de lograr ese cambio conductual. Algunos ejemplos de estas medidas son la asistencia a talleres sobre masculinidades no violentas; igualdad entre hombres y mujeres; espacios familiares libres de violencia; trabajo psicológico con las personas integrantes del núcleo familiar; asistencia a asesorías o talleres que fomenten la autonomía de las personas víctimas de violencia familiar, por mencionar algunas.

Desde luego, la emisión de estas medidas no implica que se dejen de dictar las demás y que, para dar mayor protección a las personas justiciables, se dicten medidas de seguimiento al cumplimiento de la resolución.

G. LOS RETOS PARA LA ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Se ha señalado en este texto que es necesario reconfigurar el entendimiento jurídico sobre la familia y la violencia para estar en posibilidad de advertir su relación con los derechos humanos. A continuación, se muestran algunas preguntas detonadoras sobre retos más relevantes a los que se enfrenta el entendimiento y el tratamiento jurídico de la violencia familiar, te invitamos a reflexionar sobre ellos.

Cuadro 8. Retos respecto al entendimiento de la familia y sus dinámicas

<p>¿Cómo influye la forma en que se conceptualiza la familia, como institución jurídica, en la protección de los derechos de sus integrantes?, ¿es pertinente reconfigurar (recharacterizar) esta figura? En su caso, ¿cuáles tendrían que ser los criterios que reorientan tal reconfiguración?, ¿qué papel tienen factores como la identidad de sexo, género, la orientación o preferencia sexual, la edad u otras clasificaciones identitarias y de contexto en esa reconfiguración?</p>	<p>Al respecto recuerda que las familias son estructuras sociales heterogéneas y jerarquizadas, debido a que sus integrantes tienen asignados lugares y roles específicos en el grupo, en función de esos criterios de clasificación identitaria y de contexto. Lo anterior hace factible que las relaciones entre sus integrantes se tornen desiguales o asimétricas en cuanto al ejercicio de poder y, por lo tanto, se vean afectadas sus posibilidades de desarrollo personal.^A También es factible que quien ejerce más poder dentro de la familia tenga mayores posibilidades de utilizarlo —consciente o inconscientemente— de un modo en que el poder de las otras personas se ve restringido o anulado, sin importar si esto les causa daño (se violenta a las personas).</p>
<p>^A IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO.</p>	

Cuadro 9. Retos en cuanto a la definición de la violencia

<p>Es preciso no obviar las reflexiones sobre la violencia, conforme a los paradigmas que se explicaron en este texto (del derecho romano, que la concibe como una fuerza que se aplica y agrega a otra conducta principal, y del enfoque de derechos humanos, que la define como un acto de control, sometimiento o dominación que causa daños y consecuencias): ¿cuál adviertes que aún está presente en las prácticas jurídicas (judiciales, administrativas, de defensa, de litigio, etc.)?, ¿son paradigmas incompatibles o podrían integrarse entre sí?, ¿cuál permite atender de forma integral la violencia que tiene lugar en los núcleos familiares?, ¿cuáles son las ventajas y desventajas de cada uno de esos paradigmas?</p>	<p>En la normativa civil-familiar y penal predomina la definición de violencia familiar que es congruente con los tratados internacionales y con la definición del enfoque de derechos humanos. No obstante, también es común que, en la práctica, al indagar sobre episodios de violencia en la familia se sigan buscando indicios de la aplicación de una fuerza —principalmente, fuerza física— en lugar de preguntar sobre la conducta de control; ello daría cuenta de que la forma de entender la violencia sigue obedeciendo al paradigma del derecho romano.</p>
--	--

Cuadro 10. Retos sobre la identificación de las dinámicas de la violencia

<p>Las regulaciones sobre la violencia familiar parten de elementos de base (control, sometimiento o dominación y daño) y agregan otros componentes (duración,^A recurrencia, intención de causar daño, etc.), ¿cómo influyen esos componentes en el análisis de la violencia familiar?, ¿obstaculizan la atención de sus daños y consecuencias?, o bien ¿pueden brindar mayor certeza jurídica en el análisis?</p>	<p>En materia civil-familiar algunas regulaciones exigen que tal conducta sea cíclica o reiterada. Esto limita ampliamente la protección de la figura jurídica, porque en la mayoría de los casos las personas víctimas de esta violencia suelen no denunciar.</p> <p>La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares señala que 78.6% de las mujeres violentadas por su pareja actual o última pareja no solicitó apoyo y no presentó una denuncia, entre otras razones, porque pensaron que era algo sin importancia, sintieron vergüenza, no sabían cómo o dónde denunciar, por sus hijos o hijas, preferían que su familia no se enterara, no confiaban en las autoridades o no sabían que esa violencia estaba sancionada.^B</p>
<p>^A En materia civil-familiar así se regula en Campeche, Puebla, Querétaro, Tabasco y Tamaulipas.</p> <p>^B Inegi, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares; Inmujeres, Hombreres que ejercen violencia contra sus parejas. Análisis a partir de la ENDIREH 2011.</p>	

Cuadro 11. Retos para identificar las situaciones de violencia en casos en los que no forma parte de la litis señalada por las partes

<p>En casos en los que hay violencia familiar pero las partes no la señalan como un problema que se debe resolver ¿se activan obligaciones <i>ex officio</i> a cargo de las autoridades judiciales para identificar y pronunciarse sobre tales situaciones?, ¿es su deber tomar medidas para proteger a quienes resulten víctimas?</p>	<p>Gran parte de la violencia familiar está asociada con estereotipos de género y edad de sus integrantes, lo que contribuye a su normalización e invisibilización; en este sentido, las autoridades y las personas defensoras de derechos humanos se enfrentan a un reto para identificar situaciones de discriminación o violencia que se anclan en creencias asumidas incluso como algo valioso y necesario, por parte de quien violenta.</p> <p>A esto se suma que gran parte de los casos del ámbito familiar en el que se advierte violencia no colocan como parte de la litis esa situación, sino otras cuestiones (pensión alimenticia, guarda y custodia, etc.).</p>
--	---

Cuadro 12. Retos de la incorporación del enfoque diferencial o interseccional (incluida la perspectiva de género) para atender la violencia familiar y sus causas

<p>¿Qué es lo que agregan las leyes especializadas en atención a personas y grupos en situación de vulnerabilidad al marco normativo sobre violencia familiar previsto originariamente?, ¿se advierten obstáculos en la aplicación integrada de esas normativas?</p>	<p>La incorporación del enfoque diferencial o interseccional en el marco normativo de la violencia familiar deriva de las leyes que fueron aprobadas para proteger los derechos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad: leyes sobre derechos de niñas, niños y adolescentes y leyes sobre la prevención y atención de violencia de género contra las mujeres (las 32 entidades federativas cuentan con ese tipo de normativa). Éstas obligan a analizar y valorar si la menor edad y el sexo-género de una persona son factores que detonan la violencia en la familia.^A</p>
<p>^A Corte IDH, 1989. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7; Corte IDH, 2009. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.</p>	

Cuadro 13. Analizar los daños y consecuencias desde una vertiente individual y colectiva

<p>¿Qué tipo de sanciones y medidas de reparación lograrían incidir en las causas de la violencia familiar motivada por razones de género o edad?, ¿las medidas de reeducación de las personas que violentan, pueden y deben ser parte de una sanción?, ¿cuáles son las pautas que deben guiar el tipo de medidas de reparación por violencia familiar?</p>	<p>La sanción debe ser proporcional al daño causado y también debe procurar que la persona modifique su pauta de comportamiento. En tal sentido, es necesario preguntarse si, como parte de la sanción, es preciso dictar medidas de reeducación u otras similares que contribuyan a un cambio en la conducta de quien violenta.</p> <p>La reparación debe estar orientada por los intereses de las personas integrantes de la familia que han resentido la violencia, en orden de prioridad de quienes están en mayor situación de desigualdad. Esto modifica las pautas tradicionales que daban preeminencia a cuestiones como la indemnización y abre el abanico de medidas que pueden y deben adoptarse para satisfacer el sentido de justicia, dignidad y verdad que asiste a las personas víctimas de violencia familiar.</p>
---	---

Finalmente, es preciso recordar que reconocer y nombrar la violencia que tiene lugar en las familias no es lo que pone en riesgo la existencia de ese núcleo, sino su normalización e invisibilización.

Bibliografía

- SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5826/2015, 8 de junio de 2016.
- SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018.
- SCJN, Primera Sala, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 29/2017, 28 de junio de 2017.
- SCJN, Primera Sala, sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 39/2012, 7 de noviembre de 2012.
- Arias, P., “La etnografía y la perspectiva de género: nociones y escenarios en debate”, en Oehmichen (ed.), *La etnografía y el trabajo de campo en las ciencias sociales*, pp. 173-194, México, IIA, 2014.
- Bacqué, M.-H., Biewener, C., *El empoderamiento, una práctica emancipadora*, Gedisa, Barcelona, 2016.
- Butler, J., *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2002.
- Cabral, M., Benzur, G., “Cuando digo intersex”. *Debate feminista* 47, pp. 31-47, 2013.
- CEDAW, Recomendación General No 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994.
- CEDAW, Recomendación General No 19 sobre la violencia contra la mujer, 1992.
- Centro de Documentación Inmujeres, Hombres que ejercen violencia contra sus parejas. Análisis a partir de la ENDIREH 2011, 2014.
- Cook, R., Cusack, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.
- Corte IDH, 2010. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH, 2009. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte IDH, 1989. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.
- Foucault, M., “El sujeto y el poder”, *Revista Mexicana de Sociología* 50, pp. 3-20, 1988.
- Foucault, M., *Tecnologías del yo y otros textos afines*, Barcelona, Paidós, 1990.
- Foucault, M., *Historia de la sexualidad*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2006.
- Fuentes, D., “La violencia en la familia”, en Vela, E. (ed.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, México, SCJN, 2020.

- Fuentes, D. y Ortega, R., “La reparación del daño en materia familiar con perspectiva de género”, en Vela, E. (ed.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, México, SCJN, 2020.
- Gazmuri, P., *Familia-sociedad desde una perspectiva transdisciplinar*, La Habana, CIPS, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, 2006.
- Gutiérrez, A., “De la mujer ideal a la mujer real. Las contradicciones del estereotipo femenino en el siglo XIX”, *Cuicuilco* 7, pp. 1-17. 2000.
- Higareda, D., “Actualización intensiva en 10 Años de Jurisprudencia. Módulo VI. Derecho de familia con énfasis en género”, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- Inegi, Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017), 2017.
- Inegi, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016), 2016.
- Inmujeres, Hombres que ejercen violencia contra sus parejas. Análisis a partir de la ENDIREH 2011, 2014.
- Inmujeres, Desigualdad en cifras. ENADIS 2017. Resultados sobre mujeres Año 5, 2019.
- Inmujeres, Desigualdad en cifras. Las mujeres en situación de pobreza Año 7, 2021.
- Inmujeres, Desigualdad en cifras. Las mujeres entre los avances y los desafíos. Una mirada desde el Censo 2020 Año 7, 2021.
- Lagarde, M., *Género y Feminismo. Desarrollo Humano y democracia*, 2a ed., Madrid, Grafistaff, 1997.
- Lamas, M., “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”, en *El género. La Construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa, 2013.
- Laqueur, T., *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990.
- Lerner, G., *La creación del patriarcado*, Barcelona, Crítica, 1986.
- Ley General de Víctimas, 2013.
- Llanos, J. M., “Reflexiones sobre la vis lícita frente a la vis ilícita”, *Revista General de Derecho Romano* 29, 2017.
- Maqueda, M. L., “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Panorama internacional del derecho de familia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Morineau, M. y Iglesias, R., *Derecho romano*, 4a ed., México, Oxford University Press, 2000.
- Mosolo, S., “La violencia contra la mujer. Entre lo público y lo privado”, *Revista del IIDH* 53, 2011.
- Olivares, E. y Incháustegui, T., *Modelo ecológico para una vida libre de violencia de género*, 1a ed., México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2011.
- Pérez, M., “La violencia familiar”, en *Derecho de familia y sucesiones*, pp. 103-111, México, Nostra ediciones, 2010.
- Pink, S., Horts, H., et. al., *Etnografía digital. Principios y práctica*, Madrid, Morata, 2016.
- SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, 2020.

- SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes*, México, 2014.
- RAE, *Diccionario de la lengua española*, 2021.
- Rubin, G., “El tráfico de mujeres: notas sobre la ‘economía política’ del sexo”, en Lamas, M. (ed.), *el género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Miguel Ángel Porrúa-PUEG, 1996.
- Tesis aislada I.10o.A.1 CS (10a.). DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.
- DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.
- DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE.
- IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO.
- ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.
- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.
- INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. CUANDO EN UNA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR, ALGUNO O AMBOS PROGENITORES MANIFIESTEN ACTITUDES QUE PUEDAN AFECTAR LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O SEXUAL DE SUS MENORES HIJOS, EL JUZGADOR DEBE ACTUAR, INCLUSO DE OFICIO, SOMETIÉNDOLOS A TERAPIA PSICOLÓGICA, A FIN DE CUMPLIR CON DICHO PRINCIPIO.
- VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES. CUANDO UNO DE ELLOS OBTIENE LA CÓPULA POR MEDIOS VIOLENTOS, SEAN FÍSICOS O MORALES, SE INTEGRA EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN; Y COBRA OBSERVANCIA OBLIGATORIA EN ÉSTE LA TESIS JURISPRUDENCIAL MODIFICADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1a./J. 10/94.
- Scott, J., “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, en Lamas, M. (ed.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Miguel Ángel Porrúa-PUEG, México, 1996.
- Serrano, S. y Vázquez, D., *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO México, 2013.
- Serret, E. y Méndez, J., *Sexo, género y feminismo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Electoral del Distrito Federal, 2011.
- Soca, R., *El origen de las palabras. Diccionario etimológico ilustrado*, Colombia, Rey Naranjo Editores, 2016.
- Villanueva, E, Eberhardt, M. L. y Nejamkis, L., *Introducción a la sociología*, Argentina, Universidad Nacional Arturo Jauretche Editorial, 2013.

UNIDAD 8.
DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS
Y ADOLESCENTES Y SISTEMAS
DE PROTECCIÓN

El acceso de niñas, niños y adolescentes a la justicia: principios básicos relacionados con el funcionamiento de los sistemas de protección de niñas, niños y adolescentes

Ricardo A. Ortega Soriano
Diana Mora López

SUMARIO: A. RESUMEN; B. INTRODUCCIÓN; C. FICHERO DE CASOS; D. MODELO DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA JUSTICIA; I. El Estado frente al niño, niña y adolescentes: de la situación irregular a la protección integral; 1. La situación irregular; 2. La protección integral; II. El acceso a la justicia desde una visión de protección integral; E. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS CON EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO; I. Elementos empíricos; II. Obstáculos del acceso a la justicia; III. Principios que deberían orientar la intervención del Estado; 1. Proactividad; 2. Acciones *ex officio*; 3. Articulación entre autoridades; 4. Condiciones de accesibilidad; 5. Seguimiento hasta la restitución; F. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN EN MÉXICO; I. Modelo de protección en la ley en México; 1. Sistemas de Protección Integral; 2. Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes; 3. Procedimiento de protección y restitución de derechos; 4. Representación jurídica; 5. El sistema de protección en México y el acceso a la justicia; G. CONCLUSIONES; H. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. RESUMEN

Durante mucho tiempo, se pensó que la atención de niñas, niños y adolescentes era tarea exclusiva de la familia, y sólo cuando ésta fallaba entonces podría exigirse al Estado que actuara para proteger a alguna persona menor de edad en particular. Con este enfoque, existían instancias específicas del Estado que debían atender cualquier problemática que presentara una niña, niño o adolescente (relacionadas con educación, becas, alimentación, etc.) La protección y defensa de los derechos de la infancia no se visualizaba como una responsabilidad de Estado. Frente a esta perspectiva, la creación de los sistemas de protección de niñas, niños y adolescentes da cuenta del cambio de paradigma respecto de la forma en que se relaciona el Estado frente a las infancias y las adolescencias. A partir de este nuevo enfoque, se pretende que el Estado organice todo el andamiaje institucional teniendo como

figura central a niñas, niños o adolescentes que serán su eje de actuación. El diseño e implementación de políticas públicas para hacer frente a las problemáticas que implican violaciones a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes se erige como una de las principales herramientas con las que cuentan los sistemas de protección. En el caso de México, en teoría, los sistemas de protección integral permiten reunir a todas las instituciones del Estado (ya sea que se dediquen a la educación, la salud, la asistencia, etc.) con el propósito de buscar que se coordinen y articulen con un mismo propósito: la protección integral de niñas, niños y adolescentes. Si se quiere que los sistemas de protección sean efectivos es necesario que actúen bajo principios como la proactividad, las acciones *ex officio*, articulación entre autoridades, condiciones de accesibilidad y seguimiento hasta la restitución.

Además de la nueva manera en que el Estado debe organizarse para definir las políticas públicas a favor de las personas menores de edad, los sistemas de protección suelen contar con instancias especializadas que permiten atender los casos de niñas, niños o adolescentes que requieren una intervención y acompañamiento especializado del Estado. Esto permite, por tanto, asegurar mejores condiciones para el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes a fin de restituir los derechos de quienes han sido menoscabados. En el caso mexicano, las Procuradurías de Protección tienen un papel esencial, a partir de figuras para la representación legal, para velar por los intereses específicos y diferenciados de cada niño o niña cuyos derechos puedan verse comprometidos por estar involucrados en algún procedimiento administrativo y judicial. El trabajo de las procuradurías de protección resulta, por tanto, indispensable para que el acceso a la justicia se convierta en una herramienta al alcance de niñas y niños, y les permita acceder a la restitución y reparación de aquellos derechos que se les han afectado.

B. INTRODUCCIÓN

Los sistemas de protección integral de protección a niñas, niños y adolescentes pretenden constituirse como parte de un modelo o enfoque de protección que tiene como premisa básica hacer efectivos los derechos de las personas menores de edad, en el marco del paradigma de la protección integral que se consolidó a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Estos sistemas, que se construyen desde la perspectiva de niñas, niños y adolescentes, así como de sus necesidades, buscan integrarse al entramado institucional de los Estados de manera estratégica a fin de lograr

coordinar acciones, programas y políticas que propicien mejores condiciones de protección integral y efectiva de los derechos de niñas y niños. Esto implica que diversas dependencias del Estado forman parte de los sistemas de protección y su trabajo es articulado por una secretaría ejecutiva.

En México, como parte de este modelo, se crearon tanto los Sistemas de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA), como las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (tanto en su vertiente federal, como en las entidades federativas). Los sistemas de protección, a través de su Secretaría Ejecutiva, deberían ser capaces de coadyuvar con las demás entidades del Estado para cumplir con sus obligaciones en beneficio de las personas menores de edad. El desarrollo de estos sistemas de protección en el derecho comparado ha buscado generar las condiciones que permitan mejorar el acceso de niñas, niños y adolescentes a la justicia.

Recordemos que de manera tradicional los sistemas de justicia, pero también los distintos servicios que brinda el Estado, fueron creados e imaginados sin pensar en las características y necesidades de las personas menores de edad. Esta situación ha puesto en un importante desventaja y exclusión a niñas y niños. A pesar de que en los últimos años las resoluciones judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han iniciado una modificación importante en los criterios que orientan la administración de justicia, así como en la incorporación de principios y adaptaciones en los casos relacionados con niñas, niños y adolescente, lo cierto es que aún existen múltiples retos para que las personas menores de edad puedan acceder plenamente a sus derechos.

Como se puede observar, el desarrollo de los sistemas de protección de niñas, niños y adolescentes constituye una asignatura de enorme importancia para que las personas menores de edad accedan de forma integral a sus derechos.

Para la revisión de este tema, se presentarán cuatro casos que reflejan las problemáticas cotidianas de niñas y niños en México. Estos casos se analizarán a la luz de los contenidos en cada apartado.

C. FICHERO DE CASOS

Para el desarrollo de los temas tomaremos como base cuatro casos hipotéticos que reflejan problemáticas a las que se enfrentan actualmente cientos de niños, niñas o adolescentes en México. En los distintos apartados se problematizarán cada uno de los casos para poder entender de mejor manera los objetivos y alcances del Sistema de Protección Integral.

Caso 1. Niña víctima de abuso sexual familiar

J es una niña de 5 años. En su casa vive con su mamá, un hermano de 17 años, otro de 3 años, y su abuelo. Su mamá, la señora N, es quien mantiene los gastos del hogar, por lo que sale todos los días a trabajar. J y sus dos hermanos se quedan bajo el cuidado de su abuelo. Desde los 4 años J ha sufrido abuso sexual por parte de su abuelo, quien constantemente le decía que era normal que los abuelos le hicieran eso a sus nietas porque era una forma de demostrar amor, pero que era secreto entre abuelos y nietas, y que si lo decía al abuelo le iba a pasar algo malo porque mucha gente no lo entendía. Por tanto, J nunca dijo nada. A los 5 años, después de muchos cambios en la conducta y fisiológicos de J, la señora N decidió llevarla a atención psicológica, ahí se enteraron del abuso sexual.

Caso 2. Adolescente desaparecido

R es un adolescente de 14 años que vive en el municipio de Silao en Guanajuato. Estudia el último año de secundaria en una escuela pública y buscaba trabajo para poder apoyar a su familia económicamente y sufragar por sí mismo sus gastos escolares y de diversión. En una página de Facebook encontró vacantes para hombres jóvenes, para trabajar en un taller mecánico con un sueldo competitivo. Envío mensaje y lo citaron al día siguiente, a las 19 horas cerca de la carretera Silao-Irapuato. R le contó a su mamá y papá sobre la oferta y acudió a cita después de sus clases. Ya pasaron 2 días después de esa cita y R no ha regresado a su casa. Está desaparecido. Los papás acudieron a la Fiscalía, en donde le dijeron que tenían que esperar 72 horas para levantar la denuncia, porque lo más seguro es que se haya ido de borracho con sus amigos de fin de semana.

Caso 3. Niñas migrantes

F tiene 10 años y su hermano L tiene 8. Son de origen hondureño. Salieron de su país, en donde vivían con su abuela en condiciones de pobreza. Hace 3 años su mamá y su hermano mayor cruzaron México y llegaron a Estados Unidos, en donde ahora esperaban para recibirlos y poder darles otra oportunidad de vida, pues su abuela era muy grande, estaba muy enferma y no podía hacerse cargo de ellas. Llegaron a México en 2021 en una de las caravanas migrantes. Venían con uno de sus vecinos de San Pedro Sula. En Tapachula, Chiapas el Instituto Nacional de Migración realizó una persecución a migrantes. F y L perdieron al vecino que les acompañaba, y el Instituto Nacional de Migración las llevó a una estación migratoria con otras niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados.

Caso 4. Adopción de dos hermanos

Los padres de R y J, de 7 y 9 años, respectivamente, están en medio de un proceso judicial derivado de un divorcio voluntario en el que no hay acuerdo respecto a la pensión alimenticia que debe recibir la mamá de R y J. El principal problema radica en que el papá reclama no ser el padre biológico de J, aunque esté registrado a su nombre y, por tanto, se niega a dar la pensión alimenticia correspondiente a dicho hijo. Solicita para ello la prueba de paternidad. La madre, por su parte, señala que, efectivamente, no es su padre biológico, pero lo supo desde un inicio y él se ofreció a registrarlo con sus apellidos y asumirse como su padre. J no tiene conocimiento de estos hechos. Adicionalmente, el padre reclama la guarda y custodia de R.

D. MODELO DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA JUSTICIA

Como aproximación general, pero sobre todo con la intención de entender la importancia de reforzar las obligaciones estatales desde una mirada de protección integral y de perspectiva de derechos de la infancia, y evitar caer en concepciones limitadas que coloquen a niñas, niños y adolescentes en una condición objetivada con el pretexto de su protección, a continuación se presenta de manera esquemática la evolución de la relación de niñas y niños frente al Estado.

I. El Estado frente a niños, niñas y adolescentes: de la situación irregular a la protección integral

La relación de niñas y niños con el Estado ha tenido un devenir distinto a los de otras poblaciones que hoy son identificadas como grupos en situación de exclusión o desventaja, y que han sido histórica y sistemáticamente discriminados. Por un lado, las categorías sociales de niñez y adolescencia no han sido estáticas a lo largo de la historia,¹ éstas han aparecido y han sido dotadas de simbolismos diferentes en cada etapa y cada cultura, pero de manera general se puede decir que la etapa de niñez se caracteriza como una persona carente —de capacidades y de desarrollo— y por tanto sujeta a las personas adultas —capaces y desarrolladas—, frente a quienes se posicionaba como objetos de protección.

Así, se puede decir que en la relación infancia-Estado se ha pasado desde la completa indiferencia del Estado por el niño o niña —en la que se le trataba como objeto, propiedad de quien ejercía la patria potestad— hacia un modelo tutelar en el cual se le reconocía, incluso con legislaciones especiales, se le nombraba, pero su carácter de objeto de protección estaba inmodificado. Por último, un modelo de protección en el que la principal diferencia radica en considerarles sujetos de protección. Ahora se hará una referencia más amplia a los últimos dos modelos.

1 Sobre este tema puede revisarse González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación*, México, IJ-UNAM, 2008.

1. La situación irregular

Durante el siglo XX en América Latina, desde inicios de 1900² hasta la década de 1980 aproximadamente, predominó el sistema conocido como la doctrina de la situación irregular, que se caracterizaba por ser un modelo de enfoque tutelar; éste incorpora referencias diferenciadas a niñas y niños (sobre todo en el ámbito penal),³ pero si se analiza con detenimiento se podrá advertir que tal reconocimiento diferenciado no es utilizado como mecanismo para reconocerles derechos. Así, se instauraron en los países latinoamericanos una serie de legislaciones legitimadas para proteger a las personas menores de edad que carecían de los servicios básicos o se encontraban en situación de abandono, o bien a quienes se les consideraba delincuentes. Era este grupo de niños y niñas a quienes el Estado consideraba en situación irregular y frente a quien adquiriría un papel “protector” como padre de familia.⁴ La cita de Emilio García Méndez refleja de manera precisa este modelo:

Este enfoque específico de desajuste social, producto de un modelo desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política del sistema de universalizar los servicios básicos (salud-educación), tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de la irradiación de las prácticas correctas. Ungido de una competencia omnimoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver, paternalmente, las deficiencias estructurales del sistema.⁵

Por tanto, en la doctrina de la situación irregular el tratamiento jurídico de la niñez colocaba a quienes estaban en una situación de desamparo o a quien cometía hechos antisociales (en situación de dificultad) como objetos de asistencia y de control con acciones que desconocían sus derechos. Esto generaba altos niveles de arbitrariedades y abusos. Por otro lado, el papel del Estado se limitaba a ser juez omnimodo y discrecional frente a niñas y niños en situación de dificultad con soluciones individuales que no

2 De acuerdo con Emilio García Méndez la primera legislación específica que está dentro del paradigma de la situación irregular es de 1919 en Argentina. La ley 10.903, conocida como Ley Agote en materia penal, que reducía las penas a un tercio tratándose de personas menores de 18 años.

3 García Méndez, Emilio, *Infancia, ¿para dónde van sus derechos?*, Buenos Aires, Didot, 2017.

4 Desde la doctrina de la situación irregular se diferenciaba entre los niños a aquellas personas menores de edad que se encontraban en una situación de “regularidad social”, y menores que se refería de manera exclusiva a quienes se encontraban en situación de “irregularidad social” por abandono, carencia o delincuencia. Los menores eran de quienes el Estado se tenía que hacer cargo.

5 García Méndez, Emilio, *op. cit.*

resolvían problemáticas de raíz, en vez de implementar políticas sociales.⁶ Además, se ignoraba que el Estado tenía una clara obligación para crear condiciones necesarias para el goce de derechos.⁷

Por su parte, el tratamiento de niños y niñas en situación de regularidad, es decir, quienes gozaban de los servicios básicos y no habían realizado hechos ilícitos, eran responsabilidad de la familia y el Estado no intervenía.⁸

2. La protección integral

La doctrina de la protección integral implica un cambio de paradigma en la consideración social y tratamiento jurídico de los niños, niñas y adolescentes. Si bien el antecedente directo es la Declaración de los Derechos del Niño (1959), en realidad es hasta la Convención sobre los Derechos del Niño (1989),⁹ que comienza una modificación a nivel internacional de la manera en la que se reconoce a las niñas, niños y adolescentes. Las legislaciones latinoamericanas comenzaron a ser adaptadas al texto de la Convención que tiene como uno de los sellos más importantes el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales con una visión holística e integral de los derechos.¹⁰

El proceso de elaboración de la Convención no fue sencillo, en Naciones Unidas trabajaron más de 20 años para acordar un texto que consideraran adecuado en alcances y contenidos;¹¹ sin embargo, es el tratado más ratificado en el ámbito internacional.¹² Este dato no es menor, pues significa que la Convención logró establecer parámetros mínimos de protección integral para niños, niñas y adolescentes, incorporando derechos más allá de aquellos de provisión, como los políticos, de tal manera que los Estados se sujetaran y

6 *Idem.*

7 CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, 2017.

8 *Idem.*

9 Aunado a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad 1990; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) 1985, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) 1990.

10 CIDH, *op. cit.*

11 Beloff, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular; un modelo para armar y otro para desarmar”, en *Los derechos del niño en el sistema de interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009. Para entender el proceso completo de la elaboración de la Convención, véase Pilotti, Francisco, *Globalización y Convención sobre los Derechos del niño: el contexto del texto*, CEPAL, 2001.

12 El instrumento ha sido ratificado por 186 países.

obligaran a ellos a partir de prácticas y políticas. En América Latina de manera específica, el cambio de paradigma coincidió con la transición democrática que vivieron una gran cantidad de países de la región, lo que impulsó los cambios legislativos y de políticas de infancia en distintos países.¹³

El centro de las decisiones estatales en relación con las infancias son precisamente niñas, niños y adolescentes, así como la protección de sus derechos; niñas, niños y adolescentes reconocidos de manera integral en sus distintas etapas de desarrollo físico, mental, moral, espiritual, psicológico y social diferenciadas de las personas adultas.¹⁴ Es obligación de los Estados adoptar las medidas necesarias para garantizar de manera efectiva todos los derechos reconocidos a niñas y niños bajo los principios básicos de igualdad y no discriminación; interés superior; desarrollo, vida y supervivencia, y el derecho a opinar.¹⁵

Cuadro 1. Tipos de doctrinas

Doctrina de la situación irregular	Doctrina de la protección integral
<ol style="list-style-type: none"> 1. Consideración de la infancia como objeto de protección. 2. División de la infancia: niños y adolescentes (situación de regularidad) y menores (situación de irregularidad). 3. Patria potestad o tutela como título de propiedad. 4. Centralización del poder en la figura del juez de menores con competencia omnimoda y discrecional. 5. Judicialización de problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo. Tendencia a patologizar situaciones de origen estructural. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Consideración del niño, niña o adolescente como sujeto pleno de derechos. 2. Leyes para el conjunto de niñas, niños y adolescentes, no sólo aquellos en circunstancias difíciles. Definición de derechos de niños y niñas. Desaparecen categorías de "riesgo" "peligro moral o material" "situación irregular", etc. 3. Responsabilidad parental como facilitador para la protección de sus derechos e impulsor de su desarrollo. 4. Se jerarquiza la función judicial y se le da la función específica de dirimir conflictos.

13 Beloff, Mary, *op. cit.* No quiere decir que los cambios hayan sido homogéneos o que todos los países se hayan adaptado al nuevo paradigma de manera simultánea o instantánea. Se ha tratado de un proceso paulatino y en algunas ocasiones, incluso, lento. De acuerdo con Mary Beloff el impacto de la Convención en los países se divide entre aquellos en donde la ratificación no tuvo ningún impacto o fue sólo retórico; aquellos donde se trató de un proceso de adecuación formal, y aquellos con un proceso de adecuación sustancial, p. 11.

14 CIDH, *op. cit.*

15 Comité de los Derechos del Niño (CDN), Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/5), 2003.

Doctrina de la situación irregular	Doctrina de la protección integral
6. Impunidad para conflictos de carácter penal. 7. Criminalización de la pobreza. 8. Negación explícita y sistemática de principios básicos de derecho y de los derechos reconocidos para todos los habitantes.	5. Se desvinculan situaciones de mayor riesgo de patologías de carácter individual y se miran las omisiones de políticas sociales básicas. 6. Principio jurídico de igualdad ante la ley. 7. Desinstitucionalización y priorización de la menor separación de la familia. 8. Reconocimiento de derechos sociales, políticos, civiles, económicos y culturales a las y los niños.

Fuente: elaboración propia con base en García Méndez, Emilio, *Infancia, ¿para dónde van sus derechos?*, Buenos Aires, Didot, 2017, y Beloff, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular; un modelo para armar y otro para desarmar", en *Los derechos del niño en el sistema de interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009.

II. El acceso a la justicia desde una visión de protección integral

El derecho de acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes se encuentra reconocido en diversas convenciones y pactos de derechos humanos en los ámbitos universal y regional, desde el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 10 y 14), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 25), y por supuesto la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40). El ejercicio de este derecho por parte de niños y niñas supone la necesidad de adoptar medidas reforzadas para garantizar su acceso a la justicia.

Desde un modelo de protección integral, el acceso a la justicia de niñas y niños en condiciones adecuadas resulta indispensable. Los Estados deben contar con recursos efectivos que permitan que niñas, niños y adolescentes puedan activar mecanismos judiciales para reparar la violación a sus derechos.

Ahora bien, conviene resaltar que desde el modelo de protección integral el acceso a la justicia deja de ser un tema sólo de quienes se encuentran en un situación irregular para convertirse en un mecanismo disponible para todas las niñas y niños. Una niña o niño debería poder acceder al sistema de justicia como un sujeto de derechos, en igualdad de condiciones (lo que implica que el Estado deba adoptar medidas reforzadas que atiendan a las necesidades y características de las personas menores de edad) para buscar la reparación de sus derechos.

Para poder identificar cuáles son las características específicas y diferenciadas que deben incorporar los sistemas de justicia de los Estados para hacer

efectivo este derecho de acceso a la justicia, es necesario identificar algunas de las principales problemáticas que enfrentan las niñas y niños en México.

E. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS CON EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO

I. Elementos empíricos

En México, cada año se cuenta con informes sobre la situación de niñas, niños y adolescentes, en los cuales se valora cómo se encuentran esas poblaciones respecto a la garantía de sus derechos humanos. Investigaciones e informes elaborados por la sociedad civil, organismos de derechos humanos u otras entidades internacionales como la UNICEF permiten dar cuenta, a partir de datos específicos, de una mirada panorámica de la niñez y la adolescencia en el país. De la misma manera, periódicamente, el Estado mexicano tiene la obligación de informar al Comité sobre los Derechos del Niño los avances en la protección de estos derechos, mientras que la sociedad civil, de la mano de la academia, realiza un informe alternativo.

El año 2020, atravesado por una crisis de salud y económica mundial, tuvo grandes estragos de los derechos de niñas, niños y adolescentes en México. Paradójicamente, la población que menor riesgo tenía de sufrir graves afectaciones por el contagio del virus SARS-CoV-2 (causante de la enfermedad covid-19),¹⁶ ha sufrido la profundización de violaciones a sus derechos en distintas dimensiones, como se ve a continuación.¹⁷

A continuación se presenta la información obtenida de acuerdo con REDIM, la UNICEF y las solicitudes de información realizadas a las Procuradurías de Protección de los estados acerca de la situación de niñas, niños y adolescentes en el país.¹⁸

16 No significa que no tenga impacto o que fueran inmunes. Como se detalla más adelante, el virus causó afectaciones de salud a cientos de niños y niñas mexicanos.

17 Los datos se retoman de REDIM, *Balance anual 2020. El año de la pandemia y el abandono de la niñez en México*. Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/2619-presentacion-del-informe-mexico-ante-el-comite-de-los-derechos-del-nino-de-la-onu>; y UNICEF, *Informe anual 20202. México*. Reimaginemos el futuro para cada niño, niña y adolescente.

18 Se obtuvo respuesta de 11 estados de la república a la solicitud de información que requería “número de niñas, niños y adolescentes respecto a quienes se haya ejercido representación coadyuvante y representación en sustitución”; respondieron Guanajuato, Baja California, Baja California Sur, Hidalgo, Yucatán, Querétaro, Jalisco, Sinaloa, San Luis Potosí, Quintana Roo y Nuevo León.

<p style="text-align: center;">VIOLENCIA</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ha sufrido alguna forma de violencia en sus casas 63% de niños y niñas. • De los adolescentes de entre 14 y 17 años, 10% ha sufrido un tipo de violencia sexual. • De cada 100 mil mujeres madres, 29.8 tienen una edad promedio de 16.8 años. • De enero a octubre de 2020 se registraron los siguientes datos de casos victimización, evidenciando un aumento en relación con 2019: • 10,198 lesiones • 1,971 homicidios (desde 2015 se cometen en promedio 6 asesinatos de niños o adolescentes cada día) • 1,426 corrupción de menores • 221 trata de personas • 163 extorsiones • 93 feminicidios (en 2008 se registraron 8 al mes, en 2020 subieron a 10) • 92 raptos • 68 secuestros <p style="text-align: center;">EDUCACIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fueron afectados por el cierre de escuelas en 2020 25.5 millones de niñas, niños y adolescentes. • Antes de la pandemia, 5.2 millones de niños no asistían a las escuela. • Reportaron dificultades para continuar con la educación en casa 48.5% de familias (por falta de internet o computadora). • De los hogares encuestados por ENCOVID19, en 14% hay un niño, niña o adolescente que dejó de estudiar en 2020. • Se estima que la cobertura de la educación inicial en México es de sólo 10.43%. • Las y los adolescentes en México enfrentan barreras de acceso, retención y conclusión de sus estudios: 84.4% está inscrito en secundaria; sólo 63.9%, en media superior. 	<p style="text-align: center;">SALUD</p> <ul style="list-style-type: none"> • En México, 364 menores de edad fallecieron por covid-19 en 2020. • Padecen diabetes 13,500 menores de edad. • El sobrepeso y la obesidad entre niños y niñas de 5 a 11 años y de 12 a 19 años ha aumentado entre 2012 y 2018, al pasar de 34.5 a 35.5%, y de 27.8 a 38.5%, respectivamente. • Padece carencia alimentaria 20% de los hogares. • De las niñas y los niños menores de 5 años que viven en localidades con menos de 100 mil habitantes 15% tiene desnutrición crónica. <p style="text-align: center;">DESIGUALDAD</p> <ul style="list-style-type: none"> • En 2018, de 38.5 millones de niñas, niños y adolescentes (30.8% de la población) 49.6% vive en pobreza; 9.3%, en pobreza extrema. • Hay 3.3 millones de niñas, niños y adolescentes en condición de trabajo infantil, y 1.13 en ocupaciones peligrosas; 27% no tiene ingresos. <p style="text-align: center;">MIGRACIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fueron detectados por las autoridades migratorias 11,514 niñas, niños y adolescentes migrantes, 93% provenían de países centroamericanos. • Cerca de 12,549 niños y adolescentes mexicanos fueron repatriados de Estados Unidos a México, durante 2020. • En promedio, se registraron 32 detenciones diarias por autoridades migratorias de niños, niñas y adolescentes migrantes acompañados y no acompañados. Asimismo, 6,084 fueron retornados a sus países de origen.
--	---

<p style="text-align: center;">VIVIR EN FAMILIA</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aproximadamente, 33,000 niños, niñas y adolescentes viven en algún Centro de Asistencia Social y privados del derecho a vivir en familia y en comunita. <p style="text-align: center;">DESPARICIONES</p> <ul style="list-style-type: none"> • De enero a diciembre 2020 se reportaron 3,225 niños, niñas y adolescentes desaparecidos, de los cuales sólo 69.4% fueron hallados. 	<p style="text-align: center;">ACCESO A LA JUSTICIA</p> <ul style="list-style-type: none"> • En 2021 las procuradurías de protección de los estados reportaron haber representado a un máximo de 15,596 niñas, niños y adolescentes en procesos judiciales o administrativos, y un mínimo de 114 durante ese año.
---	---

II. Obstáculos del acceso a la justicia

Ante las violaciones a los derechos humanos que sufren constantemente niñas y niños, tal y como ha quedado evidenciado en el apartado anterior, los Estados deben contar con mecanismos que les permitan exigir el cumplimiento de las obligaciones para proteger y garantizar sus derechos, así como para restituir y reparar las afectaciones sufridas.

El acceso a tribunales, a servicios, o incluso a buscar el apoyo de las autoridades, suele representar obstáculos para las personas en general, pero en el caso de niñas, niños y adolescentes, tales barreras suelen ocasionar efectos e impactos igual o más gravosos que las propias afectaciones por las que decidieron acercarse a tales instancias. En el caso de las personas adultas, algunos obstáculos pueden ser el desconocimiento del derecho, las normas escritas —y las no escritas— con las que se conduce la administración de justicia en el país; el tiempo que requiere invertir en procesos que resultan desproporcionadamente largos y costosos; la falta de recursos que permitan seguir adelante con el proceso, e incluso la falta de confianza en las autoridades que administran justicia.¹⁹

En el caso de niñas, niños y adolescentes, los obstáculos para acceder a la justicia se incrementan debido a que no sólo enfrentan las difíciles condiciones que se han señalado anteriormente, sino también sistemas que generalmente se han construido para satisfacer las necesidades de las personas adultas, desde un mundo adulto y sin mirar las características diferenciadas

¹⁹ Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), 2020. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2020/>.

de un niño o niña. Esto genera que el mundo de la justicia se convierta para ellos y ellas en un espacio no sólo desconocido, sino incluso hostil.

Estudios realizados desde la psicología, la sociología y el derecho muestran las características que distinguen a niños, niñas y adolescentes de las personas adultas. Su estructura de pensamiento es distinta (incluso entre niños y adolescentes), y enfrentan sus emociones de manera distinta a las personas adultas. Por sus propias condiciones de desarrollo requieren el apoyo de figuras significativas²⁰ y ello va cambiando conforme sus niveles de autonomía se siguen desarrollando.

Estas características de desarrollo son importantes en materia de acceso a la justicia por dos circunstancias: la primera es que el impacto de la violación a sus derechos es diferente al que vive una persona adulta y, por tanto, la afectación también lo será. La segunda es que debe mirarse también desde una perspectiva interseccional, pues no sólo la edad, sino un conjunto amplio y diverso de circunstancias y condiciones (situación de pobreza, cuestiones de género, religión, etc.) generan un efecto distinto en cada niño o niña.

Tales diferencias ocasionan que niñas y niños o adolescentes suelen ser excluidos de muchos ámbitos relevantes para su vida. Uno de los principales obstáculos que se ha buscado remover desde la Convención es el silenciamiento de la opinión de niñas y niños. En ese caso nos enfrentamos a tres posibilidades:

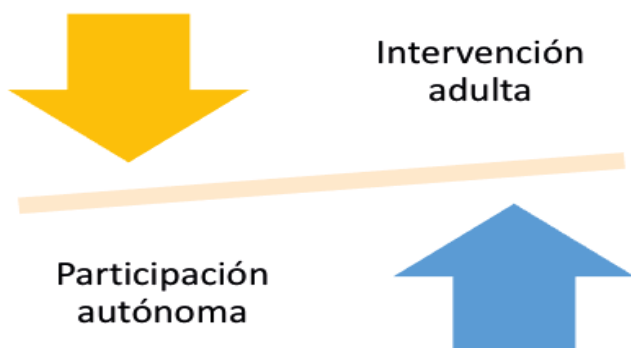
1. Constantemente, y de forma histórica, se ha asumido que los niños y las niñas no están en condiciones de formar una opinión propia, mucho menos, que esa opinión deba ser escuchada y tomada en cuenta por las personas adultas, que normalmente toman las decisiones sobre la vida de niñas y niños de manera unilateral.
2. En otras ocasiones, cuando expresan su opinión ésta es desestimada y se le resta credibilidad. Por ejemplo, se utilizan argumentos como que el niño o la niña fue *alienado*,²¹ o que su opinión está manipulada por una persona adulta.

20 ODI, *El niño víctima del delito. Fundamento y orientaciones para una reforma procesal penal*, México, 2005, véase específicamente el capítulo tres sobre las características de la infancia y sus implicaciones procesales.

21 Para más información sobre este tema, véase Castañer, Analía y otros, *Utilización de hijos e hijas en el conflicto parental y la violación de derechos del supuesto síndrome de alienación parental*, ODI, SCJN, 2014.

3. En un último esquema, al niño o niña que expresa su opinión se le trata como a una persona adulta, exigiéndole comportamientos o estructuras de ideas que son ajenas al desarrollo infantil o adolescente.

Ahora bien, atendiendo a las distintas etapas de desarrollo de niñas y niños resulta indispensable para la efectividad en el ejercicio de sus derechos que cuenten con una intermediación adulta. Esta intermediación adulta tiene una función esencial para la realización de los derechos, sin que su participación implique el desvanecimiento o invisibilización de las necesidades, intereses y opiniones de la niña o el niño (es decir, la participación y apoyo de las personas adultas no implica anular la voluntad de niñas, niños o adolescentes). Al contrario, la intermediación debe ajustarse a sus necesidades y desarrollo, impulsando su protagonismo en el ejercicio de sus derechos a medida que va adquiriendo mayores niveles de desarrollo.²² En ese sentido, entre más pequeños o menores grados de desarrollo, mayor será la necesidad de intermediación y viceversa.



En materia de acceso a la justicia, además de la intermediación adulta de quienes tienen a la responsabilidad parental o de cuidados, niñas, niños y adolescentes tienen la necesidad de contar con una representación legal que no sólo tenga conocimiento del sistema jurídico en el que se enmarcan los procesos de justicia, sino que pueda representar el ejercicio integral de los derechos, así como los intereses propios de niñas o niños, y por tanto, cuente con conocimientos especializados en materia de infancia y adolescencia. Esto resulta esencial puesto que otro de los obstáculos presentes para niñas

22 SCJN. Amparo directo en revisión 1674/2014. Primera Sala. Ministro Ponente Arturo Zaldívar.

y niños es que las figuras de representación legal tradicionalmente solían defender los intereses de padres, madres o de las personas adultas que ejercían la tutela o patria potestad, los cuales no necesariamente coinciden con las necesidades o intereses de las propias niñas o niños. Por lo tanto, el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad, cuando participaban en un juicio o en un procedimiento administrativo (por ejemplo, cuando un adolescente acudía a solicitar refugio por escapar de la violencia en su país) muchas veces puede verse limitado por la ausencia de condiciones que le permitan acceder a expresar de manera adecuada su voluntad y opinión y tener una defensa técnica y especializada.

Todas estas dificultades se tornan aún más graves en contextos de desigualdad y machismo, en los cuales las condiciones diferenciadas de vulnerabilidad de niñas y adolescentes las colocan en constante riesgo de sufrir agresiones y violencias, específicamente, violencia sexual, matrimonios forzados, maternidades forzadas, que repercuten en el goce de otros derechos, como la educación, la salud, el esparcimiento, el desarrollo, entre otros. Pero también con desigualdades sociales que viven altos porcentajes de niñas, niños y adolescentes en el país, como la pobreza o la condición de migración que los mantiene en riesgo de sufrir desapariciones, reclutamiento forzado, utilización por grupos de delincuencia organizada, o extorsión.

1. Qué se debería hacer frente a estas características y condiciones

Antes de iniciar este apartado revisa los casos 1, 3 y 4 del fichero. Señala para cada caso:

1. Qué derechos consideras que se están vulnerando.
2. Para iniciar procesos de justicia, ¿qué condiciones deben adecuarse a las características diferenciadas?, no sólo de edad, sino cualquier otra de identidad que te brinde la ficha del caso.

Es importante recordar que los instrumentos internacionales de protección a niñas, niños y adolescentes fueron diseñados en función de advertir la relevancia de reconocer que el Estado tiene obligaciones específicas en relación con ellas y ellos. Este conjunto de obligaciones se basa en algunos principios que los Estados deben tener en cuenta para asegurar su protección.

En el primer apartado se revisaron las principales características del paradigma de protección y la importancia de que el Estado se presentara ante todo niño, niña o adolescente como garante de sus derechos de manera integral, lo que provoca que las autoridades estatales deban poner en el cen-

tro de sus decisiones a niñas y niños para poder identificar sus necesidades e intereses, y a partir de ello construir mecanismos para respetar, proteger, garantizar y promover sus derechos. Esto significa que un sistema de protección que resulte adecuado para la infancia debe invertir la lógica: las niñas o los niños no deben acoplarse al Estado, sino que el Estado debe adecuar sus políticas, mecanismos de acceso y normas para facilitarles el acceso a todos los servicios y mecanismos con los que cuenta.

En el ámbito del acceso a la justicia esto significa que el Estado debe adaptarse a las características y necesidades de niñas, niños y adolescentes, de tal manera que los procesos sean accesibles, aseguren la justicia y sobre todo funcionen como procesos de redignificación para quienes han sido victimizados o vulnerados en sus derechos, y no, como suele pasar, que el mismo proceso les revictimice.

¿Qué significa que el Estado se adapte? Por ejemplo, es evidente que una persona adulta, por lo general, cuenta con una serie de condiciones que le permiten participar en un procedimiento, juicio o cualquier relación con las autoridades a partir de responder de manera directa a los cuestionamientos que la autoridad les formula; una persona adulta, puede intentar ponerse en el papel de la autoridad para identificar el tipo de información que requeriría ésta para hacer su trabajo; incluso, si no encuentra respuesta en una oficina determinada, puede buscar alternativas para solucionar sus problemas. Sin embargo, las niñas, niños y adolescentes no tendrán estas oportunidades de participación frente al Estado y la justicia.

Ejemplo:

En un caso de abuso sexual a un niño de 4 años ocurrido en su escuela, durante la entrevista con el Ministerio Público, con el fin de establecer las circunstancias de lugar necesarias para acreditar el delito, le pregunta al niño si sabe en dónde está su escuela. El niño responde “atrás de la puerta”.

En primer lugar, si acude frente a una autoridad y ésta le interroga, seguramente generará en niñas, niños o adolescente una serie de efectos que muy posiblemente inhibirán sus posibilidades de participar en juicio; debido a su propio proceso de desarrollo emocional y cognitivo, al rendir una declaración, opinión o presentación de un testimonio, seguramente lo hará desde su propia perspectiva de lo vivido, en la cual, a diferencia de las personas adultas y debido al carácter egocéntrico de su pensamiento, no podrá “ponerse en el papel de las autoridades” para intentar brindarles la información que requieran. De la misma manera, es muy probable que, por

diversas razones, no acuda directamente a pedir ayuda, por lo que es posible que las afectaciones que sufren muchas niñas, niños y adolescentes puedan pasar simplemente desapercibidas para las autoridades.

Algo que puede ser muy común en los interrogatorios, entrevistas o cualquier tipo de participación en la que se relatan hechos, es que las preguntas se repitan o busquen asegurar la veracidad y encontrar contradicciones.

En el caso de niñas y niños, cuando hay reiteración de preguntas asumen que están diciendo algo erróneo, por lo que lo más normal es que cambien su respuesta para obtener la aprobación adulta, sin que ello signifique una contradicción.

La existencia de todos estos obstáculos amerita una intervención directa, proactiva y especializada por parte de las autoridades. Para ello se deben tener presentes una serie de principios, que se plantean a partir de la necesidad de que el Estado sea quien se adapte a las necesidades, condiciones y características de niñas y niños, y no ellas y ellos a los procesos rutinarios del Estado. La aplicación de estos principios, como se verá más adelante, en realidad explica en una buena medida por qué resultan relevantes los sistemas de protección a la infancia.

Con la finalidad de explicar las características, lógica y conformación de este tipo de sistemas de protección, con un especial énfasis en México, en primer lugar, se detallarán los principios que deberían orientar una “justicia adaptada” (*child friendly justice*) a favor de niñas, niños y adolescentes.

III. Principios que deberían orientar la intervención del Estado

Los Estados deberían asegurar a niños, niñas y adolescentes el acceso todos los derechos que tienen las personas (educación, vivienda, personalidad jurídica, una vida libre de violencia, alimentación, debido proceso, participación, entre otros), sin embargo, como se expuso previamente, las características y condiciones que enfrentan niñas y niños muchas veces pueden constituir obstáculos para que puedan acceder plenamente al ejercicio de sus derechos. Precisamente por ello, resulta sumamente relevante que el Estado incorpore una serie de “adecuaciones o adaptaciones” que permitan adaptar su funcionamiento a las necesidades y condiciones particulares que caracterizan a las personas menores de edad.

Entre otras cosas, esto significa que las necesidades que enfrentan niñas, niños y adolescentes, al igual que lo que sucede con las personas adultas, no pueden ser atendidas por una sola entidad del Estado, sino que requieren

de la articulación de diferentes autoridades que brindan un servicio. Esta circunstancia es relevante, ya que en el pasado se llegó a considerar que los temas relacionados con necesidades de esta población debían ser atendidos por una sola instancia del Estado, que durante muchos años en México fue el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Una entidad con vocación asistencialista que asumía que los temas relacionados con las personas menores de edad se reducían a la prestación de cierto tipo de políticas asistenciales a favor de quienes las necesitaran. La lógica de operación de esta entidad era la misma que veíamos en el modelo tutelar, con tendencias a institucionalizar a niñas y niños en situaciones difíciles, y quienes no eran atendidas por el DIF, eran responsabilidad única de sus familiares.

En este esquema, las necesidades de niñas y niños no eran vistas de manera integral, por lo que el Estado no se asumía como un ente que debía garantizar la totalidad de sus derechos.

Una de las grandes transformaciones que se reflejaron en México (al menos normativamente) se relaciona con la creación del Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) en 2015. En teoría, la creación de este sistema de protección se basa en la necesidad de asegurar que el Estado se encuentre en las mejores condiciones de garantizar los derechos, de manera integral, a favor de niñas, niños y adolescentes. Como se verá más adelante, la conformación del sistema, de alguna manera, constituye una superación de modelo tutelar asistencial que había prevalecido en México (como en otros países) durante larga data, y su construcción se basa en los presupuestos, características y abordaje que establece un enfoque de derechos, y que reconoce que la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes no puede constituir sólo parte de una agenda asistencial de una entidad del Estado, sino que implica una auténtica responsabilidad de éste, que involucra el trabajo de todos sus órganos de acuerdo con sus competencias.

Antes de abordar las condiciones básicas de funcionamiento, se exponen algunos de los principios vinculados con el acceso a la justicia que deberían orientar a los órganos especializados de protección de la infancia.

1. Proactividad

Las autoridades deben detectar problemáticas y no esperar a que les lleguen las denuncias. Como se expuso anteriormente, la detección de casos que involucren afectaciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes resulta sumamente compleja.

Las niñas, niños y adolescentes enfrentan múltiples obstáculos que les impiden acercarse a las autoridades para ejercer sus derechos, tales como la propia confección de los sistemas jurídicos y del Estado pensados para las personas adultas; las limitaciones que pueden enfrentar desde sus círculos familiares para denunciar hechos delictivos; la ausencia de información relativa a los servicios o apoyos a los que pueden acceder, o incluso el desconocimiento de estar viviendo una vulneración a sus derechos, etc.

Precisamente por ello, los sistemas de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes deberían estar diseñados desde un enfoque que permita la detección de casos a partir del papel que desempeñan las diferentes autoridades. Existen ciertas autoridades que se encuentran en espacios privilegiados para identificar afectaciones de derechos de niñas, niños y adolescentes, como las profesoras y los profesores de las escuelas, quienes pueden detectar si una niña, niño o adolescente presenta signos de haber sufrido violencia, o las médicas y los médicos, quienes pueden a través de la atención que prestan de manera cotidiana advertir si presenta alguna afectación en su integridad, sufre violencia o requiere algún tipo de atención.

2. Acciones *ex officio*

Significa que toda autoridad que atiende a una persona menor de edad que presente alguna problemática o afectación a sus derechos debe adoptar una serie de acciones de protección, aun cuando tales acciones no sean solicitadas por las personas involucradas. En este sentido, cobran particularmente relevancia las acciones de protección orientadas a salvaguardar la integridad de un niño, niña o adolescente, cualquier autoridad que identifique alguna situación de riesgo debería impulsar las acciones necesarias para disminuir o eliminarlas. Ante una situación de riesgo, las autoridades deben emitir y accionar las medidas de protección que sean necesarias, sin mayores condiciones a su actuar.

La Comisión Interamericana ha señalado que “los Estados deben establecer los mecanismos para ofrecer una protección adecuada e idónea a los NNA en situación de riesgo o que han sido víctimas de violencia, abuso, explotación o negligencia. En función de las circunstancias, estas medidas de protección puede incluso tener carácter excepcional y suponer la separación temporal o permanente del niño o la niña de su familia, por motivos de protección”.

(CIDH, Sistemas de protección. P. 77)

3. Articulación entre autoridades

Es evidente que las autoridades están sujetas a un marco legal. Esto significa que existirán algunas dedicadas a la educación; otras a prestar servicios de salud; otras brindan servicios de apoyo y asistencia; etc. Las autoridades que tienen contacto con una niña, niño o adolescente que enfrenta algún problema, así como determinadas necesidades, encontrarán limitaciones para poder asegurar de forma integral los derechos del menor o la menor de edad. Esto es así sencillamente porque las autoridades no podrían realizar acciones que no tienen comprendidas en su marco legal.

Sin embargo, esto también significa que esas autoridades (aunque no puedan por sí mismas resolver los problemas y asegurar una protección integral a los derechos de niñas, niños o adolescentes) deben articularse de forma tal que puedan poner en conocimiento, tanto a las autoridades del sistema de protección, como también, en aquellos casos urgentes, a las autoridades que deben brindar tales servicios de manera directa.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 5, ha establecido al respecto:

1. La necesidad de contar con coordinación intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos de los niños en toda la administración pública, en los diferentes niveles de la administración y entre la administración y la sociedad civil incluidos especialmente los propios niños y jóvenes. Muchos órganos gubernamentales o cuasi gubernamentales influyen en las vidas niñas y niños, y el goce de sus derechos
2. La administración pública, en su conjunto y en todos sus niveles, debe trabajar sobre la base de una estrategia nacional unificadora y amplia para promover y respetar los derechos los niños, basada en la Convención.

4. Condiciones de accesibilidad

Otro aspecto que debe garantizar un enfoque de derechos humanos tiene que ver con las posibilidades de accesibilidad que tienen niñas, niños y adolescentes a sus derechos. Esto significa que la atención que reciban resulte adecuada y especializada, de forma tal que les sea sencillo contar con el apoyo de las autoridades, y que éstas puedan de manera simple identificar las necesidades de protección necesarias.

Esto se traduce en la necesidad de contar con autoridades especializadas en derechos de la infancia, encargadas de detectar necesidades de protección,

así como asegurar la atención y articulación de diferentes autoridades para la protección integral de los derechos de niños y niñas. Atendiendo a que, como se señaló anteriormente, el modelo de protección rompe con la idea de que existen sólo ciertas autoridades para atender lo relativo a niños y niñas, esta obligación de especialización debe considerarse para todas las instancias que tengan obligaciones con este grupo de población, aunque sus atribuciones cotidianas no estén pensadas de manera específica para niñas y niños.

Otra condición de accesibilidad se relaciona con la adecuación de espacios físicos y de formas de comunicación que permitan a niñas, niños y adolescentes interactuar con las autoridades y los procedimientos de forma adecuada para sus necesidades y condiciones. Esto no se refiere, al menos no exclusivamente, a contar con espacios con juguetes o juegos o materiales lúdicos (que pueden ser de ayuda), sino que el diseño de los procedimientos, comunicaciones y lugares deben considerar los fines que se buscan con la niña y el niño, y las necesidades que deben cubrirse para que el objetivo se logre.

5. Seguimiento hasta la restitución

Una niña, niño o adolescente que requiere la protección del Estado seguramente requerirá que se le brinden servicios de diferente tipo. Por ejemplo, es posible que necesite que se le proporcionen servicios de salud o psicológicos, o quizá la familiar requiera alguna apoyo económico; si un niño o niña no acude a la escuela porque no le inscribieron, entonces requerirá ser inscrito en una, etc. Entonces, si una niña o niño requiere servicios de diferente tipo, es evidente que tales servicios deberán ser prestados por distintas autoridades. Sin embargo, sería difícil pensar que ella o él podrá identificar y conocer la complejidad del aparato del Estado para reclamar por sus propios medios los servicios de cada autoridad. Ni siquiera las personas adultas tenemos la información o los recursos para obtener la información de todo el entramado institucional.

Ante ello, el Estado tiene un deber no sólo de articulación del conjunto de autoridades que podrían brindar los diferentes servicios que requiere una niña, niño o adolescente, sino que debería asegurar que, desde la detección de necesidades hasta la restitución integral de los derechos del niño, niña o adolescente, su caso sea gestionado por el Estado, de manera que sea éste quien se asegure de que sus derechos fueron plenamente restituidos. Ese papel de “gestor de casos”, en teoría, es desarrollado por las Procuradurías de Protección de niñas, niños y adolescentes en México, quienes fungen como una suerte de ventanilla de ingreso de los problemas de las personas meno-

res de edad frente al Estado, y se encargan de gestionar todos los servicios que necesitan frente a las diferentes autoridades hasta cerrar el caso, y una vez que se hayan restituido los derechos afectados.

Ahora que terminaste este apartado, completa la tabla sobre las adecuaciones para los casos 1, 3 y 4 de acuerdo con cada uno de los principios revisados. Recuerda que no todos los casos son iguales, aunque sean todos niñas y niños, puesto que hay situaciones específicas de sus contextos que es necesario considerar.

En un segundo momento, responde la siguientes pregunta:

¿Cuándo consideras que los derechos de los niños o niñas involucrados en los casos 1, 2 y 3 estarán restituidos?

F. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN EN MÉXICO

Todos los principios antes señalados son relevantes para poder hablar del sistema de protección diseñado en México. En este país, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2014 trajo consigo el cambio de paradigma que está llevando al Estado mexicano a transitar del modelo tutelar al modelo de protección. En los cuadros siguientes se reseñan el impacto y los aportes más importantes de esta ley al respecto.

Cuadro 2. Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 3

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Cuadro 3. Aprobación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

En el ámbito internacional es la Convención sobre los Derechos del Niño el instrumento a partir del cual los Estados empiezan a modificar sus políticas de tratamiento a niños y niñas, así como a reconocerles el carácter de sujetos en sus legislaciones internas. De acuerdo con el artículo 4 de la Convención, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló en su Observación General No. 5 que es “fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva[...]identificando medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de ésta, entre ellas, estructuras especiales”.

La aprobación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en 2014 representó un gran paso del Estado mexicano para avanzar hacia la consolidación del reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos. Resultó del esfuerzo de más de 20 años de trabajo entre organismos gubernamentales, no gubernamentales e internacionales, así como de la academia, para la elaboración de un instrumento que aterrizará a la realidad mexicana los estándares internacionales y las obligaciones en materia de protección de derechos de esta población. Con esta Ley se avanzó en el cumplimiento del artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En palabras de la UNICEF, “La aprobación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) y la creación del Sistema Integral de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) a partir de ésta, constituyó un avance sin precedente en el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia en el país; la importancia fue tal que en su momento recibió el reconocimiento de la ONU y de su Comité de los Derechos del Niño”.

Cuadro 4. Aportes de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

La Ley General trajo consigo un enfoque garantista e integral que se puede reflejar en:

1. Un catálogo de derechos a partir del reconocimiento del catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los que son destinatarios de manera particular y diferenciada niñas, niños y adolescentes.
2. Se consideran 14 principios —más allá de los declarados por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General no. 5— con base en los cuales los sujetos obligados deberán interpretar, aplicar y garantizar los derechos reconocidos. El Comité de los Derechos del Niño estableció como principios generales que los Estados deberían respetar en todas las medidas y decisiones tomadas que afecten a niñas, niños y adolescentes la igualdad y no discriminación (artículo 2), el interés superior (artículo 3, párr. 1), el derecho a la vida, desarrollo y supervivencia (artículo 6) y el derecho expresar

su opinión (artículo 12). La ley General incorpora otros, como la autonomía progresiva, la inclusión, la interculturalidad, la corresponsabilidad de los miembros de las familia, sociedad y autoridades, principio pro persona, accesibilidad, entre otros.

3. Estructura institucional especializada a partir de la creación de sistemas de protección, procuradurías de protección de niñas, niños y adolescentes, y la creación de un Programa Nacional que incorpore políticas, líneas, estrategias y objetivos para el cumplimiento de obligaciones frente a los derechos de niñas, niños y adolescentes.
4. Reconocimiento de los sujetos obligados frente a niños, niñas y adolescentes. Sistema de coordinación y corresponsabilidad interinstitucional.
5. Se mandata la asignación de presupuesto para que las autoridades cumplan con las políticas y planes en la materia.
6. Establece sistemas de evaluación y diagnóstico de las políticas de infancia.

Si bien México firmó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, fue a partir de la aprobación de la Ley General en 2014 que el paradigma de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes se instauró en el país. Lo que se revisará en los siguientes apartados se relaciona con el sistema de protección asociada a la estructura institucional especializada y la forma en que ésta busca dar una respuesta integral para cumplir con las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de niñas y niños.

I. Modelo de protección en la ley en México

Los Sistemas Nacionales de Protección representan la creación de una institucionalidad y aparato estatal para estar en condiciones de proteger, respetar y garantizar adecuadamente los derechos de niños, niñas y adolescentes. Este sistema cumple con la función de vincular y conectar todos los sectores involucrados en temas relativos a la niñez y en todos los ámbitos territoriales.²³

Distintas instancias internacionales, el Comité de los Derechos del Niño,²⁴ y en el ámbito regional la Comisión Interamericana, han establecido directrices importantes para el diseño y puesta en marcha de esta institucionalidad. Algunas de sus características son:

23 CIDH, *op. cit.*

24 CDN, *op. cit.*

- 1) Coordinación intersectorial para reconocer y realizar los derechos en toda la Administración Pública, en los diferentes niveles de la administración y entre ésta y la sociedad civil, incluidos especialmente niños, niñas y adolescentes.
- 2) La Administración Pública en su conjunto y en todos sus niveles debe trabajar sobre la base de una estrategia nacional unificadora y amplia para promover y respetar los derechos de niños, niñas y adolescentes, basada en la Convención.
- 3) Contemplar la coordinación de todas las funciones, servicios y autoridades que tienen obligaciones frente a niños y niñas. Esa dependencia podría estar facultada para elaborar la estrategia general sobre la infancia y supervisar su aplicación.
- 4) Que la autoridad se encuentre anclada en el nivel más alto de gobierno para que su trabajo se vincule a la planificación nacional del desarrollo y se incluya en los presupuestos nacionales para no quedar marginada de los principales procesos de adopción de decisiones.
- 5) La estrategia debe ser ampliamente difundida en la Administración Pública y en la sociedad, incluidos niños, niñas y adolescentes.
- 6) Debe tener disposición de supervisión y examen continuo.
- 7) Descentralización de poder mediante la transferencia y la delegación de facultades gubernamentales.
- 8) Proceso continuo de evaluación de los efectos sobre niños, niñas y adolescentes, en todos los ámbitos.
- 9) Reunión de datos suficientes y confiables desglosados para la evaluación y elaboración de políticas.
- 10) Asignación de presupuestos y planificación de políticas con base en el interés superior de la infancia y la adolescencia.
- 11) Capacitación y formación de todas las autoridades que participan en el proceso de aplicación de los derechos de niños, niñas y adolescentes.
- 12) Debe incluir previsiones de medidas de protección, defensa, exigibilidad y restitución de derechos en caso violación de éstos, lo cual debe realizarse a través de órganos administrativos de protección de derechos, juzgados especializados de niñez y defensorías especializadas (defensoría legal).

Las distintas instancias internacionales que promueven la instalación de sistemas de protección nacionales señalan la importancia de que éstos tengan competencias sobre la prevención y respuesta para la violación de derechos de niños y niñas.²⁵ En México, este andamiaje diseñado de manera específica para ver por la promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en cumplimiento del artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene dos dimensiones institucionales, por un lado, los Sistemas de Protección Integral, y por otro las Procuradurías de Protección. Cada una de ellas cuenta con funciones distintas, complementarias y bien definidas, como se verá a continuación.

1. Sistemas de Protección Integral

Uno de los más grandes avances de la Ley General, reconocido por distintas instancias, es precisamente la creación nacional, estatal y municipal de los Sistemas de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) y de las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (Procuradurías de Protección), que conforman un mecanismo integral para conjuntar las decisiones, políticas, coordinación y acciones que permitan proteger, restituir y garantizar los derechos de niñas y niños.²⁶

“Esta normatividad sienta las bases de un Sistema de Protección Integral a nivel nacional para el diseño y coordinación de políticas públicas en materia de infancia y adolescencia, [...] se reconfigura la respuesta del Estado frente a las violaciones de derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad”.²⁷

25 STC, ¿Por qué son necesarios los sistemas de protección? Recomendaciones clave de Save the Children como respuesta al Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra Niñas y Niños. Save the children.

26 STC, El Sistema de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) representa un gran avance del estado para la instrumentación de la política pública nacional en materia de protección y garantía de derechos de las niñas, niños y adolescentes, 2021. Disponible en: <https://www.savethechildren.mx/enterate/noticias/posicionamiento-sipinna>; UNICEF, *Informe anual 2020. México. Reimaginemos el futuro para cada niño, niña y adolescente*, 2021.

27 Presentación de Christian Skoog, Representante de UNICEF en México en la Guía Práctica para la Protección y Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, SNDIF y UNICEF, 2017.

Cuadro 5. Atribuciones del SIPINNA de acuerdo con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Artículo 125. Para asegurar una adecuada protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, se crea el Sistema Nacional de Protección Integral, como instancia encargada de establecer instrumentos, políticas, procedimientos, servicios y acciones de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

El Sistema Nacional de Protección Integral tendrá las siguientes atribuciones:

- I. Difundir el marco jurídico nacional e internacional de protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes;
- II. Integrar la participación de los sectores público, social y privado y de la sociedad civil en la definición e instrumentación de políticas para la garantía y protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes;
- III. Generar los mecanismos necesarios para garantizar la participación directa y efectiva de niñas, niños y adolescentes en los procesos de elaboración de programas y políticas para la garantía y protección integral de sus derechos;
- IV. Promover, en los tres órdenes de gobierno, el establecimiento de presupuestos destinados a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes;
- V. Impulsar la incorporación de la perspectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes en la planeación nacional del desarrollo;
- VI. Garantizar la transversalidad de la perspectiva de derechos de niñas, niños y adolescentes en la elaboración de programas, así como en las políticas y acciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;
- VII. Aprobar, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Nacional;
- VIII. Asegurar la ejecución coordinada por parte de sus integrantes del Programa Nacional, con la participación de los sectores público, social y privado, así como de niñas, niños y adolescentes;
- IX. Asegurar la colaboración y coordinación entre la federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, para la formulación, ejecución e instrumentación de políticas, programas, estrategias y acciones en materia de protección y ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes con la participación de los sectores público, social y privado así como de niñas, niños y adolescentes;
- X. Hacer efectiva la concurrencia, vinculación y congruencia de los programas y acciones de los gobiernos federal, de las entidades federativas, de los municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, con los objetivos, estrategias y prioridades de la política pública nacional de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- XI. Garantizar la participación de niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos humanos, tomando en consideración las medidas especiales que se requieran;

- XII. Fortalecer las acciones de corresponsabilidad y cercanía entre las instancias públicas y privadas con niñas, niños y adolescentes;
- XIII. Promover la celebración de instrumentos de colaboración y coordinación, así como acciones de concertación con instancias públicas y privadas, nacionales e internacionales, que contribuyan al cumplimiento de la presente Ley;
- XIV. Establecer mecanismos de coordinación con otros sistemas nacionales que desarrollen programas, acciones y políticas en beneficio de niñas, niños y adolescentes, en términos de las disposiciones aplicables;
- XV. Conformar un sistema de información a nivel nacional, con el objeto de contar con datos desagregados que permitan monitorear los progresos alcanzados en el cumplimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el país, incluyendo indicadores cualitativos y cuantitativos. Este sistema de información se coordinará y compartirá con otros sistemas nacionales, en términos de los convenios de coordinación que al efecto se celebren, de conformidad con las disposiciones aplicables;
- XVI. Realizar acciones de formación y capacitación de manera sistémica y continua sobre el conocimiento y respeto de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, principalmente con aquellas personas que trabajan desde los diversos ámbitos en la garantía de sus derechos;
- XVII. Promover políticas públicas y revisar las ya existentes relacionadas con los derechos de carácter programático previstos en esta Ley, y
- XVIII. Las demás que sean necesarias para el cumplimiento de esta Ley.

El Sistema Nacional de Protección Integral tiene el mandato de asegurar una adecuada protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Para garantizarlos, se instaura como órgano colegiado de decisión política que aporta la perspectiva de niñez. Así, se encarga de analizar, definir y articular las políticas públicas, normas, instituciones, acciones, procedimientos, servicios y actores en los tres órganos de gobierno.

El SIPINNA está integrado por el Poder Ejecutivo federal, incluida la persona titular de la Presidencia de la República, y 8 secretarías federales; los titulares ejecutivos de todos los estados de la república; 8 representantes de la sociedad civil, 3 representantes de organismos públicos y algunos invitados permanentes que pertenecen a los poderes Judicial y Legislativo y asociaciones de municipios, entre otras. Asimismo, cuenta con la asesoría de un Consejo Consultivo. La coordinación operativa del órgano colegiado está a cargo de una Secretaría Ejecutiva.

Lo anterior sigue la recomendación de la Comisión Interamericana que estableció que estas funciones deben cumplirse por dos instancias, una que diseña políticas, formula las estrategias, delinea los planes y programas y

favorece la sinergia entre actores, y otra con carácter ejecutivo, encargada de operacionalizar los programas proyectos y servicios.²⁸

A su vez, cada entidad federativa cuenta con un Sistema Local de Protección que coordina que los organismos y acciones, de acuerdo con los marcos normativos locales, se organicen y funcionen de manera similar al Sistema de Protección Integral. La Ley contempla también Sistemas Municipales de Protección.

Los sistemas que se centran en lo local y lo municipal son sumamente importantes por su proximidad con las niñas, niños y adolescentes y sus familias. En el caso de los sistemas su proximidad no radica en la atención directa a las personas, pero sí en el conocimiento que las personas tengan de su existencia, de sus funciones y la experiencia que los sistemas puedan recoger de los contextos más inmediatos.

2. Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes

Las Procuradurías de Protección tienen carácter distinto. Éstas responden a la necesidad de dar respuesta de manera más inmediata y directa a las afectaciones y violaciones a los derechos de niñas, niños y adolescentes y a las situaciones que pueden ponerlos en riesgo.

Las Procuradurías de Protección tienen a su cargo brindar una efectiva protección y restitución a los derechos de niñas, niños y adolescentes. La protección integral debe abarcar, de acuerdo con la Ley General (artículo 122), al menos la atención médica y psicológica; el seguimiento a actividades académicas y entorno social y cultural, y la inclusión de quienes ejerzan patria potestad, tutela o custodia de niñas, niños y adolescentes en las medidas rehabilitación y asistencia. Estas entidades tienen a su cargo dos funciones generales: el procedimiento de protección y restitución de derechos; y la representación jurídica.

3. Procedimiento de protección y restitución de derechos

Para estos procedimientos las procuradurías cuentan con equipos multidisciplinarios²⁹ que se conforman por personas abogadas, psicólogos y de

28 CIDH, *op. cit.*

29 UNICEF DIF, *Guía Práctica para la protección y restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes. Procedimiento*, México, 2017.

asistencia social. La existencia de estos equipos resulta fundamental para la aplicación del procedimiento que a continuación se recupera. Estos equipos deberían funcionar de manera continua y coordinada en las distintas etapas, aplicando en cada una de ellas su especialidad.

Cuadro 6. Procedimiento indicado en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Artículo 123. Para solicitar la protección y restitución integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las Procuradurías de Protección deberán seguir el siguiente procedimiento:

- I. Detectar o recibir casos de restricción y vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes;
- II. Acercarse a la familia o lugares en donde se encuentren los niñas, niños y adolescentes para diagnosticar la situación de sus derechos cuando exista información sobre posible restricción o vulneración de los mismos;
- III. Determinar en cada uno de los casos identificados los derechos que se encuentran restringidos o vulnerados;
- IV. Elaborar, bajo el principio del interés superior de la niñez, un diagnóstico sobre la situación de vulneración y un plan de restitución de derechos, que incluya las propuestas de medidas para su protección
- V. Acordar y coordinar con las instituciones que corresponda el cumplimiento del plan de restitución de derechos, y
- VI. Dar seguimiento a cada una de las acciones del plan de restitución de derechos, hasta cerciorarse de que todos los derechos de la niña, niño o adolescente se encuentren garantizados.



Detección. Los procedimientos de protección y restitución se activan en el momento en el que se tiene conocimiento de que un niño, niña o adolescente ha sufrido una vulneración a sus derechos o está en riesgo de sufrirla. El primer caso podría suceder cuando a una niña le niegan la inscripción a la escuela, y el segundo cuando un niño está siendo amenazado de ser vulnerado en su intimidad a través de un ciberdelito.

Basta con que la Procuraduría se entere de un caso para tener la obligación de activar el procedimiento. La detección la puede realizar cualquier persona particular, institución, autoridad o familiar, que al momento de tener noticia de la situación debe informar a la Procuraduría de Protección para que de manera inmediata tome acciones.

En caso de riesgo en la vida o integridad de la niña o el niño, la Procuraduría puede dictar medidas de protección urgentes, por sí misma o a través del Ministerio Público (artículo 122, fracciones VI y VII).

En el caso 1 del fichero, ¿quién podría haber detectado la situación de abuso sexual?

Acercamiento. Una vez que tienen información sobre un caso, los equipos multidisciplinarios deben allegarse de otra que les permita entender el caso y la situación de la niña, niño o adolescente. Esto se realiza a través de entrevistas. Idealmente las entrevistas deben realizarse a familiares y al niño o niña. Pero dependiendo del caso, el equipo multidisciplinario debe identificar a las personas a quienes podrá acercarse para la obtención de la información, por ejemplo, amistades, el personal médico que lo detectó, o personal de la escuela.

En el caso de las niñas migrantes, ¿a quién podrá acercarse el equipo multidisciplinario para la obtención de información?

Diagnóstico y determinación. A partir del análisis de información obtenida, el equipo multidisciplinario debe realizar un diagnóstico de los derechos vulnerados, restringidos o en riesgo. Debe ver, además, el nivel de riesgo o gravedad de la situación de cada niño o niña. Las medidas de protección urgentes pueden aplicarse en cualquier etapa del procedimiento cuando se identifique la situación de riesgo.

Por ejemplo, en el caso 2 del fichero, del adolescente desaparecido, si del acercamiento las autoridades identifican que hay una alta posibilidad de que haya sido una desaparición forzada, ¿podrían solicitar medidas urgentes?

Coordinación y acuerdos. Se da a partir de la elaboración de un plan de restitución, en el que se establezcan medidas de protección que detallen las autoridades que se deben cumplir, las acciones que se deben ejecutar y el tiempo en que éstas deben ser llevadas a cabo para restituir los derechos violentados.

Es importante tener en cuenta que las procuradurías no prestan servicios de atención. Es decir, la Procuraduría y, por tanto, sus equipos multidisciplinarios no brindan atención psicológica, por ejemplo, sino que coordinan a las instituciones que deben dar los servicios dictados en las medidas del plan. Así, después de dictar las medidas, las procuradurías deben encargarse de que las autoridades correspondientes conozcan de las medidas y las ejecuten.

En el caso 1, ¿qué medidas de restitución podría dictar la Procuraduría y qué autoridades deberían proporcionarlas?

Seguimiento. Las Procuradurías de Protección deben verificar las acciones que realizan las autoridades para asegurarse que se llevan a cabo, y que las autoridades las cumplen atendiendo criterios de calidad, aceptabilidad, y sobre todo que las lleven a cabo bajo el principio del interés superior.

El plan de restitución y las medidas debe ser flexibles y adecuarse cada vez que sea necesario. Esto quiere decir que, por ejemplo, un de las medidas fue la atención médica por un accidente, y después de la atención del accidente y de identificar un problema de anemia que requiere atención de otro hospital, la Procuraduría debe actualizar el plan de restitución adecuando las medidas necesarias para la situación. Otro ejemplo podría ser que derivado del accidente y la rehabilitación, el menor de edad está perdiendo clases y corre el riesgo de perder el año, la procuraduría deberá buscar medidas que eviten o restituyan este derecho vulnerado.

Cierre. Los procedimientos de restitución sólo pueden cerrarse una vez que la totalidad de los derechos se encuentran restituidos. Esto significa que las procuradurías deben asegurarse de que los derechos se encuentran protegidos de manera integral, y no sólo aquellos que fueron detectados en primera instancia. Por otro lado, que el menor cumpla la mayoría de edad no es un motivo para el cierre del caso.

4. Representación jurídica

La segunda función que interesa en este documento respecto a las Procuradurías de Protección es la representación jurídica. El artículo 122, fracción XX, establece que fungen como representantes legales coadyuvantes o sustitutos de cualquier niña, niño o adolescente que tiene contacto con procedimientos judiciales o administrativos.

De acuerdo con el marco jurídico mexicano, la representación originaria de niñas y niños pertenece a quien tiene la patria potestad. Por lo que las procuradurías ejercen una representación que coadyuva con la originaria, y solamente en casos excepcionales actúan como representantes sustitutos.

El papel del representante legal de la Procuraduría de Protección es fundamental en el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes, desde su posición de sujetos de derechos. La especialización en infancia y adolescencia, y en la defensa de sus derechos, permite que la niña o el niño sea

representado en sus intereses en las instancias judiciales o administrativas. Esto quiere decir que cuenta con un abogado o una abogada especializado que mira por su interés y se encarga de garantizar que los estándares de su participación en los procedimientos se cumplan.³⁰ Lo anterior, incluso cuando sea contrario a los intereses de quienes detentan la patria potestad.

En el caso 3 del fichero, ¿qué tipo de representación puede ejercer la Procuraduría de Protección si no tiene contacto con ningún familiar y es necesario representar en el procedimiento migratorio?

En el caso 1, la mamá de J decide que no quiere denunciar porque le pesaría mucho que su padre pasara el resto de su vida encarcelado, por lo que decide que sólo se cambiarán de casa y cerrará el asunto, y llevará a su hija a terapia para recuperarse. ¿Qué le corresponde hacer a la Procuraduría de Protección?

En el caso 4, ¿qué acciones crees que tendría que exigir la Procuraduría en su calidad de representante jurídico de los niños?

Las procuradurías de protección tienen otras funciones que se relacionan con las coordinación y supervisión de centros de asistencia social y a los procesos de adopción; sin embargo, por los fines de este documento no se analizarán.

La Procuraduría de Protección estatal se da cuenta de que, de acuerdo con sus registros, la cantidad de adolescentes que cumplen con ciertas características sociales y de identidad ha incrementado de manera significativa en los últimos años en cuatro municipios.

¿Tiene alguna obligación en relación con el fenómeno que ha analizado de sus propios reportes? ¿Cuál?

¿Cuál es el papel que el SIPINNA tiene respecto a esta situación?

5. El sistema de protección en México y el acceso a la justicia

El Comité de los Derechos del Niño señaló en la Observación General no. 5. que

30 UNICEF, *¿Cómo representar a niña, niños y adolescentes en procedimientos administrativos y judiciales? Manual práctico para el ejercicio de la representación de niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos administrativos y judiciales desde las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes*, México, 2019.

[p]ara que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención. La situación espacial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, de asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción y el acceso a procedimientos independientes de denuncia, y a los tribunales con asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada incluyendo una indemnización y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración.³¹

Por su parte, la Comisión Interamericana ha señalado que los sistemas nacionales de protección deben articularse con el sistema de justicia para identificar, abordar y superar las barreras y obstáculos que supone la segunda, para lograr que tengan acceso a una atención integral, integrada y adecuada a sus condiciones.³²

Como se señaló anteriormente, las funciones entre el SIPINNA y las Procuradurías de Protección se encuentran delimitadas por el marco normativo especializado. Sin embargo el trabajo de ambas es complementario y se fortalece mutuamente. Si bien los SIPINNA no atienden casos directamente, la información que se genera a partir de la atención a casos por parte de las procuradurías son insumos indispensables para la creación de políticas, instrumentos y acciones para la prevención, protección e, idealmente, la erradicación de vulneración a derechos de niñas, niños y adolescentes. En sentido opuesto, las políticas e instrumentos que diseñe y aplique el SIPINNA tendrán un efecto directo en el trabajo que realizan las procuradurías, facilitando los medios y mecanismos para cumpla con sus funciones.

En materia de acceso a la justicia, por ejemplo, las procuradurías pueden registrar la falta de adecuaciones necesarias para la participación de niñas y niños en los distintos casos que acompañan desde la representación jurídica, y la necesidad de contar con protocolos, personal o espacios adecuados para ello. Por tanto, los representantes jurídicos invierten tiempo en amparos o audiencias de control para solicitar las adecuaciones pertinentes, y eso retrasa los procesos de investigación penal.

31 Observación General no. 5 del Comité de los Derechos del Niño.

32 CIDH, *op. cit.* CDN, *op. cit.*

A partir de la información generada y reportada por las Procuradurías de Protección, los SIPINNA puede identificar la necesidad de hacer modificaciones legales y capacitaciones al personal ministerial para adecuar los procedimientos de participación infantil en diligencias de investigación.

Ahora bien, es necesario revisar cómo son aplicables los principios señalados en los apartados anteriores a las instituciones del sistema de protección de México, con la mirada desde el derecho de acceso a la justicia.

Cuadro 6. Aplicabilidad de los sistemas de protección en México

Principio	SIPINNA	Procuradurías de Protección
<p>Proactividad</p>	<p>Aún nos encontramos en una etapa de creación de los sistemas de protección, por lo que el trabajo que tienen por delante es muy amplio. México está en etapa de transformación hacia el modelo de protección y aún subsisten grandes problemas de política pública, armonización legislativa y acciones que permitan un efectivo ejercicio de derechos de las niñas y los niños en el país.</p> <p>En específico, en materia de acceso a la justicia, los grandes avances se han dado en el ámbito judicial, a partir de sentencias y jurisprudencias. Si bien es cierto que las reformas legislativas abrieron paso a muchas de las resoluciones, también lo es que el sistema de justicia sigue sin ajustar sus parámetros y condiciones a las necesidades infantiles y adolescentes.</p> <p>Es necesario impulsar el trabajo proactivo para diagnosticar y evaluar el acceso de la justicia para niñas, niños y adolescentes en el país, y a partir de ello impulsar los cambios estructurales que requiere en la materia.</p>	<p>Al igual que los SIPINNA, al tratarse de instituciones de reciente creación, es necesario contar con acciones que acerquen a la gente a conocer la procuradurías y sus funciones, y generar la confianza que permita que la gente acuda a la institución en caso de vulneración a sus derechos, o en caso de tener conocimiento de alguna situación de vulneración de derechos a cualquier niño, niña o adolescente.</p> <p>Los procedimientos de protección y restitución requieren de un primer paso de detección; para que eso suceda, la sociedad en general, las instituciones sociales y las autoridades deben conocer el trabajo de estas instituciones, y son las propias procuradurías quienes deben acercarse para informar a la ciudadanía.</p> <p>Asimismo, resulta necesario conocer el contexto del territorio de competencia para poder identificar a quienes pueden estar en riesgo.</p>

Principio	SIPINNA	Procuradurías de Protección
Actuación <i>ex officio</i>	<p>La afectación a derechos que viven las niñas y niños de México indican la necesidad de articular esfuerzos y buscar programas, políticas y acciones que den solución a problemas estructurales que no podrán resolverse caso por caso. Por tanto, los SIPINNA deben articular estrategias para encontrar soluciones de prevención y atención a las problemáticas más graves y generalizadas que afectan a los niños y las niñas del país y vulneran sus derechos.</p> <p>Ante situaciones como la pandemia de covid-19, o las caravanas migrantes, el papel de los SIPINNA para dar respuestas generales a los nuevos retos que enfrentan las autoridades para proteger los derechos de niñas y niños deben surgir sin necesidad, por iniciativa propia y atendiendo a los fines de su propia figura.</p>	<p>Ante cualquier situación de vulneración de derechos o de riesgo de vulneración, las procuradurías deben actuar para proteger y salvaguardar la integridad y los derechos del niño, niña o adolescente, sin esperar a que alguien haga una petición formal.</p> <p>La vida, integridad y seguridad de niñas, niños y adolescentes deben estar por encima de cualquier formalidad que pueda ser subsanada con posterioridad.</p> <p>En un contexto como el mexicano, en el que tantas niñas y niños viven en situaciones de violencia, pobreza, enfermedades y desigualdad, muchas veces las personas no identifican que están ante situaciones de vulneración, y normalizan sus condiciones. Por tanto, las procuradurías deben actuar para proteger, apenas conozcan el caso.</p> <p>Su actuación debe regirse por los principios de debida diligencia, interés superior, igualdad y tomando en cuenta la opinión del niño o niña.</p>
Articulación	<p>La idea del sistema de protección integral se sostiene por una lógica de articulación entre las autoridades que deben responder a sus obligaciones en materia de infancia y adolescencia.</p> <p>Los SIPINNA, a través de su Secretaría Ejecutiva, deben asegurarse de que todas las autoridades coordinen sus propios mecanismos, normativas y acciones para atender las necesidades de protección</p>	<p>El marco normativo especializado establece la obligación de protección y actuación de todas las autoridades frente a un caso de vulneración de derechos o riesgo de ello. Esto implica que las autoridades no pueden desconocer un caso de vulneración de derechos de cualquier niño, niña o adolescente. Debe darle atención y canalizarlo con la institución especializada, es decir, la Procuraduría de Protección.</p>

Principio	SIPINNA	Procuradurías de Protección
	<p>y garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes. Al mismo tiempo, resulta indispensable que las autoridades del Sistema coloquen en su foco de atención a la niñez y adolescencia como sujeto de derecho frente a quienes tienen obligaciones, y detecten las necesidades que la institución tiene para atender a esta población. Los SIPINNA son las entidades especializadas en infancia que deberán buscar estrategias y recomendaciones para subsanar esas carencias o falencias institucionales.</p> <p>Los SIPINNA no podrían funcionar si su mecánica articulada de instituciones desaparece. La Secretaría Ejecutiva no puede suplantar las funciones del Sistema en su totalidad, y no debe confundirse su naturaleza como órgano que opera las decisiones del Sistema.</p>	<p>Por otro lado, el trabajo esencial de las Procuradurías de Protección para la restitución de derechos es la coordinación de instituciones para que éstas brinden los servicios necesarios a las niñas y los niños que sufrieron afectaciones en sus derechos. Eso implica un trabajo de comunicación constante entre las autoridades que tienen obligaciones frente a niñas y niños para la atención de sus necesidades, y las procuradurías de atención.</p> <p>Resulta indispensable eliminar la tendencia de muchas procuradurías a brindar por sí mismas los servicios de atención, porque ello desvirtúa el carácter integral del sistema de protección.</p>
Accesibilidad	<p>Dos de los principios que rigen el modelo de protección integral de manera general, y los sistemas de protección de manera específica, son la participación de niñas, niños y adolescentes por un lado, y por el otro, la igualdad sustantiva.</p> <p>Esto implica dos cosas, por una parte, que un eje del trabajo de los SIPINNA siempre debe ser escuchar e incluir a niñas, niños y adolescentes desde los diagnósticos que realice, hasta el diseño y evaluación de sus políticas. La participación debe ser adecuada a las características de desarrollo, y debe ser siempre informando de manera clara y comprensible en qué consiste a niñas y niños.</p>	<p>Uno de los riesgos en que puede caer la Procuraduría de Protección es la actitud adultocentrista y tutelar. La primera se evita cuando se hace partícipe al niño o niña del procedimiento de protección. No solamente en la entrevista sino en la determinación de medidas y la evaluación y seguimiento de las mismas.</p> <p>La segunda implica poner como uno de los principios base la menor separación de la familia, y tener una visión integral y amplia de las medidas de restitución que se requieren para que niñas y niños gocen de sus derechos, esto significa en muchas ocasiones otorgar</p>

Principio	SIPINNA	Procuradurías de Protección
	<p>Por otra parte, la igualdad sustantiva impone a los SIPINNA la obligación de considerar las distintas realidades que atraviesan niñas y niños, atendiendo a sus contextos y condiciones particulares. Para ello debe echar mano de la coordinación territorial que va de lo municipal a lo federal, buscando que las políticas que genere garanticen el acceso efectivo a los derechos de todas y todos los niños y adolescentes a quienes se dirige.</p>	<p>medidas dirigidas a los familiares, para procurar fortalecer las capacidades de sus lazos filiales, y evitar la tendencia a la institucionalización de niñas y niños.</p> <p>Lo contrario implicaría colocarse en un modelo tutelar y objetivar al niño o niña.</p>
Seguimiento	<p>El marco normativo exige que todas las políticas, servicios, acciones, instrumentos y mecanismos que desarrollen los SIPINNA tengan un sistema de seguimiento y evaluación que permitan su mejora o modificación constante con la finalidad de ser efectivas para los fines desarrollados. El trabajo de la sociedad civil, la academia y los mismos niños o niñas en la exigencia de rendición de cuentas del trabajo de estas instituciones es indispensable para este principio.</p>	<p>Como se estableció, las procuradurías están obligadas a dar seguimiento a cada caso hasta el momento en que la totalidad de los derechos se ven restituidos. Verificar el cumplimiento de las medidas decretadas es obligación de las procuradurías y frente a este escenario también es exigible una actitud proactiva. El plan de restitución es un instrumento vivo que debe atenderse hasta que sea posible hacer un cierre del caso.</p>

Fuente: elaboración propia.

G. CONCLUSIONES

En la transición del modelo tutelar que suponía la doctrina de la situación irregular al modelo de protección, México ha dado pasos importantes en materia normativa y se encuentra en etapa de implementación de todo el diseño institucional para dar cumplimiento a sus obligaciones convencionales en la materia.

En sintonía con muchos países latinoamericanos, la instalación del sistema nacional de protección supone una apuesta importante para la garantía

de los derechos de niñas y niños. Sin embargo, los retos no son menores para el sistema. Por un lado, la situación que viven niñas y niños en el país en la actualidad está plagada de violaciones a sus derechos. Las cifras de violencia, de afectaciones a la salud y alimentarias y de falta de acceso a servicios básicos reflejan una situación de gravedad frente a la que el sistema, a partir de sus dos instituciones, debe dar respuestas urgentes. Estas respuestas deben guiarse por los principios que se revisaron en el documento.

En el ámbito normativo, los SIPINNA y las Procuradurías de Protección cuentan con las atribuciones necesarias, para cumplir con dichos principios y para atender a los estándares internacionales básicos en la materia en la legislación especializada. Pero es necesario resaltar que todavía existen graves rezagos en los códigos y leyes de otras materias que afectan a niñas y niños. Tal es el caso de los códigos civiles que preservan instituciones antagónicas a los principios de protección integral, tales como la patria potestad y la forma en que está regulada.

Además, los problemas se presentan en la ejecución, mismos que van desde la falta de recursos para cumplir adecuadamente con sus funciones, hasta la falta de conocimiento y capacitación por parte del funcionariado que es parte de esas mismas instituciones, pasando por el desdén de las propias instituciones que conforman el sistema.

A pesar de lo anterior, el Sistema de Protección Integral sigue siendo la mejor posibilidad de materializar el paradigma de la protección integral de niñas, niños y adolescentes, de tal manera que permee en el Estado la necesidad de cumplir con sus obligaciones, mirar y poner en el centro al niño o niña. Pero sobre todo, que las niñas, niños y adolescentes encuentren en las autoridades la posibilidad de ejercer sus derechos de manera accesible y adecuada, y en caso contrario, cuando sus derechos fueron afectados, que encuentren el posibilidad de justicia a través de un procedimiento especializado y adecuado que le impulse a restituir y reparar sus derechos.

H. CUADROS DE REFERENCIAS

Referencias legislativas
<p>Constitucional y tratados internacionales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1, y 4. • Convención sobre los Derechos del Niño artículos 3, 4, 19, 20 y 40. • Pacto de derechos civiles y políticos artículos 10 y 14. • Convención Americana de Derechos Humanos artículos 8 y 25. <p>Legislación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Artículos 114 a 139. • Leyes estatales de derechos de niñas, niños y adolescentes. (Títulos referentes a los sistemas de protección). • Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Artículos 11, 40, 41 48.
Referencias jurisprudenciales
<p>Suprema Corte de Justicia</p> <ul style="list-style-type: none"> • Amparo directo en revisión 1674/2014. Primera Sala. Ministro Ponente Arturo Zaldívar <p>Tribunales federales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vigésimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Queja 205/2019. Agosto de 2019 (sobre niñez migrante detenida en estaciones migratorias)
Otras referencias
<p>Sistema Universal de Derechos Humanos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5). 2003 <p>Sistema Interamericano de Derechos Humanos</p> <ul style="list-style-type: none"> • CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. 2017. <p>Unión Europea y Consejo de Europa</p> <ul style="list-style-type: none"> • Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. Council of Europe. 2010 • Child-Friendly Justice: Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States Publication year: Publisher(s): FRA, European Union Agency for Fundamental Rights. 2017.

Bibliografía

- Beloff, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular; un modelo para armar y otro para desarmar”, en *Los derechos del niño en el sistema de interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009.
- Castañer, Analía y otros, *Utilización de hijos e hijas en el conflicto parental y la violación de derechos del supuesto síndrome de alienación parental*, ODI, SCJN, 2014.
- Council of Europe (CE), *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, 2010. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/children/child-friendly-justice>.
- Comité sobre los Derechos del Niño (CDN), Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/5), 2003.
- CRIN, *Examples of child-friendly justice practices*, Legal Guides, Disponible en: <https://archive.crin.org/en/guides/legal/child-friendly-justice-and-childrens-rights/examples-child-friendly-justice-practices.html>.
- CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, 2017.
- Comunidad Protectora, Estudio regional sobre mecanismos comunitarios de protección contra las violencias. Características y Desafíos.
- Danieli, María Eugenia, *Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes : recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad*, Valle Messi, Mariela del y Danieli María, Eugenia (comp.), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2012.
- Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), 2020. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2020/>.
- Espinoza, Gerardo y Ferrera, Carolina, “¿Protección o captura de la infancia? Menos muros y más herramientas para el Sistema de Protección Integral a la Infancia”, *Entre Diversidades*, núm. 11, 2018.
- Fernández Molina, Esther y Blanco Martos, Beatriz, Avanzando hacia una “child-friendly justice”. Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española. Artículo 4/2015, julio-agosto (núm. 157), España, 2015.
- García Méndez, Emilio, *Infancia, ¿para dónde van sus derechos?*, Buenos Aires, Didot, 2017.
- González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación*, México, IIJ-UNAM, 2008.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Morlachetti, Alejandro, *Sistemas naciones de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, Chile, UNICEF, CEPAL, 2013.
- ODI, *El niño víctima del delito. Fundamento y orientaciones para una reforma procesal penal*, México, 2005.
- Pilotti, Francisco, *Globalización y Convención sobre los Derechos del niño: el contexto del texto*, CEPAL, 2001.
- REDIM. Balance anual 2020. El año de la pandemia y el abandono de la niñez en México. Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/2619-presentacion-del-informe-mexico-ante-el-comite-de-los-derechos-del-nino-de-la-onu>.

- SCJN. Amparo directo en revisión 1674/2014. Primera Sala. Ministro Ponente Arturo Zaldívar.
- STC, ¿Por qué son necesarios los sistemas de protección? Recomendaciones clave de Save the Children como respuesta al Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra Niñas y Niños. Save the children.
- STC, El Sistema de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) representa un gran avance del estado para la instrumentación de la política pública nacional en materia de protección y garantía de derechos de las niñas, niños y adolescentes, 2021. Disponible en: <https://www.savethechildren.mx/enterate/noticias/posicionamiento-sipinna>.
- UE, Child-Friendly Justice: Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States Publication year: Publisher(s): FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2017.
- UNICEF DIF, *Guía Práctica para la protección y restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes. Procedimiento*, México, 2017.
- UNICEF, *Hacia una medición de los sistemas de protección de la niñez en América Latina y el Caribe: Herramienta de indicadores*. PLAN, Save the Childre, World Vision, Unicef, 2018.
- UNICEF, *¿Cómo representar a niña, niños y adolescentes en procedimientos administrativos y judiciales? Manual práctico para el ejercicio de la representación de niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos administrativos y judiciales desde las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes*, México, 2019.
- UNICEF, *Necesaria reflexión sobre la importancia del Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*, 2020. Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/necesaria-reflexión-sobre-la-importancia-del-sistema-de-protección-integral-de>.
- UNICEF, *Informe anual 2020. México. Reimaginemos el futuro para cada niño, niña y adolescente*, 2021.
- World Vision, *Un enfoque de sistemas para la protección infantil. Un documento de debate de Visión Mundial*, World Vision Internacional, 2011.

Violencia hacia niñas, niños y adolescentes en contextos familiares

Mónica González Contró

SUMARIO: A. INTRODUCCIÓN; B. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL MODELO CONVENCIONAL/GARANTISTA; C. REPRESENTACIONES SOCIALES SOBRE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA; D. PROBLEMÁTICAS EN TORNO A LA VIOLENCIA HACIA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS FAMILIARES; I. Dificultad en la definición de la violencia en contextos familiares: el maltrato infantil; II. Dificultad en relación con la sujeción de niñas, niños y adolescentes a los deberes vinculados a la patria potestad; III. Niñas, niños y adolescentes sin cuidados familiares; E. MARCO JURÍDICO SOBRE EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA; I. La reforma de 2021 en materia de prohibición del castigo corporal y humillante; F. CONCLUSIONES: LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES FRENTE AL CASTIGO CORPORAL Y HUMILLANTE.

A. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que, sin duda alguna, ha marcado la evolución en el derecho de familia de las últimas décadas es el creciente protagonismo de los derechos humanos en los sistemas jurídicos. Una de las premisas consiste en asumir que cada persona es titular de derechos y éstos deben prevalecer en cualquier contexto. Además, existe un deber de los Estados de reconocer estos derechos en el marco constitucional y legal y de crear mecanismos para su garantía. Esto ha tenido como consecuencia que las distinciones clásicas entre derecho público y privado, así como la clasificación de diversas áreas del derecho, sean cada vez más difusas. El derecho privado no puede ignorar las condiciones de desigualdad entre las partes, y debe contemplar el respeto a los derechos humanos.¹ En el derecho de familia esta evolución ha sido especialmente relevante, pues se ha tenido que reconocer que el núcleo familiar se caracteriza por las relaciones de poder entre integrantes claramente desiguales. Este poder

1 El derecho familiar ha evolucionado a partir del reconocimiento de los derechos de las mujeres y de las NNA, *cfr.* González Contró, M., “Derecho de familia”, en García Ramírez, S. (coord.), *El derecho en México: Dos Siglos (1810-2010)*, Tomo IV, pp. 51-96, México, UNAM, Porrúa, 2010.

es fáctico, pero también jurídico, especialmente en el caso de las hijas e hijos a través del ejercicio de la patria potestad, que confiere, tal como su nombre lo indica, derechos y obligaciones respecto de niñas, niños y adolescentes (NNA).

En este sentido, durante las últimas décadas el derecho ha sido transformado sustancialmente a partir del reconocimiento de NNA como titulares de derechos. Como se explicará en el siguiente apartado, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y el proceso de armonización legislativa implicaron una ruptura epistémica, incluso paradigmática,² respecto de los derechos de NNA en todos los ámbitos. Significó el reconocimiento de su calidad de personas y por ello titulares de derechos, y su incursión como sujetos del derecho público, en concreto, del derecho constitucional. Sin embargo, los cambios constitucionales no siempre alcanzan a toda la legislación y, desde luego, el proceso de transformación social resulta mucho más complejo y lento.

En la actualidad, México, en lo que se refiere a los derechos de NNA, cuenta con un sistema de derechos humanos de fuente internacional relativamente completo,³ un marco constitucional de fuente nacional contradictorio y parcial —especialmente el artículo 4 constitucional— y una legislación de grandes contrastes; por una parte, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), que recoge los derechos reconocidos en los tratados internacionales y leyes locales de derechos en su mayoría buenas, pero con una legislación en materia familiar que responde a un modelo contrario a los derechos humanos.

Por otra parte, en el campo de las representaciones sociales hay fuerte resistencia a asumir a NNA como titulares de derechos. Estas percepciones desde luego explican también las dificultades relativas al proceso de armonización legislativa, pues quienes crean las leyes comparten los prejuicios sociales.

Lo anterior tiene implicaciones muy importantes en materia de violencia hacia NNA en el ámbito familiar. La violencia como método para educar estuvo permitida durante muchos años y sigue siendo una práctica

2 Algunos autores hablan de un nuevo paradigma a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño en la medida en que rompe con el modelo de tratamiento jurídico hacia la infancia y adolescencia.

3 Es relativamente completo porque no se ha ratificado el tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

común que no ha sido posible erradicar. Las acciones para garantizar el derecho a una vida libre de violencia deben, necesariamente, ser multidimensionales. No resulta suficiente la modificación de las leyes —que ha sido muy reciente—, sino que es necesario cambiar creencias y actitudes. En este rubro se abren varios debates sobre las herramientas jurídicas para garantizar el derecho, para ello es necesario entrar a un análisis de la legislación vigente y de algunas percepciones sociales fuertemente arraigadas que constituyen obstáculos para la protección del derecho a una vida libre de violencia.

Este texto se estructura de la siguiente manera: primero, se expone el modelo de tratamiento jurídico hacia la infancia y adolescencia derivado de la CDN; después se muestran algunos datos sobre percepciones sociales relativas a los derechos de NNA; posteriormente se plantean algunas problemáticas en relación con la violencia hacia NNA en contextos familiares, se presenta el marco jurídico relativo a la violencia hacia NNA en México con un análisis sobre la reforma en materia de castigo corporal y humillante de 2021, y finalmente se exponen algunas conclusiones.

B. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL MODELO CONVENCIONAL/GARANTISTA

Los sistemas jurídicos contemporáneos están contruidos, desde hace más de 200 años, sobre la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos. La calidad de ciudadanía, en un sentido restringido, es lo que determina la titularidad de derechos. Quien detenta la ciudadanía tiene acceso a los derechos, mientras que las personas no-ciudadanas son excluidas de éstos. El derecho de familia ha sido fundamental para mantener este modelo excluyente, utilizando, en sus inicios, la sumisión de los integrantes del grupo familiar a la potestad del jefe de familia⁴ y, posteriormente y a causa del reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres, a través del ejer-

4 El concepto de “jefatura de familia” sigue siendo utilizado en la actualidad, pese a su anacronismo. La diferencia es que se acepta que las mujeres pueden ser jefas de familia. En el cuestionario para el Censo 2020 del Inegi en la pregunta sobre el número de personas que viven en una vivienda se le pide a la persona que empiece por la jefa o jefe. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fen.www.inegi.org.mx%2Fcontenidos%2Fprogramas%2Fcpv%2F2020%2Fdoc%2FCenso2020_cuest_basico.pdf&cflen=969698&chunk=true.

cicio de la patria potestad.⁵ Durante siglos, las personas menores de edad no tenían derechos más que en su calidad de hijas e hijos, y cuando eran abandonados o entraban en conflicto con la ley se sometían a un régimen jurídico diferenciado. A esto se le ha identificado como la doctrina de la situación irregular, que distinguía entre *menores* y *niños*.⁶ La legislación se dirigía a los *menores* por encontrarse en situación de abandono o por haber cometido un delito o infracción; los *niños* carecían de derechos más allá de aquellos derivados de la patria potestad, que más bien era entendida como una obligación de los progenitores.⁷ Este modelo se identifica como minorista-privatista, pues considera a NNA como *menores* y los coloca en el ámbito del derecho privado, entendido en éste el derecho familiar.

La CDN supone una ruptura con el modelo imperante. Este instrumento internacional reconoce, con ciertas condiciones específicas, a NNA como titulares de derechos e identifica a quienes se encuentran obligados a garantizarlos. La CDN no sólo amplía los derechos de manera sustantiva, sino que impone un modelo de tratamiento jurídico hacia las personas menores de edad que implica una forma modalizada de ciudadanía y, en ese sentido, una ruptura epistémica en las ciencias jurídicas, pues conlleva replantear aspectos fundamentales, como la distinción entre el derecho público y el privado, el derecho familiar, la ciudadanía, la capacidad jurídica, la participación, por mencionar algunos. Como ocurre con cualquier cambio de gran envergadura, el desarrollo no ha sido lineal y estamos ante un proceso inacabado, con reformas constitucionales, legales y sociales de características diversas, pero aún distantes de alcanzar lo que la CDN establece.⁸

5 Elva Cárdenas propone sustituir en la legislación la figura de la *patria potestad* por la *responsabilidad parental*, como han hecho otros países de la región, Cárdenas Miranda, E. L., “La patria potestad a la luz de la Doctrina de la Protección Integral”, Miramón Parra, J. A. (coord.), *Maestras de la Facultad de Derecho. Facultad de Derecho*, pp. 191-213, UNAM, 2019.

6 García Méndez, E., *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, p. 20, México, Fontamara, 2007.

7 Un buen ejemplo de esta doctrina es la redacción del artículo 4 constitucional de 1980. Éste constituye el primer antecedente de los derechos de niñas y niños en la Constitución (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 1980, como resultado del Año Internacional del Niño, proclamado por la Organización de Naciones Unidas en 1979) y establecía lo siguiente: “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”.

8 Es necesario mencionar que, aun cuando la CDN es muy avanzada, la labor del Comité de los Derechos del Niño ha sido fundamental para sostener una interpretación progre-

De la CDN deriva el modelo convencional-garantista de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia. Así, las normas deben apegarse a los contenidos de la CDN —en este sentido es *convencional*— y deben garantizar los derechos reconocidos en ésta —por ello, *garantista*—; esto supone considerar a todos los NNA como personas titulares de derechos e identificar claramente las obligaciones correlativas para dar efectividad a estos derechos. Contrasta con el modelo anterior en la medida en que el presupuesto es completamente diferente, pues considera los derechos de NNA como derechos humanos y, por tanto, objeto de tutela constitucional. A continuación, se presenta un cuadro en el que se destacan algunos elementos de cada uno de los modelos.

Cuadro 1. Elementos de los modelos de protección

	Modelo minorista-privatista	Modelo convencional-garantista
1.	Utiliza el término <i>menor</i> .	Utiliza los términos <i>niñas, niños y adolescentes</i> , o genéricamente <i>niño</i> . En ocasiones se utiliza la palabra <i>infancia</i> para hacer referencia a los derechos colectivos.
2.	Impone obligaciones a algunos actores: padres, maestros, tutores, autoridades.	Reconoce derechos de NNA e identifica las obligaciones correlativas a los derechos y a los sujetos obligados.
3.	Las obligaciones están vagamente formuladas, dejando un gran margen a la interpretación del agente encargado de proteger al “menor”.	Los alcances de los derechos están claramente delimitados, en especial, los relacionados con el ejercicio de las obligaciones correlativas.
4.	No se cumple con los derechos de la CDN, por ejemplo, no se reconoce el derecho de la niña o niño a expresar su opinión.	Recoge los derechos de la CDN y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos: recoge los principios identificados por el Comité y desarrolla la forma de interpretarlos y aplicarlos.
5.	Puede reconocer derechos, pero no hay un medio para exigir su reparación en caso de vulneración.	Se contempla un mecanismo accesible, así como las obligaciones y procedimientos concretos en caso de vulneración del derecho.

siva sobre los derechos de NNA a través de sus observaciones generales.

	Modelo minorista-privatista	Modelo convencional-garantista
6.	Puede tratarse de una ley con un catálogo amplio de derechos, pero no se establecen los medios para que NNA puedan hacerlos efectivos, bien porque no hay un mecanismo, por la ausencia de la instancia correspondiente o porque no es accesible.	Contempla claramente los mecanismos para hacer efectivos los derechos, así como que éstos estén en un lugar accesible al niño, tengan personal especializado que permita expresarse al niño en su propio lenguaje.
7.	Presupone que el “menor” se encuentra dentro del ámbito privado y, por tanto, el Estado no tiene más que una pequeña intervención en la garantía de los derechos.	Presupone que el Estado debe actuar como un agente activo y promotor del cumplimiento de los derechos. Para ello utiliza medios para combatir los estereotipos, adecua la legislación y provee servicios públicos.
8.	En el ámbito familiar, responde a un modelo tradicional de familia, en el que solo se consideran como tales los entornos tradicionales, ^A excluyendo otro tipo de cuidados —como las modalidades alternativas formales e informales—. El resultado es que hay una separación entre la regulación de las instituciones de cuidado y la familia, estando las primeras en el ámbito administrativo y las segundas en el civil o familiar.	Ubica en el centro el derecho de NNA a un ambiente familiar y contempla las modalidades de cuidado de acuerdo con los instrumentos internacionales.

Las características del modelo minorista-privatista en contraste con el modelo convencional-garantista fueron publicadas en González Contró, M. y Padrón Innamorato, M., *op. cit.*, con excepción del rubro 8 relativo al ámbito familiar.

^A Por *familia tradicional* me refiero a cualquier tipo de composición familiar formal, es decir, aquella en la cual alguien ejerce la patria potestad y otros están sujetos a ésta. Incluye familias heteroparentales, monoparentales, homoparentales, reconstituidas, formadas mediante adopción, etc.

Fuente: González Contró, M. y Padrón Innamorato, M., “¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?”, en Pérez Contreras, M. M., et al., *Temas selectos de vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes*, pp. 3-24, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.

En el caso de México coexisten ambos modelos, tanto en la Constitución como en la legislación.⁹ El artículo 4 constitucional reconoce de manera

⁹ Un buen ejemplo de la coexistencia de los dos modelos es el Código Civil Federal, que utiliza ambos términos —menor y niñas y niños— y tiene disposiciones que corresponden a ambos modelos.

parcial algunos derechos de la CDN¹⁰ y menciona únicamente uno de los cuatro principios de ésta: el interés superior de la niñez.¹¹ En la formulación constitucional no se incluye el derecho a una vida libre de violencia.

Uno de los problemas, en lo que corresponde a la violencia contra NNA, fue que a la ratificación de la CDN y la reforma al artículo 4 constitucional no le siguió un proceso de armonización legislativa en materia familiar. En 2000 se publicó la Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que si bien representó una herramienta para la argumentación jurídica en algunos casos de violencia familiar, no tuvo un efecto suficiente en la legislación familiar y en concreto en materia de maltrato. Por otra parte, dicha ley carecía de mecanismos de eficacia y supervisión y no logró impactar lo suficiente en la legislación familiar, que corresponde a las entidades federativas. Por ello, en 2011 se reformó el artículo 73 de la Constitución, lo que dio lugar a la aprobación de la LGDNNA, a la creación del Sistema Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) y de la Procuraduría de Protección federal, así como a la aprobación de leyes locales, sistemas y procuradurías estatales y municipales.

Otra situación problemática derivada de la forma en que México ha interpretado los derechos de la CDN se refiere a NNA que viven en instituciones y a quienes no se incluye en el concepto de violencia familiar, pese a que las leyes recientes hablan del derecho a un ambiente familiar en entornos de acogimiento residencial. La legislación es contradictoria, pues coexisten normas que obedecen a una visión tradicional de familia, mien-

10 El artículo 4 constitucional establece que niñas y niños “tienen derecho a la tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”, lo que contrasta con los 54 artículos de la CDN que constituyen el modelo convencional-garantista, *cf.* González Contró, M. y Padrón Innamorato, M., “¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?”, en Pérez Contreras, M. M., et al., *Temas selectos de vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017, pp. 3-24. Ello resulta problemático, pues a la luz del criterio de la validez de las restricciones constitucionales sobre los tratados internacionales, se puede interpretar que prevalece sobre la CDN que quedó incorporada al parámetro de regularidad constitucional a partir de la reforma al artículo 1 constitucional en 2011.

11 El principio del “interés superior del niño” fue identificado por el Comité de los Derechos del Niño, que señaló que la CDN contiene tres principios más: no discriminación, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y respeto a los puntos de vista del niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 2011.

tras que otras consideran que NNA en entornos institucionales deben tener un ambiente familiar. El problema es que en México no se ha garantizado el derecho de NNA a vivir en familia. El derecho en México sigue teniendo *menores*.

Finalmente, como se explicará a continuación, una de las principales dificultades para hacer efectivos los derechos de las personas durante la minoría de edad es precisamente la forma en que se percibe a NNA en el ámbito social. Hay fuertes resistencias a considerarlos como personas titulares de derechos y una muy arraigada idea de la violencia como una herramienta legítima para ejercer los deberes derivados de la patria potestad.

C. REPRESENTACIONES SOCIALES SOBRE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Uno de los principales obstáculos para la vigencia plena de los derechos de NNA y en concreto del derecho a una vida libre de violencia son las representaciones sociales sobre la infancia y la adolescencia. La forma en que las personas adultas perciben a NNA tiene repercusiones tanto en el tratamiento jurídico hacia la infancia y adolescencia como en la forma en que se aplican los derechos. Es decir, la legislación constituye un reflejo de las percepciones sociales al tiempo que las refuerza, pero, además, cuando hay un cambio de modelo, como ocurrió con la CDN, subsisten las prácticas sociales, ya sea porque las personas desconocen la legislación o porque piensan que realmente no les obliga. En el caso de NNA nos encontramos con una doble problemática que agrava esta situación: la falta de representación política que permita reivindicar los derechos y la sujeción misma a la patria potestad, que deposita en quienes la detentan y pueden ser contrarios a los intereses de NNA la representación legal para el ejercicio de los derechos, por ello, la LGDNNA creó la figura de la representación coadyuvante o en suplencia, pero sus alcances son aún muy limitados en el país.

Aún con el avance en el discurso sobre los derechos humanos y las importantes reformas en la materia, existe un importante sector de la población que se resiste a aceptar a NNA como titulares de derechos. Así lo muestra la encuesta “Los mexicanos vistos por sí mismos”.¹² A la pregunta

12 Fuentes Alcalá, y otros, “Conocimientos, ideas y representaciones acerca de niños, adolescentes y jóvenes. ¿Cambio o continuidad? Encuesta Nacional de Niño, Adolescentes y Jóvenes”, en *Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales*, Ins-

“¿Usted cree que los niños deben tener ...?”, 65.9% de las personas respondió “Los derechos que les da la ley”; 26%, “Los derechos que sus padres les quieran dar”, y 5.3%, “Los niños no tienen derechos porque son menores de edad”. En el caso de los adolescentes, 71.2% opina que deben tener los derechos que les da la ley; 21.6%, los derechos que sus padres les quieran dar, y 3.7, que no tienen derechos porque son menores de edad. Como se puede apreciar, pese a los cambios en el marco jurídico, aún persiste en el imaginario social un importante porcentaje de la población (más de 3 de cada 10 personas) que niegan a NNA la calidad de personas y, por tanto, titulares de derechos, que les reconoce el artículo 1 constitucional y la CDN. Sin este reconocimiento y un conocimiento del marco jurídico resulta muy complejo construir la garantía de los derechos de NNA.

Por otra parte, si exploramos las opiniones sobre otros derechos reconocidos a NNA (y que, por tanto, corresponden al modelo convencional-garantista), es posible advertir que la situación es aún más problemática. Sólo 4 de cada 10 personas están de acuerdo en que NNA tienen derecho a participar en la sociedad como cualquiera, 3 de cada 10 piensan que deberían tomarse en cuenta sus opiniones en las decisiones políticas que afectan al país y 6 de cada 10 opinan que deben ser considerados como ciudadanos.¹³

El caso de la violencia hacia NNA es una clara muestra de la forma en la que las representaciones sociales moldean la ley. Ya desde 2006 se había hecho notar que la falta de una prohibición legal explícita es una muestra de la aceptación social de la violencia hacia NNA.¹⁴ Las percepciones sociales confirman esta afirmación. En el caso de México, a la pregunta “En su opinión, ¿cuándo se justifica pegarle (golpear) a un niño?”, las respuestas

tituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015. Disponible en: <http://www.losmexicanos.unam.mx/ninosadolescentesyjovenes/index.html>. La inclusión de un módulo dedicado a las percepciones sociales sobre NNA es, en sí misma, inédita. En 2010 se había hecho una pregunta idéntica con similares resultados en la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2010, Encuesta Nacional sobre Discriminación 2010 (ENADIS), Resultados generales, Conapred, 2011, p. 20. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmn-nnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conapred.org.mx%2Fdocumentos_cedoc%2FEnadis-2010-RG-Accss-002.pdf&cflen=2546506&chunk=true. Desafortunadamente no hay estudios recientes que nos permitan ver si se ha dado un cambio en las percepciones sociales.

13 Fuentes Alcalá, y otros, *op. cit.*

14 Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas* (2006), A/61/299, 29 de agosto de 2006.

fueron las siguientes:¹⁵ “Cuando se porta mal”, 40.2%; “Cuando es necesario para educarlo”, 25.3%; “Cuando pone en peligro su vida”, 20.4%.¹⁶ La respuesta “Nunca se le pega” contó con tan sólo 13.4% de respuestas.¹⁷ Esta última es, desde luego, la única opción compatible con los derechos humanos de NNA.

Lo anterior confirma que las violencias física y psicológica son consideradas por la población mexicana como formas justificadas para corregir y educar. Por ello resultaba indispensable la prohibición expresa del castigo corporal y humillante en la LGDNNA y el Código Civil Federal (CCF), con una adecuada descripción, para ir avanzando hacia su erradicación. Pero es evidente que, por las mismas razones, las reformas no son suficientes, tanto porque resultan contradictorias de las percepciones sociales, pero también de otras normas de la legislación federal (el mismo CCF), y de las leyes locales.

Una última reflexión. La normalización social del castigo corporal como forma de corrección y herramienta educativa no supone necesariamente la intención de las personas adultas de infligir un daño. Por el contrario, las percepciones sociales muestran que se utiliza porque se cree necesario para un fin legítimo e incluso un deber jurídico vinculado con la patria potestad, tutela, custodia o labores de cuidado. De ahí lo complejo que resulta su erradicación, pero también la ruta para la transformación social. Resulta indispensable sensibilizar a la población de que el castigo y toda forma de violencia no sólo resulta innecesaria, sino que es perjudicial para el desarrollo de cualquier NNA. Es necesario generar en la sociedad, especialmente en padres, madres y personas cuidadoras, habilidades de crianza que permitan educar sin violencia y enseñar prácticas que sustituyan el castigo y sean respetuosas de los derechos de NNA. Las reformas son un buen punto de partida, pero la garantía de los derechos exige mucho más.

15 Se trata de una respuesta múltiple, por lo que los resultados no suman 100%.

16 La opción “Cuando no quiere obedecer” tuvo 15.3% de respuesta afirmativa (lo que la coloca en quinto lugar). En la ENADIS 2017 el grado de aceptación de la conducta “Pegarle a un niño o niña para que obedezca” fue 1.5% “mucho”; 5.6, “algo”; 17.6%, “poco”, y 75.1%, “nada”, Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017 (ENADIS), Prontuario de resultados, Ciudad de México, Segob, Conapred, Conacyt, CNDH, UNAM, INEGI, 2018, p. 83. Las diferencias pueden explicarse debido a la formulación de la pregunta (las personas tenían menos opciones de justificación del castigo corporal), sin embargo, confirman la normalización de la violencia como forma de educar.

17 Fuentes Alcalá, y otros, *op. cit.*

D. PROBLEMÁTICAS EN TORNO A LA VIOLENCIA HACIA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS FAMILIARES

Como se mencionó, uno de los principales problemas en relación con la violencia hacia NNA en contextos familiares deriva de la coexistencia de visiones de sus derechos, lo que se refleja en percepciones sociales que se resisten a su reconocimiento como titulares de derechos y justifican el castigo corporal como herramienta de crianza. Pero existen además algunos otros nudos problemáticos relacionados en el derecho de NNA a la integridad física y emocional: la dificultad de definir el maltrato infantil, la sujeción a los deberes vinculados con la patria potestad y los NNA sin cuidados familiares. A continuación, se abordará cada una.

I. Dificultad en la definición de la violencia en contextos familiares: el maltrato infantil


En lo que se refiere a la violencia es necesario identificar, en primer término, que el derecho a una vida libre de violencia incluye la integridad física y psicológica, pero va mucho más allá, pues debe interpretarse como la satisfacción de todos sus derechos, atendiendo al interés superior de la niña y el niño.¹⁸ En este sentido, el maltrato infantil y adolescente constituye un continuo¹⁹, en el que se ubica en un extremo la garantía de todos los derechos y en el otro las prácticas intolerables, como aquellas recogidas en la legislación penal. En los puntos intermedios de este continuo hay conductas que entran en una zona gris. Sin embargo, en el universo de la violencia podemos distinguir dos formas que ocurren en el ámbito familiar: el castigo corporal y humillante, contemplado en la legislación civil, y aquellas que constituyen delitos, previstas en la legislación penal.

El enfoque de derechos de NNA obliga a considerar la violencia atendiendo a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional. En este sentido, es preciso reconocer los diferentes tipos de maltrato dependiendo del contexto en el que ocurren.

18 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013.

19 Espinosa, M. A., & Ochaíta, E. (2000). Necesidades Infantiles y Adolescentes y Maltrato. *Psykhé*, 9(2). p. 3 Recuperado a partir de <http://www.revistaaisthesis.uc.cl/index.php/psykhe/article/view/20489>.

Cuadro 2. Tipos de violencia

	<p>Familiar. Es la violencia que ocurre en los contextos familiares. Una de sus manifestaciones es el castigo corporal y humillante, aunque desde luego no es la única. En general podemos identificar el maltrato familiar como la negativa a satisfacer los derechos, teniendo la posibilidad de hacerlo.</p>
	<p>Escolar. En el entorno de la educación formal. Es relevante ya que, desde el contexto cultural e histórico, hay una obligación de que NNA vayan a la escuela. Además de la violencia que pueden ejercer maestras y maestros en el ámbito escolar, también constituye maltrato escolar la permisividad respecto de la violencia entre el alumnado y, en general, cualquier circunstancia que impida el pleno ejercicio de los derechos en el ámbito educativo, incluidos aspectos como la formación del personal docente o la infraestructura escolar.</p>
	<p>Institucional. Es aquella atribuible al Estado cuando no garantiza los derechos (por ejemplo, la salud o la educación), pero también cuando no genera las condiciones para que la sociedad incorpore en sus prácticas el buen trato.</p>
	<p>Estructural. Existe cuando los sistemas económicos, sociales o políticos producen como consecuencia la violación de los derechos de NNA. Puede tratarse de sistemas formales e informales y trascender a los estados. Como ejemplo podemos citar las condiciones que favorecen el trabajo infantil, la migración de niñas y niños no acompañados o la falta de reconocimiento de la ciudadanía.</p>
	<p>Legal. Implica el incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto de la garantía de los derechos, que puede reflejarse, por ejemplo, en la falta de un marco jurídico adecuado para la garantía de los derechos o en la ausencia de mecanismos accesibles para la justiciabilidad de los derechos.</p>
	<p>Misopedia. Actitud generalizada y socialmente aceptada de discriminación hacia NNA. Ésta se expresa en actitudes como la negativa a reconocerlos como titulares de derechos, el no considerarlos actores sociales y políticos relevantes, o al hacer expresiones denigrantes, por ejemplo, menospreciar a una persona comparándola con un niño: “eres infantil” o “pareces niña”.</p>

Fuente: González Contró, M., “Maltrato infantil”, *Diccionario de injusticias*, UNAM, en prensa.

II. Dificultad en relación con la sujeción de niñas, niños y adolescentes a los deberes vinculados a la patria potestad

La segunda problemática vinculada con la violencia hacia NNA en contextos familiares deriva de la condición jurídica de las personas menores de edad y su sujeción a la patria potestad. La patria potestad conlleva la representación legal de NNA en cualquier proceso jurídico, debido a la incapacidad que se atribuye a las personas menores de edad. Esto tiene como consecuencia, en la violencia en las familias, un claro conflicto, pues puede darse el caso de que sea la misma persona la que vulnera derecho que la que tiene la obligación de denunciarlo. Lo anterior, sumado a la normalización de la violencia como práctica de crianza, coloca a NNA en una situación de gran vulnerabilidad.

Para resolver esta situación de conflicto, la LGDNNa contempla una representación jurídica para NNA de manera complementaria o supletoria a la de padres o tutores y la asigna a las Procuradurías de Protección. La ley prevé tres tipos de representación

Cuadro 3. Tipos de representación

Representación originaria	Corresponde a quienes ejercen la patria potestad o tutela (art. 4, fr.XXII).
Representación coadyuvante	Se ejerce por la Procuraduría de Protección competente (art. 121 y 122, fr. II) de manera oficiosa en los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en que participen NNA, sin perjuicio de la intervención que corresponda al Ministerio Público (art. 4 fr. XXI). También opera la representación coadyuvante en los procedimientos civiles o administrativos promovidos por quienes ejercen la patria potestad, tutela, guarda o custodia relativos a las violaciones al derecho intimidad personal y protección de datos personales cometidos por medios de comunicación (art. 80). El artículo 106 establece la obligación de las autoridades —en general— de garantizar que se dé intervención a la Procuraduría de Protección competente para el ejercicio de la representación coadyuvante, aunque no está muy bien definido cuándo es obligatorio dar intervención a la Procuraduría de Protección .
Representación en suplencia	Se ejerce por la Procuraduría de Protección competente (art. 121 y 122, fr. II) en procedimientos jurisdiccionales y administrativos (art. 4, fr. XXIII) en los siguientes casos: a falta o por determinación judicial de quienes ejerzan la representación originaria; cuando existan indicios de conflicto de intereses entre quienes ejercen la representación originaria; la representación originaria sea deficiente o dolo-

Representación originaria	Corresponde a quienes ejercen la patria potestad o tutela (art. 4, fr.XXII).
	sa; a petición del Ministerio Público, de la Procuraduría de Protección competente o de oficio por el órgano judicial o administrativo que conozca de cualquier asunto que afecte derechos de NNA (art. 106). Lo anterior sin perjuicio de la intervención que corresponda al Ministerio Público. Corresponde el derecho a la representación en suplencia para NNA en procesos migratorios (art. 92, fr. VIII).

Fuente: Elaboración propia a partir de la LGDNNA.

La figura de la representación coadyuvante y en suplencia que ejerce la procuraduría de protección competente es muy relevante en materia de violencia hacia NNA en entornos familiares. La representación coadyuvante tiene como objetivo garantizar el interés superior de NNA en cualquier procedimiento, con una perspectiva distinta a la de padres, madres o personas cuidadoras que pueden estar involucrados en un conflicto. Tal figura parte de la presunción de que éstos pueden no representar adecuadamente los intereses de NNA y, por tanto, la Procuraduría tiene el papel de garante de estos derechos. La representación en suplencia debe darse cuando se ha detectado ya un conflicto de interés o una violación a los derechos de NNA en el entorno familiar. Esta función de la Procuraduría de Protección reconoce precisamente la vulnerabilidad en que se encuentran NNA por su posición en el ámbito familiar, y la obligación de garantizar sus derechos.

Pese al gran avance que supone la creación de las figuras de representación coadyuvante y representación en suplencia, hay aún importantes retos. En primer lugar, la detección temprana de los casos, pues en muchas ocasiones la intervención de la Procuraduría de Protección se da cuando ya se han vulnerado los derechos. En segundo lugar, la estructura de las Procuradurías es aún insuficiente para las competencias asignadas, especialmente en las entidades federativas.

III. Niñas, niños y adolescentes sin cuidados familiares

Otro de los problemas vinculados al derecho familiar en relación con la violencia hacia NNA consiste precisamente en asumir que todos viven en una familia en sentido tradicional. La legislación está construida sobre esta presunción —propia del modelo minorista privatista—, excluyendo a quienes viven en contextos diversos. En este caso se encuentran NNA que viven en instituciones de asistencia social; las causas por las que llegan a

vivir ahí son diversas, así como la situación jurídica en la que se encuentran. Por otra parte, hay también NNA en situaciones no amparadas bajo una figura jurídica de derechos y obligaciones derivados de la patria potestad o la tutela. Un ejemplo de lo anterior son quienes viven con pares en situación de calle. Otros casos se presentan cuando ambos progenitores migran y dejan al NNA al cuidado de otra persona, que no necesariamente tiene una relación de parentesco ni formaliza su vinculación a través de la figura de la tutela o el acogimiento familiar.

Como se mencionó, la visión anterior a la CDN establecía regímenes diferenciados entre las personas menores de edad dependiendo de su inclusión en un núcleo familiar en el sentido tradicional. La CDN plantea un modelo nuevo, pues, a partir del reconocimiento de todo NNA a un entorno familiar, establece obligaciones del Estado para quienes están privados de cuidados familiares. Así, atendiendo a una interpretación expansiva de los derechos, sería imperativo afirmar que la violencia familiar puede darse en contextos no identificados desde una perspectiva formal como familia.

E. MARCO JURÍDICO SOBRE EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Como se verá en la exposición de las diversas disposiciones que constituyen el marco normativo del derecho a una vida libre de violencia, la legislación es contradictoria y confusa, lo que hace necesaria una revisión integral. Se explicará con más detalle la reforma de 2021 sobre la prohibición del castigo corporal y humillante, ya que corresponde a conductas normalizadas socialmente, que en muchos casos ni siquiera se consideran como una forma de violencia.

A continuación, se presentan cuadros con la legislación relativa a la violencia hacia NNA en contextos familiares:

Cuadro 4. Marco constitucional

Convención sobre los Derechos del Niño	Arts. 5, 18, 19 y 39
Constitución mexicana	Arts. 1 y 4 ^A
<p>^A El artículo 4 constitucional no menciona específicamente el derecho a la protección contra la violencia y limita la obligación de padres, madres y cuidadores a preservar y exigir el cumplimiento de los cuatro derechos (necesidades) mencionados en el texto constitucional. En este sentido, hay una débil protección constitucional de un derecho de enorme importancia, que refleja además los prejuicios sociales hacia la normalización de la violencia hacia NNA en las familias.</p>	

Cuadro 5. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

<p>Título primero: De las disposiciones generales</p>	<p>Artículo 2. Derecho a una vida libre de violencia como principio rector (fr. XIII), corresponsabilidad entre los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades (fr. IX).</p> <p>Artículo 6. Universalidad, interdependencia,^A indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos (fr. II).</p>
<p>Título segundo: De los derechos de niñas, niños y adolescentes</p>	<p>Artículo 13. Derecho a vivir en familia (fr. IV); derecho a una vida libre de violencia y a la integridad corporal (fr. VIII).</p> <p>Capítulo Cuarto: Del Derecho a Vivir en Familia.</p> <p>Artículo 22. Obligación de establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de NNA de sus familias.</p> <p>Capítulo Octavo: Derecho de Acceso a una Vida Libre de Violencia y a la Integridad Personal</p> <p>Artículo 46. Derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia</p> <p>Artículo 47. Obligación de las autoridades de tomar todas las medidas necesarias obligaciones correlativas de las autoridades de tomar todas las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos de violencia en contra de NNA (Tipos de violencia fr. I-VIII).</p> <p>Artículo 48. Obligación de las autoridades de promover la recuperación física y psicológica y la restitución de derechos de NNA que hayan sido víctimas de violencia</p>
<p>Título tercero: De las obligaciones</p>	<p>Capítulo Único: De quienes ejercen la Patria Potestad, Tutela o Guarda o Custodia de Niñas, Niños y Adolescentes</p> <p>Artículo 103. Obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela, guarda, custodia o cualquier otra labor de cuidados de NNA: asegurar un entorno afectivo y libre de violencia (fr. V); protegerles en contra de cualquier forma de violencia o maltrato (fr. VII); y abstenerse de cualquier atentado contra su integridad (fr. VIII).</p>
<p>^A Para Serrano la interdependencia significa que los derechos dependen unos de otros para su realización, y la indivisibilidad es contraria a la “separación, categorización o jerarquía entre los derechos”, Serrano, S., “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en Ferrer Mac-Gregor, E. et al. (coords.), <i>Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana</i> t.1, pp. 89-132, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 98.</p>	

Atendiendo a los criterios para la resolución de antinomias, la LGDNNA debería prevalecer sobre el CCF, y las leyes estatales, sobre los códigos locales. En primer lugar, porque se trata de una ley especial respecto de los códigos civiles, pero además por un criterio de temporalidad,²⁰ debido a que, en general, son posteriores a la legislación civil. Por otra parte, deberían prevalecer atendiendo a la cláusula *pro persona* y de interpretación conforme²¹ del artículo 1 constitucional,²² ya que la LGDNNA y las leyes locales son más protectoras del derecho de NNA a una vida libre de violencia que la legislación familiar. Sin embargo, estos criterios no fueron suficientes para que las personas operadoras del sistema de justicia, y la sociedad en general, asumieran como una obligación correlativa a los derechos reconocidos en las leyes especiales de NNA la erradicación del castigo corporal y humillante como forma de ejercicio de la patria potestad o herramienta educativa. Por ello fue necesaria una reforma que prohibiera expresamente el castigo corporal y humillante, como se expone más adelante.

20 Desde luego, la reforma al CCF es posterior a la LGDNNA en su redacción original, pero el argumento es que el derecho a la integridad física y psicológica prevalecía desde la publicación de la LGDNNA y no era estrictamente necesaria la reforma al CCF.

21 Para José Luis Caballero, las cláusulas *pro persona* y de interpretación conforme deben interpretarse de manera conjunta, pues implica la armonización de los derechos humanos de fuente nacional e internacional para identificar la norma más protectora o menos restrictiva,

Caballero Ochoa, J. L., “Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)”, en Ferrer Mac-Gregor, E. et al. (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t.1 (pp. 47-88), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 124.

22 Ximena Medellín realiza un estudio sobre la cláusula *pro persona* en el derecho internacional público, en concreto, a partir del análisis de diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y concluye que esta cláusula se debe interpretar como la expansión de los derechos humanos. Si bien la autora reconoce que esa interpretación obedece a la naturaleza y características del derecho internacional público, puede orientar la interpretación en el ámbito local,

Medellín, Urquiaga, X., “Principio *pro persona*: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, pp. 397-440, 2019. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002019000100397&script=sci_abstract.

Cuadro 6. Código Civil Federal

Libro primero: De las personas	
Título sexto: Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar	<p>Capítulo III: De la Violencia Familiar^A</p> <p>Artículo 323 bis. Derecho de NNA de que los miembros de la familia respeten su integridad física, psíquica y emocional.</p> <p>Artículo 323 ter. Obligación de miembros de la familia de evitar conductas de violencia familiar. Prohibición de castigo corporal y humillante.</p>
Título octavo: De la patria potestad	<p>Capítulo I: De los Efectos de la Patria Potestad Respecto de la Persona de los Hijos</p> <p>Artículo 411. Entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y consideración mutuos.</p> <p>Artículo 422. Establece que a quienes tienen al menor bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente</p> <p>Artículo 423. Facultad de quienes ejercen la patria potestad o custodia para corregir y tener una conducta que les sirva de ejemplo.</p> <p>Capítulo III. De los Modos de Acabarse y Suspenderse la Patria Potestad</p> <p>Artículo 444 bis. Establece que la patria potestad puede limitarse cuando se ejerce violencia familiar.</p>
<p>^A Adicionado en 1997 y reformado en 2021 para prohibir expresamente el castigo corporal y humillante.</p>	

El CCF se utiliza como referente de la legislación en materia familiar en las entidades federativas; sin embargo, hay que mencionar que éstas no necesariamente están armonizadas con tal ley federal. La dispersión y diversidad derivada de la organización federal de México ha sido motivo de preocupación para el Comité de los Derechos del Niño, pues ha tenido como consecuencia distintos regímenes en materia familiar, por ejemplo, en temas como adopción y castigo corporal, algunos de los cuales son contrarios a la CDN.²³ Es importante destacar que, pese a ser el referente, el CCF no está exento de contradicciones con la CDN y la LGDNNA.²⁴

23 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México.

24 No menciono contradicción con la Constitución, debido a que, como ya se mencionó, el artículo 4 es muy limitado e incluso podría interpretarse una restricción respecto del artículo 1 constitucional.

En la regulación de la patria potestad (Título octavo) se manifiesta claramente la coexistencia del modelo minorista/privatista con el convencional/garantista; entre otros ejemplos destacan la utilización del término *menores*, la distinción entre hijas e hijos biológicos y adoptivos,²⁵ la visión de NNA como beneficiarios de obligaciones, así como las obligaciones vagamente formuladas.

Cuadro 7. Código Penal Federal

Libro primero	Título preliminar	Artículo 6. En los delitos cometidos en contra de NNA debe prevalecer el ISN.
Libro segundo	Título decimonoveno: Delitos contra la vida y la integridad corporal	<p>Capítulo 1: Lesiones</p> <p>Artículo 295. Dispone que al que infiera lesiones a NNA en ejercicio de la patria potestad o la tutela, se le podrá imponer la privación de los derechos correspondientes, además de las sanciones relativas a las lesiones.</p> <p>Artículo 300. Establece un agravante para el delito de lesiones si hay relación de parentesco o relación equiparable, siempre y cuando habiten en el mismo domicilio.</p> <p>Capítulo IV: Homicidio en razón de parentesco o relación</p> <p>Artículo 323. Homicidio en razón de parentesco</p> <p>Capítulo VII: Abandono de personas</p> <p>Artículos 335-343. Se refiere a quien tiene obligación de cuidar a un NNA (art. 335); sin embargo, los artículos subsecuentes se refieren a personas que tienen una relación de parentesco (art. 336-343).[^]</p> <p>Capítulo VIII: Violencia familiar</p> <p>Artículo 343 Bis. Violencia familia</p> <p>Artículo 343 Ter. Equipara a la violencia familiar las conductas realizadas en contra de alguna persona sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado.</p>

25 Aunque hay que decir que en el CCF quedó abrogada la adopción simple en 2013.

	Título vigésimo primero: privación ilegal de libertad y otras garantías	Capítulo único Art. 366 ter. Tráfico de menores, debe ser cometido por quienes ejerzan la patria potestad (fr.I), o los ascendiente o parientes colaterales o por afinidad (fr. II).
<p>^A Salvo en los casos del artículo 340 que se refiere a quien no dé aviso a la autoridad al haber encontrado a una persona menor de edad en estado de abandono y el artículo 342 que se refiere a quien entregue a un niño menor de 7 años que se le hubiere confiado.</p>		

El Código Penal Federal reconoce también como agravante en razón de la edad y del parentesco los delitos contra la indemnidad de privacidad de la información sexual, en concreto, violación a la intimidad sexual (art. 199 decies, fr. III); corrupción de personas menores de 18 años (art. 200-201 bis); pornografía de personas menores de 18 años de edad (art. 202-202 bis); turismo sexual en contra de personas menores de 18 años (art. 203-203 bis); lenocinio de personas menores de 18 años de edad (art. 204). El artículo 205 bis establece la imprescriptibilidad de las sanciones de los artículos 200, 201 y 204 y aumenta al doble las sanciones cuando el autor tuviere con la víctima alguna relación de patria potestad, guarda o custodia, parentesco, tutores o curadores, tenga una relación que implique subordinación, habite en el mismo domicilio, o tenga un vínculo de confianza. Además de las sanciones señaladas para los delitos, perderán la patria potestad, tutela o curatela. El delito de pederastia puede derivarse también de la relación de parentesco, cuando éste se utilice para ejecutar, obligar, inducir o convencer a una NNA a ejecutar un acto sexual. La sanción puede incluir, además, la pérdida de los derechos vinculados con el parentesco (art. 209 bis).

La Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia de las Víctimas de estos Delitos contempla también algunos supuestos relativos a los derechos de NNA. Uno de los principios que deben orientar el cumplimiento de la ley es el interés superior de la infancia (art. 3, fr. IV) y la presunción de minoría de edad (art. 3, fr. X). La adopción ilegal se considera también como uno de los delitos en materia de trata de personas (art. 10 fr. VIII). En el mismo sentido se contemplan diversos supuestos cuando la víctima es persona menor de edad (arts. 13, 16, 17, 18, 24). El artículo 26 se dirige específicamente a quien tiene vinculación jurídica o de autoridad a quien entregue a un NNA con fines de explotación (art. 26), así como a quien entregue en adopción ilegal a una NNA y se establece la nulidad de la adopción (art. 27). Se contempla como agravante el hecho de que la víctima tenga con el responsable

una relación de parentesco, en caso de NNA se contempla también la pérdida de los derechos vinculados con la filiación (art. 42, fr. I) y en los casos en que la víctima sea menor de 18 años. A las hijas e hijos se les reconoce como ofendidos (art. 60, fr. I).

I. La reforma de 2021 en materia de prohibición del castigo corporal y humillante

Pese a que, como se ha visto, el derecho a una vida libre de violencia de NNA en los entornos familiares está reconocido desde hace muchos años en tratados y leyes federales y locales, el castigo corporal y humillante sigue siendo una práctica aceptada como herramienta de educación. Así lo señaló el Comité de los Derechos del Niño a México, y le instó a promover leyes y políticas de prohibición del castigo corporal y la derogación del derecho a corregir, además de difundir formas no violentas de crianza.²⁶

Otro problema que surge de la legislación tiene que ver con NNA viviendo en instituciones de asistencia social. La LGDNNA define el acogimiento residencial, diferenciándolo claramente de un entorno familiar (art. 4, fr. II), pero no explica en qué consiste la figura del acogimiento.²⁷ Incluso parece haber una contradicción entre el acogimiento residencial, que excluye cuidados familiares y el acogimiento preadoptivo (art. 4, fr. XIII), que los implica. La LGDNNA define “familia de acogida” como la que tiene bajo su cuidado NNA de manera temporal y con la certificación correspondiente (art. 4, fr. XIII). El CCF tampoco reconoce esta figura,²⁸ lo que tiene como consecuencia la ambigüedad en relación con el derecho a cuidados familiares.²⁹

26 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México.

27 Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2010, definen el acogimiento alternativo como una forma de dar a NNA un entorno familiar de cuidados. Constituyen el marco de referencia para NNA sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. El documento reconoce como modalidades de acogimiento alternativo, según el entorno en que se ejerza (numeral 29, c): acogimiento por familiares, acogimiento en hogares de guarda, otras formas de acogida en un entorno familiar o similar, acogimiento residencial y soluciones de alojamiento independiente y tutelado de niñas. Desafortunadamente, la legislación mexicana no se ha armonizado con estas directrices, con excepción de algunas entidades federativas.

28 El CCF hace referencia a los “menores” que hayan sido “acogidos” por una institución o persona(s).

29 En otros países el acogimiento residencial responde a un modelo de ambiente familiar. Esto significa que las instituciones acogen a un número reducido de NNA bajo el cui-

Desde una perspectiva convencional/garantista, el derecho al ambiente familiar debe ser interpretado de manera amplia, de forma tal que incluya los distintos tipos de figuras que la misma LGDNAA contempla para garantizar ese derecho, como son los diversos tipos de acogimiento: residencial y preadoptivo. En otros ordenamientos se reconoce también el acogimiento en familia extensa y en familia ajena.³⁰ Esto supone que las obligaciones se dirigen también a NNA en instituciones de asistencia social³¹ en los casos de acogimiento residencial.

En 2021 se publicó una importante reforma ³² para prohibir el castigo corporal y humillante, modificando diversas disposiciones del CCF y de la LGDNNA. Se reformaron los artículos 323 bis; 323 ter, y 423, del CCF, y 47 y 105 de la LGDNNA.

Como ya se mencionó, los artículos 323 bis y 323 ter del CCF están en el Capítulo III. De la Violencia Familiar. El artículo 323 bis reconoce el derecho de NNA a que los integrantes de la familia respeten su integridad física, psíquica y emocional para su sano desarrollo y participación en el núcleo social. Por su parte, el segundo párrafo del 323 ter prohíbe expresamente que padre, madre o cualquier persona de la familia utilice como medio de corrección o disciplina el castigo corporal o humillante, y remite al artículo 47 de la LGDNNA para su definición. En el último párrafo se considera el castigo corporal y humillante como violencia familiar, condicionado a que agresor y agredido habiten en el mismo domicilio y tengan una relación de parentesco. El artículo 423 establece el derecho de NNA a recibir orientación, educación y crianza de padre, madre, o quienes ejerzan la patria potestad, guarda y custodia, extendiendo esta obligación a personas de instituciones educativas, deportivas, religiosas, de salud, de asistencia social de cuidado, penales y otras. El último párrafo del artículo prohíbe el castigo corporal y humillante a quienes ejerzan patria potestad, tutela o guarda, custodia y crianza. Pese a la ambigua redacción del artículo, debe

dado de educadoras y educadores, mantienen unidos a las hermanas y hermanos y se integran en la vida comunitaria. En México, algunas organizaciones internacionales trabajan con este modelo (un ejemplo es el modelo de Aldeas infantiles SOS <https://www.aldeasinfantiles.org.mx/>).

30 Por ejemplo, la Ley de cuidados alternativos para niñas, niños y adolescentes en el Distrito Federal distingue y define el acogimiento en familia extensa, acogimiento en familia ajena y acogimiento residencial (arts. 37, 38, 39 y 40).

31 El Capítulo Único del Título Cuarto de la LGDNNA se refiere específicamente a las obligaciones de los centros de asistencia social.

32 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021.

entenderse que la prohibición del castigo corporal y humillante se extiende a las personas señaladas en el segundo párrafo del artículo 423.

La LGDNNA, por su parte, se modificó para ordenar que las leyes federales y locales dispongan lo necesario para que se dé cumplimiento a la obligación de la prohibición de ejercer cualquier forma de violencia contra NNA, según el artículo 105; la fracción IV prohíbe expresamente ejercer cualquier tipo de violencia a quienes tengan trato con NNA. El segundo párrafo de la fracción IV reitera el derecho de NNA a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de las personas señaladas en el artículo 423 del CCF. Por otra parte, se adicionó la fracción VIII del artículo 47 de la LGDNNA para definir lo que se entiende por castigo corporal y humillante. El artículo 47 establece también obligaciones para las autoridades a “tomar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos en que niñas, niños o adolescentes se vean afectados” por el castigo corporal y humillante.³³

La LGDNNA toma la definición de castigo corporal y castigo humillante propuesta por el Comité de los Derechos del Niño al analizar el artículo 19 de la CDN en la Observación General no. 8 (2006).³⁴ Considera como castigo corporal o físico:

todo aquel acto cometido en contra de niñas, niños y adolescentes en el que se utilice la fuerza física, incluyendo golpes con la mano o con algún objeto, empujones, pellizcos, mordidas, tirones de cabello o de las orejas, obligar a sostener posturas incómodas, quemaduras, ingesta de alimentos hirviendo u otros productos o cualquier otro acto que tenga como objeto causar dolor o malestar, aunque sea leve. El castigo humillante se define como cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante, ridiculizador y de menosprecio, y cualquier acto que tenga como objetivo provocar dolor, amenaza, molestia o humillación cometido en contra de niñas, niños y adolescentes.

A continuación se presentan algunas reflexiones sobre la reforma con base en los modelos de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia.

33 Llama la atención las diferencias en las redacciones de los artículos reformados: en el 47 de la LGDNNA y en el 423 del CCF se menciona el derecho a recibir “orientación, educación, cuidado y crianza”, mientras que en el 105 de la LGDNNA se menciona el derecho a recibir “orientación, educación, cuidado y disciplina”. Otra diferencia es que en el CCF se menciona a las autoridades penales, que se omiten en la LGDNNA.

34 El tema del castigo corporal y humillante se retoma en el Observación General no. 13 sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Cuadro 8. Análisis de adecuación del modelo convencional/garantista

1.	Se refiere siempre a NNA, contrastando con otras disposiciones del CCF.
2.	Establece claramente el derecho de NNA a recibir orientación y cuidados de las personas que ejercen algún tipo de poder, jurídico o fáctico, sobre ellas y ellos. Se mencionan los principales entornos institucionales en los que se desenvuelven NNA y se produce la violencia: familia, instituciones educativas, religiosas, deportivas, etc.
3.	Como correlativo a este derecho, aparece, diversas obligaciones, la prohibición del castigo corporal y humillante y los deberes de las autoridades de crear leyes y políticas que garanticen el derecho.
4.	La definición se ajusta a los estándares internacionales. La prohibición expresa del castigo corporal y humillante, así como su definición acorde con estándares internacionales son un gran avance.
5.	La LGDNNA contempla mecanismos para la restitución de los derechos, aunque no hay una identificación clara sobre las herramientas específicas para la exigibilidad de la prohibición del castigo corporal y humillante. Las instituciones contempladas en la LGDNNA son garantes de los derechos.
6.	No se contemplan mecanismos accesibles a NNA para la garantía del derecho específico.
7.	La LGDNNA contempla la obligación de crear leyes y políticas, tanto federales como locales, para garantizar el derecho a ser educado y la prohibición del castigo corporal y humillante. La reforma en este sentido tiene un carácter eminentemente jurídico al prohibir una conducta, pero también simbólico. Las definiciones, con los ejemplos de las conductas más frecuentes, aclaran los alcances de la prohibición hacia conductas normalizadas socialmente.
8.	Se extiende más allá de la familia la prohibición de la violencia reconociendo todos los entornos donde NNA se desenvuelven. Si bien no queda claro el reconocimiento de NNA en acogimiento residencial como equivalente al entorno familiar, desde interpretarse la prohibición del castigo corporal y humillante en los mismos términos, en tanto que las personas cuidadoras de estas instituciones tienen un papel de figura de apego significativa en NNA sin cuidados parentales.

Fuente: Elaboración propia.

La reforma de 2021 omitió modificar la legislación penal en materia de violencia familiar. La decisión parece adecuada, debido a la mostrada ineficacia del derecho penal en la disuasión de conductas normalizadas y a las implicaciones que podría tener en la vida de NNA. Sin embargo, la violencia familiar se encuentra ya tipificada en el Código Penal Federal, aunque

no reconoce plenamente a NNA en una relación de poder que los coloca en una situación de especial vulnerabilidad.

Es posible concluir que la reforma para la prohibición del castigo corporal y humillante responde al modelo convencional/garantista. No puede obviarse, sin embargo, que la plena vigencia de los derechos debe implicar una obligación de las autoridades en el cambio de las actitudes que naturalizan la violencia hacia NNA y una amplia difusión de prácticas de crianza positiva que permitan a las personas que tienen a su cargo NNA adquirir habilidades que sustituyan la corrección violenta. Además, deben contemplarse mecanismos accesibles de denuncia de violaciones a estos derechos. Es necesaria una transformación en las creencias y prácticas de las familias y cuidadores.

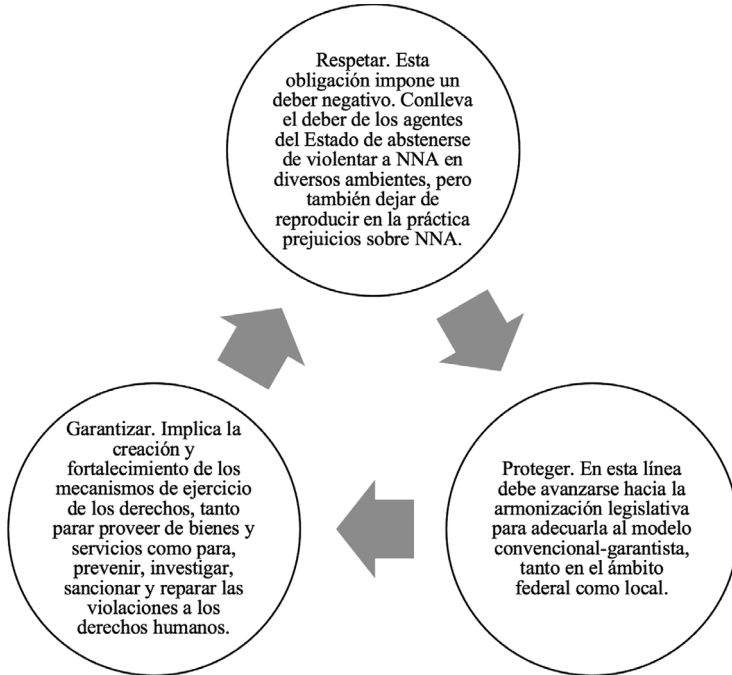
F. CONCLUSIONES: LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES FRENTE AL CASTIGO CORPORAL Y HUMILLANTE

A partir de la reforma en materia de derechos humanos, la ley y en concreto los derechos de NNA deben ser interpretados de acuerdo con el artículo 1 constitucional y las obligaciones establecidas para todas las autoridades: promover, respetar, proteger y garantizar. En lo que corresponde a la prohibición del derecho a una vida libre de violencia y la prohibición del castigo corporal y humillante esto tiene las siguientes implicaciones.

Promover. Las autoridades deben dar a conocer los derechos para generar una cultura de los derechos humanos. Ello implica la difusión de los derechos y las implicaciones que su reconocimiento en la vida de las personas. En lo que corresponde al derecho de NNA a una vida libre de violencia, se requiere una intensa labor de promoción de los derechos, de la prohibición del castigo y de herramientas para una crianza respetuosa de los derechos humanos. La obligación de promover supone también el combatir estigmas derivados de las representaciones sociales hacia NNA, incluyendo desde luego aquellos en acogimiento residencial

Una reflexión final. El primer tipo de violencia familiar hacia NNA es precisamente no garantizar el derecho a un entorno familiar. La legislación en México sigue siendo violatoria de los derechos en la medida en que ignora a NNA sin cuidados familiares. Tenemos entonces el absurdo de que hay miles de NNA que no pueden ser víctimas de violencia familiar porque

no tienen una familia. En este sentido, el marco jurídico sigue distinguiendo entre *menores* y *niños*, dejando a los primeros en una suma de vulnerabilidades sociales y jurídica. La reforma de 2021 sobre prohibición del castigo corporal y humillante atiende a un enfoque de derechos, pero sigue siendo parcial en tanto no resuelve la situación del entorno familiar.



Bibliografía

Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas* (2006), A/61/299, 29 de agosto de 2006.

Caballero Ochoa, J. L., “Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)”, en Ferrer Mac-Gregor, E. et al. (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t.1 (pp .47-88), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013.

Cárdenas Miranda, E. L. , “La patria potestad a la luz de la Doctrina de la Protección Integral”, Miramón Parra, J. A. (coord.), *Maestras de la Facultad de Derecho. Facultad de Derecho*, pp. 191-213, UNAM, 2019.

- Comité de los Derechos del Niño, Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención. (CRC/C/530 de octubre de 1991), 1991.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 2006.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 2011.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013.
- Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, 3 de julio de 2015 (CRC/C/MEX/CO/4-5), 2015.
- Encuesta Nacional sobre Discriminación 2010 (ENADIS), Resultados generales, Conapred, 2011. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpcgglefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.conapred.org.mx%2Fdocumentos_cedoc%2FEnadis-2010-RG-Accss-002.pdf&clen=2546506&chunk=true.
- Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017 (ENADIS), Prontuario de resultados, Ciudad de México, Segob, Conapred, Conacyt, CNDH, UNAM, INEGI, 2018.
- Fuentes Alcalá, y otros, “Conocimientos, ideas y representaciones acerca de niños, adolescentes y jóvenes. ¿Cambio o continuidad? Encuesta Nacional de Niño, Adolescentes y Jóvenes”, en *Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015. Disponible en: <http://www.losmexicanos.unam.mx/ninosadolescentesyjovenes/index.html>.
- García Méndez, E., *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 2007.
- González Contró, M., “Derecho de familia”, en García Ramírez, S. (coord.), *El derecho en México: Dos Siglos (1810-2010)*, Tomo IV, pp. 51-96, México, UNAM, Porrúa, 2010.
- González Contró, M., “Maltrato infantil”, *Diccionario de injusticias*, UNAM, en prensa.
- González Contró, M. y Padrón Innamorato, M., “¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?”, en Pérez Contreras, M. M., et al., *Temas selectos de vulnerabilidad y violencia contra niños, niñas y adolescentes*, pp. 3-24, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017.
- Medellín, Urquiaga, X., “Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, pp. 397-440, 2019. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002019000100397&script=sci_abstract.
- Espinosa, M. A., & Ochaíta, E. (2000). Necesidades Infantiles y Adolescentes y Maltrato. *Psyche*, 9(2). Recuperado a partir de <http://www.revistaaisthesis.uc.cl/index.php/psykhe/article/view/20489>
- Serrano, S., “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en Ferrer Mac-Gregor, E. et al. (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana* t.1, pp. 89-132, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013.

Derecho a vivir en familia. Pérdida del cuidado familiar y medidas de cuidado alternativo para niñas, niños y adolescentes

Paula Ramírez España Beguerisse
Fredy Méndez García

SUMARIO: A. PRESENTACIÓN; B. INTRODUCCIÓN AL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y LA PÉRDIDA DEL CUIDADO FAMILIAR; C. CONTEXTO ACTUAL DEL SISTEMA DE CUIDADOS ALTERNATIVOS EN MÉXICO; D. NORMATIVIDAD DEL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y LA PÉRDIDA DEL CUIDADO FAMILIAR; I. Normativa internacional; 1. Convención sobre los Derechos del Niño; 2. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños; II. Normatividad nacional; 1. Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; III. Normatividad local; E. ÁREAS DE ESPECIAL ATENCIÓN PARA LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE CUIDADOS ALTERNATIVOS EN MÉXICO; F. CONCLUSIONES; G. EJERCICIOS; H. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. PRESENTACIÓN

El objetivo de este capítulo es que el lector conozca el derecho que tiene toda niña, niño y adolescente (NNA) a vivir en un entorno familiar que le brinde amor, protección y cuidado para crecer y desarrollarse plenamente, así como los mecanismos legales e institucionales existentes para garantizar su protección frente a la separación o pérdida del cuidado familiar; todo ello, desde el enfoque de la protección integral de derechos de la infancia y adolescencia que se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para lograr una mayor comprensión de este fenómeno contextualizaremos con algunos datos estadísticos sobre el número de NNA que se encuentran privados del cuidado familiar y sobre la situación general que prevalece respecto al sistema de cuidado alternativo en México. Asimismo, referiremos las principales disposiciones legales aplicables relacionadas con el tema, con énfasis en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la normativa nacional vigente para garantizar y restituir el derecho de todo NNA a vivir y crecer en un entorno familiar. Finalmente, haremos algunos planteamientos que motiven la reflexión sobre desafíos que presentan la regulación y las prácticas actuales asociadas

con los cuidados alternativos de las NNA, con miras a seguir avanzando en la reforma integral del sistema de cuidado en el marco de un proceso de desinstitucionalización gradual que asegure la garantía del derecho a vivir en familia para todos los NNA en México.

B. INTRODUCCIÓN AL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y LA PÉRDIDA DEL CUIDADO FAMILIAR

Como se ha señalado en otros capítulos, México ha transitado de un modelo tutelar/asistencialista a un modelo de protección integral de la niñez y la adolescencia basado en un enfoque de derechos sustentado principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), lo que ha significado un cambio de paradigma con implicaciones en todos los campos de la vida de los NNA.

Uno de los aspectos de mayor relevancia del modelo de protección integral de derechos de NNA es el reconocimiento del carácter central que tiene la familia o el ámbito familiar¹ para la protección, cuidado y pleno desarrollo de NNA. Particularmente, la CDN y la CADH “atribuyen a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado, bienestar y protección de los niños, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en sus primeras etapas de vida”,² sin embargo, desde

1 Cuando nos referimos a los términos “ámbito familiar” “familia” o “familias” lo hacemos desde un enfoque amplio, sin aludir a ninguna estructura o modelo específico. En ese sentido, nos apegamos al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, que en todo caso debe ser protegida en las diversas formas en que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.” Tesis [A.]: XXIII/2011 (1ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIV, 2011, p. 871, Registro digital: 161309.

2 Organización de los Estados Americanos (OEA), Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, (Prepa-

la visión de la protección integral también se reconoce que, en el ámbito familiar, pueden presentarse situaciones que comprometan el cuidado y la integridad física y psicoemocional de NNA, ante las cuales, en función del interés superior de éstos, aparece la necesidad de la separación familiar, y de la provisión de protección y asistencia especial del Estado para garantizar su bienestar.

En este contexto, tanto el marco normativo antes señalado, la jurisprudencia y otros instrumentos internacionales (*soft law*), como las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños de 2009, establecen estándares y principios que las autoridades de los Estados deben tomar en cuenta ante la pérdida o ausencia del cuidado familiar, a fin de brindar alternativas idóneas de cuidado temporal, minimizar los daños que conlleva toda separación familiar y restablecer lo más pronto posible el derecho a vivir en familia.

En estos estándares y principios se destaca como premisa fundamental la necesidad de hacer todos los esfuerzos necesarios para garantizar que todo NNA pueda crecer con su familia de origen. Así, desde la CDN se especifica que los Estados velarán por que ningún NNA sea separado de su familia, y se brindará la asistencia para que los padres o las madres cumplan con sus obligaciones de crianza y cuidado y se evite la ruptura familiar. En el mismo sentido, la sentencia emitida por la Corte Interamericana de derechos humanos señala que

[...] el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado [...].³

Otra premisa fundamental es la obligación de los Estados de privilegiar las medidas que aseguren que los NNA separados de su familia sean cuidados dentro de un entorno o estructura familiar, colocando al cuidado

rado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), OEA/Ser. L/V/II. Doc.54/13, 2013, p. V.

3 Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina. “Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012”, párrafo 119. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.

residencial o institucional (en casas hogar, orfanatos, albergues, entre otros) característico del modelo tutelar/asistencialista previo a la CDN, como una medida excepcional y de último recurso.

Por décadas las instituciones han sido consideradas como la mejor alternativa frente a la pérdida del cuidado familiar; sin embargo, la evidencia generada en los últimos años demuestra que la institucionalización⁴ tiene impactos negativos y daños irreparables en la vida y el desarrollo de NNA, particularmente cuando se da en los primeros años de vida o por tiempos prolongados.⁵ Estudios recientes han concluido que por cada tres meses que una niña o niño de corta edad reside en una institución pierde un mes de desarrollo.⁶ Asimismo, se ha demostrado que los NNA que se encuentran en instituciones están más expuestos a ser víctimas de violencia física, emocional y sexual, así como de violencia entre pares. Al respecto, el Estudio global sobre violencia contra los niños reveló que “la violencia en las instituciones residenciales es seis veces más frecuente que en los hogares de acogida y que los niños institucionalizados tienen una probabilidad casi cuatro veces mayor de sufrir abuso sexual que aquellos que tienen acceso a alternativas de protección basadas en la familia”.⁷

4 Entendida como el ingreso de NNA a casas-hogar, orfanatos o albergues u otros lugares de carácter público o privado en los que se asume su protección y cuidado.

5 Hope and Homes, UNICEF, “Mas allá del Cuidado Institucional: una hoja de ruta para la reforma del sistema de protección y cuidado infantil destinada a los Gobiernos de América Latina y el Caribe”, 2021; en esta publicación se pueden encontrar referencias a materiales clave y evidencia sobre el impacto del cuidado institucional. Entre éstas, “El fin del silencio: La eliminación del cuidado de niños en instituciones” (Hope and Homes for Children); UNICEF, *La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe* (Palummo, 2013); *Informe de Lumos sobre la institucionalización de NNA en América Latina y el Caribe* (2020); *Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños* (Pinheiro, 2006); el capítulo 12, sobre niños y niñas privados de su libertad en las instituciones, del estudio de la ONU UN Global Study on Children Deprived of Liberty (Nowak, 2019); *De-institutionalising and transforming children's services. A guide to good practice* (Mulheir, Browne, 2007), esta guía también incluye evidencia contra el cuidado institucional, y las publicaciones de las comisiones de *The Lancet* sobre la institucionalización y desinstitucionalización de NNA (2020).

6 Williamson, J. y Greenberg, A., “Families, not orphanages”, Better Care Network Working Paper, 2010, p. 6.

7 Pinheiro, P., *Reporte Mundial sobre Violencia contra los Niños*, Naciones Unidas, 2006.

En otro informe elaborado por la organización Hope and Homes for Children y por la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (Relaf) se precisa⁸

1) En el cuidado institucional la provisión de cuidado y protección es inadecuada, dado que, según las pruebas documentadas, los niños experimentan retrasos en su desarrollo emocional, cognitivo y físico, a la vez de encontrarse en riesgo de desarrollar problemas de conducta y de ser víctimas de abuso emocional, físico y sexual. Los centros de cuidado institucional no pueden cumplir con los requisitos para una atención individualizada adecuada que responda a las necesidades y circunstancias de todos y cada uno de los niños.

El paradigma de la protección integral “supone una transformación profunda en la concepción de las medidas de protección, su objetivo y los principios y garantías que deben regir la regulación, determinación, aplicación, supervisión y revisión de las mismas”.⁹ En este sentido, desde el enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia, la institucionalización y las estancias innecesarias e injustificadas y prolongadas en las instituciones no responden al interés superior de NNA, por lo que deben ser erradicadas y sustituidas por intervenciones basadas en la familia y la comunidad.

C. CONTEXTO ACTUAL DEL SISTEMA DE CUIDADOS ALTERNATIVOS EN MÉXICO

En México, al igual que en la mayoría de los países de la región, son diversas las causas que conducen al riesgo o motivan en los hechos a la separación de NNA del núcleo familiar, y en consecuencia la necesidad de acceder a alguna modalidad de cuidado alternativo. Dentro de las principales causas de separación familiar de NNA se destacan:

- La omisión de cuidados o negligencia de las personas a las que legalmente les corresponde la patria potestad, guarda o custodia.
- La muerte de uno o ambos padres.
- La violencia, abuso o explotación tanto físico, sexual y emocional, y la negligencia.

8 Hope and Homes, Relaf, “El fin del silencio: la eliminación del cuidado de niños en instituciones”, 2014, p. 10.

9 Gómez Plata, M., *Los caminos del desamparo infantil. Intervención y tutela del Estado ante la pérdida de cuidados parentales*, tesis doctoral, México, 2016, p. 100.

- La condición de discapacidad en NNA o en sus padres o madres.
- El abuso del alcohol o consumo problemático de drogas.
- La violencia familiar o comunitaria.
- El divorcio o separación de los padres.
- La migración.
- La pobreza.

La falta de información sistemática en la materia no permite saber con exactitud la frecuencia o magnitud en qué cada una de estas causas motiva la separación de NNA de sus familias. De hecho, en un informe sobre la situación de los derechos de NNA residentes en Centros de Asistencia Social¹⁰ (CAS) se señaló que “los datos que proporcionaron los Sistemas DIF no son suficientes para generar un mapeo puntual que sea de utilidad para prevenir los factores de riesgo que conllevan a la institucionalización”.¹¹

Aún con las limitaciones de información existentes, es posible señalar que desafortunadamente en México, contrario a lo que establece el marco normativo general, la pobreza, la exclusión social y algunas circunstancias asociadas a éstas (por ejemplo, la discapacidad), siguen apareciendo entre las principales causas de separación familiar. En un informe presentado por Relaf sobre la relación que existe entre la pobreza y la institucionalización de NNA en América Latina, se identifica a México como uno de los países de la región en que todavía se admite el llamado “ingreso voluntario” de NNA a un CAS cuando su padre o madre lo solicita por enfrentar dificultades sociales y económicas para su cuidado. El informe da cuenta de que

los estados [del país] que reflejan las mayores tasas de “ingreso voluntario” en los CAS tienen tasas de pobreza infantil de alrededor del 40%, 63% de dichos ingresos se producen en CAS privados y el 37% en CAS públicos. Otro dato relevante es que “las familias de origen de los NNA residentes en CAS se caracterizan por presentar importantes carencias sociales y materiales como son residir en viviendas precarias, ocuparse en empleos informales e inestables, ser familias monoparentales con jefatura femenina.”¹²

10 En México los albergues, casas hogar, orfanatos y otras instituciones de protección y cuidado de NNA se denominan en general por la ley como Centros de Asistencia Social.

11 Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Informe Especial sobre la situación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en centros de asistencia social y albergues públicos y privados de la República Mexicana*, 2019, p. 132.

12 Relaf, *Derecho a la vida familiar y pobreza. Niñas, niños y adolescentes en situación de pobreza residentes en Centros de Asistencia Social en México*, Relaf, CEN, TejiendoRedesInfancia/Unión Europea, 2020, pp. 22 y 24.

Por otra parte, en México, al igual que en otros países de la región, la institucionalización sigue siendo la medida de cuidado alternativo más utilizada cuando un NNA se ve inmerso en alguna situación de vulneración de sus derechos. Ello, a pesar de las implicaciones e impactos negativos que dicha práctica tiene para su desarrollo integral.

Con base en la información del Censo de Población y Vivienda 2020 realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía es posible saber que hasta marzo de 2020 había en México 21,973 niñas, niños y adolescentes viviendo en 1,000 casas hogar para menores de edad; 11,491 mujeres y 10,482 hombres.

Cuadro 1. Niñas, niños y adolescentes en casas hogar para menores en el país

Edad (años)	Mujeres	Hombres	Total	Porcentaje
0 a 5	1,604	1,640	3,244	14.7
6 a 11	5,015	4,754	9,769	44.4
12 a 17	4,872	4,088	8,960	40.7
			21,973	100

Fuente: Elaboración propia.

Asimismo, de acuerdo con los datos revelados en el censo acerca de NNA que se encuentran en casas hogar para menores de edad, 3.3% (868) tenía menos de un mes en el alojamiento; 26.5% (6,393) tenía de un mes a menos de un año; 52.5% (12,723) tenía de uno a cinco años en el alojamiento, y 17.40% (4,212) tenía más de cinco años viviendo en el alojamiento.

Cuadro 2. Permanencia de niños, niñas y adolescentes en las casas hogar en el país

Tiempo de estancia	Número de NNA	Porcentaje
Menos de 1 semana	368	1.5
De 1 semana a menos de 1 mes	500	2.0
De 1 a 3 meses	1,923	7.9
De 4 meses a menos de 1 año	4,470	18.4
1 año	4,074	16.8

Tiempo de estancia	Número de NNA	Porcentaje
2 años	3,463	14.3
3 años	2,201	9.0
4 años	1,627	6.7
5 años	1,357	5.6
6 años o más	4, 212	17.4

Fuente: Elaboración propia.

Para evitar mayores afectaciones a sus derechos, la directriz número 14 señala que “la separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible”; sin embargo, como se puede observar en el cuadro 2, la mayoría de NNA permanece en estancias prolongadas en los CAS, pues una vez que son derivados al cuidado institucional, estarán en esa modalidad de cuidado durante gran parte o toda su niñez o adolescencia. Esta situación evidencia que la institucionalización de NNA en México sigue siendo considerada, en sí misma, una solución frente a la separación familiar y no una medida temporal excepcional en tanto se logra la restitución definitiva del derecho a vivir en familia. Asimismo, muestra la debilidad existente para dar el debido seguimiento a los casos de los NNA que se encuentran en los CAS y promover las acciones necesarias para lograr la reintegración con sus familias de origen o extensas, y cuando ésta no es posible resolver la situación jurídica de manera pronta y expedita, a fin de lograr la adopción u otras soluciones definitivas.

Por lo que respecta a la niñez con discapacidad, el informe presentado por Disability Rights International y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos señala que “Las autoridades reportaron que, una vez puestos en la institución, se espera que los niños con discapacidad permanezcan en la institución de por vida debido a una falta de programas para integración a la comunidad”.¹³ Asimismo, indica que los NNA no son puestos en alguna institución porque no tengan familiares, sino porque sus padres no tienen los recursos para cuidar de ellos.

13 Disability Rights International (DRI) y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), *Abandonados y desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México*, 2010, p. 22.

En las casas hogar para NNA registradas por el censo existe un amplio predominio de las instituciones privadas. Del total de 1,000 casas identificadas sólo 133 (13%) son públicas, y 867 (87%) son privadas. De las casas hogar privadas, 662 corresponden a asociaciones civiles (A. C.); 102 corresponden a instituciones de asistencia privada (I. A. P.); 4, a sociedades civiles (S. C.); 13, a asociaciones religiosas, y las 86 restantes no se especifica.

Llama la atención que de las 1,000 casas hogar para menores de edad que existen en el país 101 comenzaron a operar entre 2015 y 2020 (103 de 2015 a 2019, y 8 en 2020).

Por otra parte, el Censo identifica a 17,119 NNA viviendo en albergues para indígenas; 8,390 mujeres y 8,729 hombres; 2,596, en albergues para migrantes, 1,224 mujeres y 1,372 hombres, a y 3,818 viviendo en otra clase de albergues, 1,917 mujeres y 1,901 hombres. Si bien no es posible determinar si todos estos NNA carecen del cuidado familiar, la población de institucionalizados en el país podría llegar a más de 45,000.

Ni el censo ni otras fuentes oficiales proporcionan información sobre otros aspectos relevantes del sistema de cuidados alternativos en México, por ejemplo, las causas específicas de ingreso, la situación jurídica de los NNA, la situación familiar, entre otras. Tampoco existen datos oficiales sobre NNA en acogimiento familiar u otras medidas de cuidado alternativo diversas a la institucionalización.

Finalmente, en México, de manera lamentable, existen antecedentes de casos en los que se han documentado y acreditado violaciones graves a los derechos de NNA en contextos de institucionalización.

En el informe especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos de NNA en CAS y albergues públicos y privados de la república mexicana se refieren algunos de estos casos emblemáticos.

1. Villa de las Niñas, municipio de Chalco, Estado de México (2007).

[...] se recabaron varios testimonios de las residentes y personal docente quienes afirmaron que las responsables del cuidado y formación de las niñas y adolescentes utilizaban severos métodos disciplinarios y las sometían a un rígido estilo de vida que incluía largas jornadas de trabajo elaborando productos destinados a la venta para la obtención de recursos económicos ... se reveló que uno de los requisitos de ingreso era aceptar tener contacto con su familia solo una vez al año.¹⁴

14 Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Informe Especial sobre la situación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en centros de asistencia social y albergues públicos y privados de la República Mexicana*, 2019.

2. Casitas del Sur, Ciudad de México (2008).

[...] la Procuraduría de Justicia del entonces Distrito Federal liberó a 126 niñas, niños y adolescentes quienes se encontraban alojados en condiciones de privación de la libertad y aislamiento, además de que se detectó la desaparición de 27 de ellos que ingresaron a ese centro y otros albergues afiliados a la asociación civil responsable de su operación [...].¹⁵

3. La Gran Familia, municipio de Zamora, Michoacán (2014).

La Procuraduría General de la República realizó el aseguramiento del albergue “La Gran Familia”, en Zamora Michoacán, lugar en el que se encontraban alojadas más de 500 niñas, niños y adolescentes, quienes durante su estancia fueron sometidos a “[...] castigos inhumanos, como permanecer varios días sin comer o encerrados en una celda no mayor de tres metros cuadrados [...]”, además de encontrarse privados de la libertad y sufrir constantes agresiones físicas, psicológicas y sexuales por parte de otras personas residentes.¹⁶

Ejercicio 1

Comparar las previsiones y desarrollos sobre cuidado alternativo de NNA de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) frente a la Convención de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Al respecto, el artículo 23.5 de la CDPD establece:

“5. Los Estados Parte harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.”

Véase también el capítulo 12 de esta obra, acerca de la capacidad jurídica.

D. NORMATIVIDAD DEL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA Y LA PÉRDIDA DEL CUIDADO FAMILIAR

En este apartado referiremos los principios, estándares y obligaciones del Estado mexicano para garantizar el derecho a vivir en familia y para responder frente a la pérdida del cuidado familiar, de acuerdo con el marco jurídico vigente.

¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁶ *Ibidem*, p. 31.

I. Normativa internacional

1. Convención sobre los Derechos del Niño

La CDN reconoce el derecho de todos los NNA¹⁷ a crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Asimismo, en el “Preámbulo” reconoce el valor de la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de los NNA, estableciendo el deber del Estado de brindar protección y asistencia para asumir sus responsabilidades.

En esta línea, el artículo 9 de la CDN reconoce el derecho de NNA a conocer a sus padres (padre y madre) y a ser cuidado por ellos, y señala la obligación del Estado de velar porque ningún NNA “sea separado de sus padres, en contra de la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Como se precisó en el apartado anterior, entre las posibles causas de separación está el maltrato o descuido por parte de sus padres. El artículo 9 señala también que en cualquier procedimiento entablado para determinar la separación de una NNA de su familia se debe dar a todas las partes interesadas la oportunidad de participar y dar a conocer sus opiniones.

La CDN reconoce el deber de los padres, tutores o personas legalmente encargadas de NNA de asegurar su crianza y desarrollo, debiendo velar siempre por su interés superior, pero al mismo tiempo establece la obligación del Estado de prestar el apoyo y la asistencia necesarios para el desempeño de esas funciones (artículos 5 y 18).

Finalmente, la CDN prevé que los NNA privados temporal o permanentemente de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en éste, tienen derecho a recibir protección y asistencia especial del Estado, que debe garantizar otro tipo de cuidado alternativo para ellos (artículo 20).

2. Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños

Las Directrices se emitieron con el objetivo de ahondar en las disposiciones de la CDN relativas a la protección y bienestar de NNA privados del

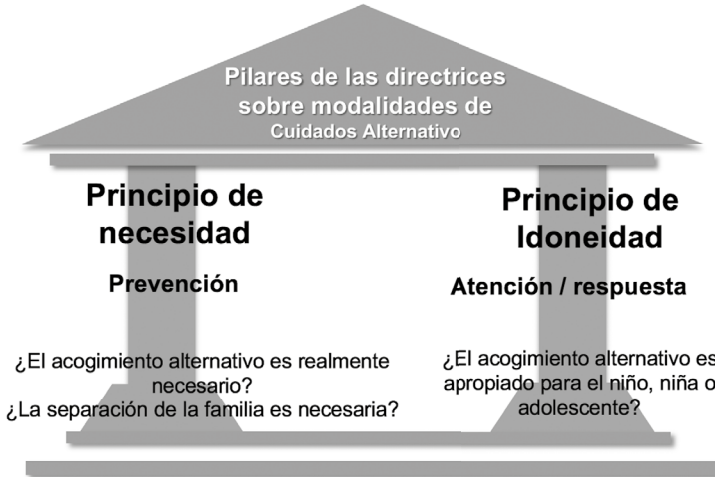
17 La CDN entiende por niño toda persona menor de 18 años (artículo 1).

cuidado familiar o en peligro de perderlo, y de brindar orientación política y práctica para facilitar su cumplimiento (§ 2). Su mensaje central es que “los NNA no deben ser acogidos en una modalidad alternativa de cuidado innecesariamente y en los casos en los que el cuidado deba ser proveído, este debe ser adecuado a las necesidades y circunstancias específicas de cada NNA en función de su interés superior”.¹⁸

Con base en lo anterior, las Directrices establecen dos pilares básicos (figura 1) que deben ser observados en todo momento por los diversos sectores y actores que se ocupan directa o indirectamente de la implementación de las cuestiones relacionadas con el cuidado alternativo de NNA:

- 1) Principio de necesidad. Sólo debe recurrirse a una modalidad alternativa de cuidado cuando sea realmente necesaria.
- 2) Principio de idoneidad. En los casos en que el cuidado alternativo sea estrictamente necesario, éste deberá ser proporcionado de manera adecuada.

Figura 1. Principios de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado



Fuente: Elaboración propia.

18 Cantwell, N., Davidson, J., Elsley, S., Milligan, I. y Quinn, N., Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Reino Unido, 2012, p. 15.

Actuar conforme al principio de necesidad implica prevenir situaciones y condiciones que puedan desembocar en el requerimiento de una modalidad alternativa de cuidado (pobreza, estigmatización, discriminación, abandono, violencia, negligencia, falta de recursos o habilidades para el cuidado) y proporcionar servicios o estructuras comunitarias adecuadas para el apoyo y fortalecimiento de las familias, garantizando que NNA sólo ingresen a una modalidad alternativa de cuidado, cuando todos los medios posibles para mantenerlos con sus padres o familia han sido agotados. En este punto la instrumentación de “políticas de protección a la familia representan un componente fundamental para prevenir la separación del niño de su familia por motivos de protección, así como para facilitar la reintegración familiar y la superación de las causas que dieron lugar al acogimiento alternativo”.¹⁹

Por otro lado, actuar conforme al principio de idoneidad implica que todas las modalidades de cuidado alternativo deben cumplir con estándares mínimos de calidad con respecto a las condiciones de operación, el personal, el financiamiento, la protección y acceso a servicios básicos, entre otros. También, implica que la modalidad de cuidado debe satisfacer las necesidades particulares de cada NNA, lo que a su vez exige la existencia de una variedad de alternativas para poder elegir la más adecuada para cada NNA.²⁰

En consonancia con la CDN y atendiendo al papel central que ésta concede a la familia, al desarrollar la gama de opciones de cuidado alternativo, las Directrices priorizan aquellas basadas en la familia y la comunidad (§ 53), reconociendo que el acogimiento en instituciones o centros residenciales debe ser una alternativa de último recurso, sólo cuando constituya la respuesta más adecuada a la situación y necesidades particulares del NNA (§ 21).

De acuerdo con las Directrices, las modalidades de cuidado alternativo pueden ser las siguientes.

19 Comisión Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 6.

20 Cantwell, N.; Davidson, J.; Elsley, S.; Milligan, I.; Quinn, N., *op. cit.*, p 23.

Cuadro 3. Modalidades de cuidado alternativo

Acogimiento informal	Acogimiento formal
Toda solución privada adoptada en un entorno familiar, en la que el cuidado del NNA es asumido por parientes u otras personas a título particular, sin que esa solución haya sido ordenada por un órgano judicial o administrativo o una entidad debidamente acreditada (Directrices, 2009, §28, i). Por ejemplo, abuelos, otros parientes o, en algunos casos, otras personas cercanas a la familia de origen.	Todo acogimiento en un entorno familiar, ordenado por una autoridad judicial u órgano administrativo competente y todo acogimiento en un entorno residencial, incluidos los centros de acogida privados, resultante o no de medidas judiciales o administrativas (Directrices, 2009, §28, ii).

Fuente: elaboración propia.

Según el entorno en el que se ejerza, el acogimiento alternativo puede ser el siguiente.

Cuadro 4. Modalidades de cuidado alternativo

Acogimiento por familiares	Aquel que se da en el ámbito de la familia extensa o con amigos íntimos de la familia conocidos del NNA, de carácter formal o informal (Directrices, 2009, §28, inciso c, i).
Acogimiento en hogares de guarda	Cuando una autoridad competente confía el cuidado del NNA a una familia distinta de la propia familia, que ha sido seleccionada, declarada idónea, aprobada y supervisada para ejercer ese acogimiento (Directrices, 2009, §28, inciso c, ii).
Acogimiento residencial	Acogimiento en cualquier entorno colectivo no familiar (Directrices, 2009, §28, inciso c, iv).

Fuente: elaboración propia.

La relevancia de las Directrices reside en que ofrecen parámetros para la construcción de un sistema de cuidados alternativos basado en el paradigma de protección integral de derechos, en el “Preámbulo” precisan que

[se] establecen pautas adecuadas de orientación política y práctica con el propósito de promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.

Si bien las Directrices no son vinculantes, es decir, su observación no es obligatoria para los Estados, están diseñadas para optimizar la implementación de la CDN “y alentar a los gobiernos a asumir más plenamente sus responsabilidades y obligaciones” (§2, inciso c).

II. Normatividad nacional

1. Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

En 2014 se aprobó la LGDNNA, que mandata la creación del Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) y concibe algunos mecanismos para garantizar la efectiva protección y restitución de los derechos de la niñez y la adolescencia en el país. Esta ley contiene disposiciones específicas relativas al reconocimiento del derecho a vivir en familia (capítulo cuarto, título segundo) que impactan directamente en el sistema de cuidado alternativo para los NNA sin cuidado parental.

La LGDNNA recoge el espíritu de la CDN y de las Directrices y establece un marco importante para el desarrollo de una política integral de cuidados alternativo que mandata priorizar el fortalecimiento familiar y la permanencia de los NNA en el entorno familiar; prevenir la separación familiar innecesaria y, en los casos en que ésta sea inevitable, proveer medidas especiales de protección o cuidado alternativo idóneas, que permitan restituir lo antes posible el derecho de los NNA a vivir en familia.

El artículo 22 de la LGDNNA establece que

Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas. En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

La LGDNNA también prohíbe la separación familiar de NNA por condiciones de pobreza al indicar en el artículo 22 que “la falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad”. En esta misma línea, el artículo también señala la obligación

de las autoridades federales, estatales y municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, de “establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia familiar”; sin embargo, como observamos en diversos informes, la realidad es que la derivación de NNA al cuidado alternativo, especialmente a la modalidad residencial, constituye una de las principales motivaciones de separación de NNA.

Si bien de acuerdo con la LGDNNA la separación familiar del NNA sólo es procedente cuando ésta se encuentra justificada en función de su interés superior y es determinada de conformidad con las causas previstas en las leyes, uno de los principales problemas que se presentan en relación con esta determinación es la ausencia de criterios o parámetros específicos sobre las causales o condiciones que pueden dar lugar a separación, dejando al arbitrio de las autoridades de las procuradurías de protección o en su caso de las fiscalías de justicia y del Poder Judicial la decisión y justificación de la separación familiar. Esta falta de criterios y estándares uniformes, así como de evaluaciones y seguimiento riguroso, conlleva muchas veces a separaciones familiares innecesarias, injustificadas o por tiempos prolongados.

Para los casos en que la separación familiar es inevitable o se haya determinado por la autoridad competente, la LGDNNA establece en el artículo 26 la obligación del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y de los sistemas de las entidades de otorgar medidas especiales de protección de conformidad con la legislación civil aplicable, las cuales son llamadas medidas de cuidado alternativo.

Estas medidas pueden ser:

- 1) La ubicación con su familia extensa o ampliada, siempre que sea posible y no sea contrario a su interés superior (fracción I, artículo 26).
- 2) La ubicación con una familia de acogida de carácter temporal, cuando ni los progenitores ni la familia extensa puedan hacerse cargo (fracción II, artículo 26).
- 3) La ubicación en acogimiento residencial brindado por CAS como medida de carácter subsidiario y por el menor tiempo posible (fracción V, artículo 26).

La autoridad competente deberá tener en consideración el interés superior del NNA para determinar la opción que sea más adecuada y restituirle su derecho a vivir en familia, de acuerdo con el artículo 26 de la LGDNNA.

Cuadro 5. Medidas de cuidados alternativo en la LGDNNA

Acogimiento en familia extensa	Aquel brindado por los ascendientes de NNA en línea recta sin limitación de grado, y los colaterales hasta el cuarto grado.	(artículo 4, fracción XI)
Acogimiento en familia de acogida	Aquel brindado por la familia distinta a la de origen y de la extensa que cuenta con la certificación de la autoridad competente y que brinda cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de NNA por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva.	(artículo 4, fracción XII)
Acogimiento residencial	Aquel brindado por CAS como una medida especial de protección de carácter subsidiario, que será de último recurso y por el menor tiempo posible, priorizando las opciones de cuidado en un entorno familiar.	(artículo 4, fracción II)

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo con el artículo 121 de la LGDNNA, la autoridad competente para determinar medidas de protección especial para el cuidado alternativo de NNA en situación de desamparo familiar son las Procuradurías de Protección, como responsables de la determinación, coordinación de la ejecución y seguimiento de las medidas de protección. Sin embargo, es importante señalar que tratándose de la determinación de la separación familiar de un NNA y, en su caso, de la necesidad de alguna medida de cuidado alternativo de carácter temporal, la intervención de otras autoridades, como la Fiscalía General de Justicia y el Poder Judicial de cada estado, también resulta fundamental.

A menudo, cuando un NNA es víctima de la comisión de un delito, las fiscalías, como autoridades encargadas de la investigación y persecución del delito, conocen del caso, establecen el primer contacto con el NNA y, en un determinado momento, toman la determinación de solicitar la separación familiar del NNA.

Asimismo, las juezas y los jueces del Poder Judicial desempeñan un papel importante en relación con los procesos de protección, pues deben ratificar, como se menciona más adelante, en la mayoría de los casos las medidas de cuidado alternativo de carácter temporal determinadas por las fiscalías y procuradurías de protección, así como realizar la determinación de la situa-

ción jurídica de los NNA privados del cuidado familiar, a fin de garantizar la restitución definitiva del derecho a vivir en familia.

En este sentido, la coordinación y articulación de acciones, así como la estandarización y armonización de criterios entre las autoridades de las procuradurías de protección, las fiscalías de justicia y el Poder Judicial resulta fundamental para la determinación de la separación familiar, las medidas de cuidado alternativo y el seguimiento y resolución de los casos.

Como se ha señalado, la LGDNNA establece un marco integral que busca garantizar la protección de derechos de NNA, y dispone de diversos mecanismos para responder frente a posibles vulneraciones de derechos con miras a lograr su restitución. En ese sentido, por ejemplo, señala en su artículo 12 que

Es obligación de toda persona que tenga conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes que sufran o hayan sufrido, en cualquier forma, violación de sus derechos, hacerlo del conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente y, en su caso, instrumentar las medidas cautelares, de protección y de restitución integrales procedentes en términos de las disposiciones aplicables.

Asimismo, en el artículo 30 bis contempla lo que se tiene que hacer cuando alguna persona tenga conocimiento o encuentre a un NNA en situación de indefensión o desamparo familiar:

Toda persona que encontrare una niña, niño o adolescente en estado de indefensión o que hubiere sido puesto en situación de desamparo familiar, deberá presentarlo ante las Procuradurías de Protección, ante el Sistema Nacional DIF o ante los Sistemas de las Entidades, con las prendas, valores o cualesquiera otros objetos encontrados en su persona, y declarará el día, lugar y circunstancias en que lo hubiere hallado.

Ante esta situación, las Procuradurías de Protección tienen la facultad, en términos del artículo 122, para la imposición de medidas de protección especial de NNA cuando exista un riesgo inminente contra su vida, integridad o libertad. Una de estas medidas es el ingreso a un centro de asistencia social; en este caso, la Procuraduría de Protección debe solicitar su imposición al Ministerio Público, quien deberá decretarlo durante las 3 horas siguientes a la recepción de la solicitud y dar aviso inmediato a la autoridad jurisdiccional competente, que dentro de las 24 horas siguientes a la imposición de la medida urgente de protección, deberá ratificarla, cancelarla o modificarla según considere (LGDNNA, artículo 122, VI, inciso a).

De acuerdo con el artículo 30 bis 1 de la LGDNNA, únicamente los CAS, ya sean públicos o privados, pueden recibir a NNA en situación de indefensión o desamparo familiar por disposición de la Procuraduría de Protección correspondiente o de otra autoridad competente. En la reforma a la LGDNNA del 3 de junio de 2019, se establecieron límites de tiempo para considerar a un NNA expósito o en situación de abandono.

Niñas, niños y adolescentes acogidos en Centros de Asistencia Social, serán considerados expósitos o abandonados una vez que hayan transcurrido sesenta días naturales sin que se reclamen derechos sobre ellos o se tenga información que permita conocer su origen, salvo que la Procuraduría de Protección correspondiente no cuente con los elementos suficientes que den certeza sobre la situación de expósito o abandonado de los menores de edad. En este caso, se podrá extender el plazo hasta por sesenta días naturales más.

Durante este periodo se harán todas las investigaciones necesarias para conocer su origen y se realizarán las acciones conducentes que les permitan reintegrarse al núcleo familiar de origen o extenso, siempre que no suponga un riesgo o sea contrario a su interés superior (artículo 30 bis 1).

Se considera expósito al menor de edad que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor de edad cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

Por lo que respecta a otras de las modalidades de cuidados alternativos diversas a la institucionalización, como la ubicación en la familia extensa o ampliada o la ubicación en una familia de acogida de carácter temporal, la LGDNNA no las menciona expresamente como medidas urgentes de protección, por lo que queda la duda de si que en este caso la solicitud de imposición al Ministerio Público y la ratificación judicial es exigida o no.

Una vez que se ha evaluado que un NNA requiere una modalidad alternativa de cuidado, es responsabilidad de los equipos de la procuraduría de protección emitir un plan de restitución de derechos, de acuerdo con el artículo 123, fracción IV, de la LGDNNA. El plan debe incluir:

- 1) La evaluación de la situación de vulnerabilidad.
- 2) Las medidas propuestas para la protección de la niña, niño o adolescente.
- 3) Coordinación con las entidades pertinentes para cumplir y aplicar el plan.
- 4) El seguimiento de la aplicación del plan.

III. Normatividad local

Tras la aprobación de la LGDNNA en 2014, tanto la Federación como las entidades federativas quedaron obligadas a adecuar su legislación de conformidad con los estándares y disposiciones generales establecidos por ésta, dando para ello un plazo de 180 días naturales a partir de su entrada en vigor (artículo segundo transitorio). Este proceso de armonización implica no sólo la emisión de leyes locales en materia de protección de derechos de NNA, sino la revisión y armonización integral de todo marco legislativo vinculado directa o indirectamente con esta protección: códigos civiles, penales, familiares, de procedimientos, leyes de asistencia social, de salud, de educación, entre otras.

En este sentido, actualmente todos los estados de la república cuentan con legislaciones específicas en materia de protección de derechos de NNA, las cuales en su mayoría son muy similares a la LGDNNA en cuanto a contenido y estructura, aunque en ciertas temáticas, como la que nos ocupa, pueden existir algunas variaciones; por ejemplo, la legislación de Ciudad de México es una de las que más ampliamente se ha encargado de regular las situaciones relativas a la pérdida del cuidado familiar y las opciones de cuidado alternativo para NNA. Durante los últimos años se han emitido nuevas legislaciones específicas para estas temáticas y se han realizado diversas reformas a la legislación civil y familiar en busca de su adecuación a la CDN y LGDNNA. En Ciudad de México además de la Ley de los Derechos de NNA, se cuenta con una Ley de Cuidados Alternativos para NNA y también con una amplia regulación en el Código Civil (capítulo v, del título noveno, libro primero) relativa a la determinación de la situación de desamparo familiar de un NNA y a su protección y tutela temporal.

Por las limitaciones de espacio y tiempo, en este capítulo no se entra al detalle de la regulación local en la materia vigente en cada uno de los estados; sin embargo, se invita al lector para tener en cuenta esta consideración y, según sea el caso y el interés particular de cada uno, consultar la legislación local respectiva.

E. ÁREAS DE ESPECIAL ATENCIÓN PARA AVANZAR EN LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE CUIDADOS ALTERNATIVOS EN MÉXICO

A partir de la contextualización brindada en este capítulo, hemos buscado dar un panorama general del sistema de cuidados alternativos en Mexi-

co, problematizando sobre algunas situaciones que prevalecen respecto a la separación familiar o pérdida del cuidado parental de NNA en el país.

Si bien México ha logrado incorporar los principios y estándares de la CDN y el enfoque de derechos de la infancia y la adolescencia, tanto en la LGDNNA como en la mayoría de las leyes locales en la materia, en relación con el derecho a vivir en familia, la pérdida del cuidado familiar y la provisión de medidas de cuidado alternativo para NNA, la regulación existente a pesar de ser amplia y de estar alienada con el marco normativo internacional, presentan aún desafíos importantes para su debida implementación. Como se ha podido observar, al momento existen disposiciones y mandatos que permanecen sin aplicación.

Como consta en la referencia estadística de este capítulo, en México persiste la institucionalización de los NNA que pierden el cuidado familiar como la medida de cuidado alternativo más recurrida y aplicada a pesar del mandato de la propia LGDNNA que obliga a priorizar otras formas de cuidado alternativo de tipo familiar, como el acogimiento en familia extensa o en una familia de acogida ajena. Si bien en los últimos años estas modalidades de cuidado han comenzado a desarrollarse y aplicarse en el ámbito federal y en diversos estados del país, su implementación presenta aún varios desafíos y su escala y alcances son reducidos.

Asimismo, la falta de estándares y criterios uniformes; evaluaciones rigurosas para la determinación del interés superior de NNA en cada caso, y seguimiento oportuno a los casos por parte de las diversas autoridades responsables conllevan muchos veces a la persistencia de separaciones familiares innecesarias, injustificadas o por tiempos muy prolongados.

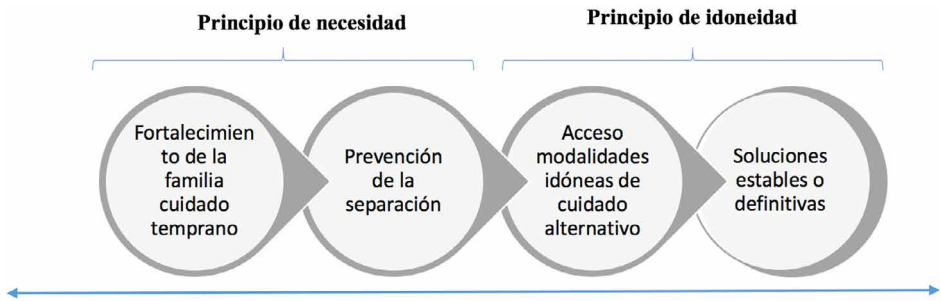
Como se mencionó, a pesar de la prohibición expresa de la separación familiar por falta de recursos y de la obligación establecida en la LGDNNA de notificar a las autoridades competentes cualquier situación de desamparo o desprotección que afecte a NNA, en México persisten los “ingresos voluntarios” a CAS sin que exista una notificación correspondiente y, en consecuencia, la posibilidad de realizar un control de la legalidad de la separación familiar e ingreso al sistema de cuidado alternativo (por parte de las fiscalías y del Poder Judicial), así como de realizar un diagnóstico integral de la situación de los derechos de esos NNA y, en su caso, la emisión de un plan de restitución por parte de las autoridades de las Procuradurías de Protección.

A modo de conclusión podemos señalar que para lograr la plena garantía del derecho a vivir en familia de todos los NNA en México es necesario impulsar una transformación sistémica de los actuales mecanismos de protección y restitución de derechos, que permita seguir avanzando en una

reforma integral del sistema de cuidados para NNA con base en los principios de la CDN, las Directrices y la propia LGDNNA. Esta transformación implica entre otras cuestiones:

- 1) La instrumentación de políticas que promuevan el fortalecimiento familiar y la permanencia de los NNA con sus familias y que desalienten la separación familiar innecesaria o injustificada mediante procesos rigurosos para la determinación del interés superior del NNA en cada caso.
- 2) La habilitación seria y sostenida de modalidades de cuidado alternativo de tipo o base familiar, tales como el acogimiento familiar y la regulación y mejora de la calidad del cuidado institucional hasta en tanto pueda ser erradicado.
- 3) La promoción de la desinstitucionalización gradual (es decir, el egreso planificado de los NNA que actualmente residen en algún CAS), mediante un proceso de revisión y definición de la situación jurídica que busque en cada caso la restitución definitiva del derecho a vivir en familia, ya sea con su familia de origen o extensa, con una familia adoptiva, o bajo otras soluciones alternativas que asegure la convivencia familiar y comunitaria de los NNA que viven en instituciones.

Figura 2. Fases del Sistema de Cuidados Alternativos de acuerdo con las Directrices



Fuente: elaboración propia.

F. CONCLUSIONES

Finalmente, se plantean algunas propuestas para la discusión y reflexión que podrían contribuir a llevar adelante la tarea planteada.

1. Para iniciar un proceso de transformación resulta fundamental generar un compromiso político duradero y sostenido que lidere la implementación de una ruta que incida en el cambio del sistema de cuidados. Esta tarea debería estar al más alto nivel, coordinado por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y en coordinación con diversos actores que integran el SIPINNA.
2. Por otro lado, es necesario desalentar aquellas circunstancias que afectan la estructura familiar, como la pobreza, la migración, la falta de oportunidades para el empleo, con salarios adecuados. A la vez, apoyar la inversión en programas para el fortalecimiento familiar considerando el desarrollo de habilidades parentales, resolución pacífica de conflictos, así como la prevención y detección temprana de la violencia comunitaria, con mecanismos de derivación oportuna, y desalentar la idea de que la institucionalización es benéfica para NNA.
3. Asimismo, es de vital importancia desarrollar un sistema nacional para la recopilación y el análisis periódico de todos los datos relativos a NNA en acogimiento alternativo o en riesgo de estarlo. Sin esta evidencia, no será posible desarrollar, estimar los costos e implementar eficazmente los cambios que requieren. Principalmente, es de suma importancia tener los datos actualizados sobre los NNA que se encuentran bajo el cuidado residencial, incluyendo la historia y los antecedentes de cada uno, las razones del acogimiento y otra información vital que ayudaría al personal de CAS a apoyarlos de la manera más adecuada.
4. Los recursos económicos son necesarios para sostener cualquier cambio al sistema de cuidados, sin embargo, ello no significa asignación de recursos adicionales, sino la redistribución de los que actualmente se destinan. Por ejemplo, las modalidades de cuidado residencial tienen un alto costo “al compararlo con la inversión necesaria para prevenir la separación familiar y brindar opciones de cuidado alternativo de alta calidad, el cuidado institucional conlleva un alto costo a largo plazo”.²¹

21 Hope and Homes, UNICEF, “Mas allá del Cuidado Institucional: una hoja de ruta para la reforma del sistema de protección y cuidado infantil destinada a los Gobiernos de América Latina y el Caribe”, 2021, p. 24.

5. Si bien existe la normatividad relativa al cuidado alternativo para NNA, es necesaria la emisión de directrices o protocolos que permitan a los equipos de las Procuradurías de Protección desarrollar evaluaciones que identifiquen los factores y criterios de riesgo y de las capacidades de las familias, y con ello evitar que se tomen decisiones a partir de juicios personales o criterios subjetivos. Este componente debe acompañarse de un proceso de capacitación y profesionalización de los equipos multidisciplinarios.
6. La especialización y capacitación de las autoridades que intervienen en la toma de decisiones afectan la situación familiar de NNA, como la emisión de lineamientos y orientaciones que permitan homologar, armonizar criterios y determinar los umbrales de riesgo resulta fundamental.
7. Ampliar la cobertura y diversificación de cuidados alternativos de calidad y de preferencias familiares y comunitarios, y asegurar el ingreso únicamente cuando sea necesario. Como el acogimiento familiar, los CAS a pequeña escala, y los departamentos de autonomía.
8. La ejecución de cada una de estas acciones sólo será posible si se realiza bajo un mecanismo de coordinación sólido entre las Procuradurías de Protección, el sistema de procuración e impartición de justicia, las organizaciones de la sociedad, y general de todas las autoridades que permitan fortalecer e incrementar las capacidades institucionales que generen mecanismos eficaces para la prevención de la separación familiar innecesaria.
9. Finalmente, generar lineamientos y programas específicos para garantizar a adolescentes y jóvenes un egreso seguro, acompañado y sostenido, del sistema de cuidados alternativos, que les permita continuar sus estudios y les dé facilidades o capacitación para el ingreso al campo laboral, se propicien el cuidado de la salud mediante el desarrollo de hábitos saludables, la prevención de la violencia, así como de maternidad o paternidad prematuras.

G. EJERCICIOS

Caso 1

Juan actualmente tiene 17 años, a los 7 llegó a la casa hogar. En su expediente se relata que fue encontrado en la esquina de una de las avenidas principales de la ciudad vendiendo dulces. Fue trasladado a la Agencia del Ministerio público, en donde se determinó que era víctima de explotación por parte de su madre, sin embargo, no se tienen más datos del resultado de la investigación ministerial. Ahora que a Juan, debido a su edad, se le ha planteado el plan para dejar la casa hogar, dijo que piensa vivir con una tía (prima de su madre) que, recordaba, se dedicaba a la venta de ropa y rentaba en una vecindad en el centro de la ciudad.

Con referencias generales, el personal de trabajo social acudió al domicilio, en donde efectivamente se encontró a la tía, quien se mostró temerosa al momento de la entrevista, pues señala que hace 10 años, cuando se llevaron a Juan, unas personas le dijeron a su hermana que lo mejor era que no lo buscara, que se fuera de la ciudad, porque la meterían a la cárcel. En ese momento, la mamá de Juan optó por regresar a su pueblo en la zona de la Huasteca hidalguense, en donde tenía hijos menores que Juan; desde entonces no ha regresado a la ciudad.

1. ¿Cuál considera que es la razón por la que Juan ha permanecido todo este tiempo en la casa hogar?
2. ¿Cuáles son las autoridades responsables de la restitución de derechos de Juan?
3. ¿Considera que era necesario el ingreso de Juan a la casa hogar?

Caso 2

Nancy es una adolescente de 15 residente en la Alcaldía Iztapalapa, madre de una niña de 6 meses de edad; según las personas que reportan el caso, es violentada física y psicológicamente, pues regaña a la bebé y a veces le pega, además de que está descuidada y sucia. Recientemente fue registrada, pero su esquema de vacunación no está completó. Nancy y su hija viven con los padres de la primera en un cuarto de la azotea. Debido a las condiciones de descuido e insalubridad hay muchas moscas y cucarachas. No atiende a la niña por estar todo el tiempo en el celular. Debido al embarazo Nancy dejó de asistir a la secundaria.

Sus padres han decidido que debe empezar a trabajar para solventar los gastos de la niña, quien quedará a cargo de su abuela. Le presionan para que se vaya a vivir con el papá de la niña, que es mayor que ella. En el expediente escolar se encontró que Nancy asistía irregularmente a clases, y en tres ocasiones llegó con moretones y rasguños.

1. ¿Cuál es la autoridad responsable de atender el caso de Nancy?
2. Indique cuáles derechos han sido vulnerados.
3. Cuáles serían las alternativas para proteger los derechos tanto de Nancy como de su hija?
4. ¿Considera que la bebé debería ser separada de Nancy para protegerla?, ¿por qué?

H. CUADROS DE REFERENCIAS

Referencias legislativas y normatividad

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4º, párrafos noveno, décimo y décimo primero.
- Convención sobre los Derechos del Niño: artículos 5, 7, 8, 9, 10, 18, 20, 21, 26 y 27.
- Convención Americana de Derechos Humanos: artículos 17.1 y 19.
- Protocolo Adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales: artículos 15 y 16.

Legislación

- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: artículo 13, f. IV, Capítulo Cuarto, del Derecho a Vivir en Familia, artículos 72, 82, 91, 93, 94, 95, 103, 105, f. I y IV, 109, 111, f. I, 114 y 116, f. IV, VIII y IX, 121 y 122.
- Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de cada entidad federativa del país.
- Reglamento de la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Artículos 49 a 56.
- Ley de Asistencia Social. Artículo 4º, f. I, inciso m).
- Código Civil Federal: 417, 444, f. IV, 492, 493 y 494
- Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 137, f. IX.

Normatividad

- NORMA Oficial Mexicana NOM-032-SSA3-2010, Asistencia social. Prestación de servicios de asistencia social para niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo y vulnerabilidad.
- CONOCER, EC1140 Certificación de Centros de Asistencia Social de Niñas, Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación, 26 de noviembre de 2018.

Referencias jurisprudenciales

Suprema Corte de Justicia de la Nación

- Primera Sala, Amparo directo en revisión 4398/2013. 2 de abril de 2014 (sobre el derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia).
- Primera Sala, Amparo en revisión 504/2014, 4 de febrero de 2015 (sobre la aplicación de principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad para la separación familiar).
- Primera Sala, Amparo en revisión 644/2016. 8 de marzo de 2017, (sobre el principio del mantenimiento del menor en su familia).

Tribunales federales

- Tribunales Colegiados de Circuito, Amparo en revisión 6/2015. 19 de febrero de 2015 (Visita y convivencia como derecho fundamental).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. (Sobre la muerte y lesiones de niños internos y las condiciones del instituto donde se encontraban).
- Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. (separación de niños de sus familias y de sustracción y retención ilegal).
- Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 106 (protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia).
- Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, (diversidad del núcleo familiar).
- Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Párrafo 159 (derecho a la protección familiar).
- Asunto L.M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2011., párrafo 14 (protección y fortalecimiento del núcleo familiar).
- Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.
- Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párrafo 225 (convivencia familiar).
- Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párrafo 104 (protección y fortalecimiento del núcleo familiar).
- Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párrafo 247 (protección a la familia en situaciones de desplazamiento forzado.)
- Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrafo 165 (Justificación debida para la separación de NNA de su familia).

Otras referencias

- Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los niños (2019).
- Cantwell, N.; Davidson, J.; Elsley, S.; Milligan, I.; Quinn, N. *Avanzando en la implementación de las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”*, Reino Unido, 2012.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *El derecho del niño y la niña a la familia Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13 17 de octubre de 2013.
- Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Resolución de 19 de agosto de 2014.
- *Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos.
- UNICEF-SNDIF, *Modelo de cuidados alternativos para niñas, niños y adolescentes migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en México: guía para su implementación*, México, 2019.
- UNICEF-RELAF, *Manual para la implementación de un programa de acogimiento familiar para niños, niñas y adolescentes en México*. México, 2018
- Hope and homes for children-UNICEF, *Más allá de la institucionalización, una hoja de ruta para la reforma del sistema de protección y cuidado infantil destinada a los Gobiernos de América Latina y el Caribe*. 2021

Bibliografía

- Cantwell, N., Davidson, J., Elsley, S., Milligan, I. y Quinn, N. , *Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Reino Unido, 2012.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Informe Especial sobre la situación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en centros de asistencia social y albergues públicos y privados de la República Mexicana*, 2019.
- Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina. “Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012”, párrafo 119. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.
- Disability Rights International (DRI) y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), *Abandonados y desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México*, 2010.
- Gómez Plata, M., *Los caminos del desamparo infantil. Intervención y tutela del Estado ante la pérdida de cuidados parentales*, tesis doctoral, México, 2016.

- Hope and Homes, Relaf, “El fin del silencio: la eliminación del cuidado de niños en instituciones”, 2014.
- Hope and Homes, UNICEF, “Mas allá del Cuidado Institucional: una hoja de ruta para la reforma del sistema de protección y cuidado infantil destinada a los Gobiernos de América Latina y el Caribe”, 2021.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, (Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), OEA/Ser. L/V/II. Doc.54/13, 2013.
- Pinheiro, P., *Reporte Mundial sobre Violencia contra los Niños*, Naciones Unidas, 2006.
- Relaf, *Derecho a la vida familiar y pobreza. Niñas, niños y adolescentes en situación de pobreza residentes en Centros de Asistencia Social en México*, Relaf, CEN, TejiendoRedesInfancia/Unión Europea, 2020.
- Williamson, J. y Greenberg, A., “Families, not orphanages”, Better Care Network Working Paper, 2010.

UNIDAD 9.
TEMAS SELECTOS DE
DERECHO INTERNACIONAL
FAMILIAR

Sustracción y adopción internacional de niñas, niños y adolescentes

Nuria González Martín

SUMARIO: A. PRESENTACIÓN; B. INTRODUCCIÓN; C. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA; D. ADOPCIÓN INTERNACIONAL: MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA; E. A MODO DE CIERRE; F. CUADROS DE REFERENCIAS.

A. PRESENTACIÓN

La normativa referida a la sustracción internacional parental de menores¹ tiene como objetivo proteger, en el ámbito internacional, a niñas, niños y adolescentes de los efectos nocivos del traslado o retención ilícita por parte de uno de sus progenitores, proporcionando un sistema de cooperación entre los Estados parte, y un procedimiento rápido para el regreso del menor a su estado de residencia habitual. La Convención sobre los Derechos del Niño se basa en el principio de que, salvo en las circunstancias previstas en los artículos 12, 13 y 20 de ésta, el traslado o la retención ilícita de un

1 Hacemos notar que desde el derecho internacional privado el término normalmente utilizado, y aceptado, para referirse al sector poblacional que representan niñas, niños y adolescentes es el de menor o menores, siempre subrayando que su asunción se hace desde el respeto y la inclusión y nunca como término despectivo ni peyorativo y mucho menos discriminatorio. No nos referimos a la determinación de nomenclatura por edades, un tema superado por lo estipulado en el artículo 5 de la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes —y su reforma de 2019—, sino simplemente a la terminología utilizada, en consenso, por esta área del conocimiento jurídico. Hacemos la aclaración, que estimamos más que necesaria para subrayar que se utilizará indistintamente una u otra terminología, es decir, niñas, niños y adolescentes incluyendo, asimismo, menores, niñez e incluso jóvenes. Sobre el tema, y con una apreciación muy pertinente que va evolucionando, véanse González Contró, M., *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Ciudad de México, México, IJ-UNAM, 2011; González Contró, M., “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, publicación electrónica, núm. 5, pp. 35-48, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.

menor de 16 años por parte de uno de sus progenitores —o incluso por parte de un familiar cercano— en un país que no es su residencia habitual no redunda en su interés superior.²

Por lo que se refiere al segundo tema que abordamos, la normativa internacional tiene por objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración, igualmente, del interés superior del menor, en especial, el derecho a crecer en un seno familiar para su mejor desarrollo y, en definitiva, el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional al instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga el secuestro y la venta o el tráfico de niñas, niños y adolescentes, así como asegurar el reconocimiento en los Estados parte de las adopciones realizadas de acuerdo con los convenios en la materia.

B. INTRODUCCIÓN

El estado de vulnerabilidad de niñas, niños, adolescentes y jóvenes crece de manera exponencial cada día. Los motivos son muchos y variados e incluso pareciera una broma de mal gusto que ante los avances y el desarrollo de las sociedades este sector poblacional quede más rezagado que nunca en su protección internacional e integral.

El interés superior de la niñez, como principio fundamental, debe ser el sustento del sistema jurídico de protección de niñas, niños y adolescentes y, por tanto, en aquellas acciones o decisiones en las que se encuentren involucradas e involucrados, no puede considerarse ningún otro interés como

2 Cuando hablamos del interés superior del menor decimos que es un concepto jurídico indeterminado y que ello obedece a la idea de que lo que es mejor para cada niña, niño o adolescente se tendrá que analizar caso por caso. No obstante lo anterior, el interés superior del menor en un caso de sustracción internacional iría encaminado, con el cuidado debido que amerita semejante aseveración, en el derecho del niño de volver o retornar al lugar de su última residencia habitual, el lugar donde acude a su escuela y convive con sus familiares y amigos, para que una autoridad judicial decida dónde va a vivir y que no sean los padres quienes de manera unilateral tomen esa decisión, Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en latinoamérica*, México, Porrúa, 2017. Por su parte, el interés superior del menor en el marco de la adopción consiste en situar al niño, niña o adolescente en el centro del proceso y velar por que en todo momento sus intereses y necesidades específicas sean contempladas y respetadas en cada una de las etapas del proceso de adopción, comenzando por la declaración de su adoptabilidad.

prevalente si hay un menoscabado o va en contra de lo que mejor le conviene a su persona, de manera individual.

Los crecientes movimientos migratorios, la permeabilidad de las fronteras, el desarrollo de las comunicaciones y, en general, el fenómeno de la globalización de los últimos tiempos³ han contribuido a la unión de parejas de distintas nacionalidades y al establecimiento de la residencia habitual de parejas de la misma nacionalidad en terceros países, a los que emigran buscando mejores condiciones de vida —desde el aspecto laboral hasta las oportunidades de desarrollo—. Los conflictos y rupturas que en ocasiones se generan en estas uniones y en las que existen hijos menores han ocasionado, a su vez, entre otros fenómenos, la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores, conocida igualmente como sustracción internacional parental de menores.⁴

El cruce de fronteras va en muchas direcciones, este trasiego transfronterizo también ha provocado que ante la baja natalidad en los países desarrollados y la alta natalidad en aquellos considerados en vías de desarrollo se propicie la búsqueda de la ampliación de la familia fuera del territorio nacional, a través de adopciones internacionales y en las que la protección de los menores involucrados tiene que ser el objetivo único, se debe resguardar y proteger a dicho colectivo de que bajo una figura jurídica legal, como la adopción internacional, se pueda encubrir un acto ilícito tal como tráfico de menores con fines de explotación laboral, sexual, fundamentalmente, o tráfico de órganos, entre otros. Otra cuestión diferente, pero que amerita supervisión también, es la búsqueda de una solución legal, adopción internacional, cuando la gestación por sustitución o maternidad subrogada, por ejemplo, no deja otra alternativa, una vez más, en el interés superior del menor nacido bajo un contrato de esta naturaleza.⁵

3 González Martín, N., “Globalización familiar: Nuevas estructuras para su estudio”, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón, Tomo I*, Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, pp. 649-678.

4 González Martín, N., “Capítulo 3: Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: excepción de grave riesgo a través de la jurisprudencia mexicana”, en Rodríguez, Tania Gabriela y Treviño Fernández, Sofía (coords.), *Criterios de interpretación del Convenio de La Haya de 1980. Avances y desafíos en materia de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 73-75.

5 Albornoz, M. M. (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, UNAM-IIJ-CIDE, 2020; Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K., “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano:

En ambos supuestos planteados, la sustracción internacional parental de menores o la adopción internacional de menores, los derechos en juego, igualmente, son muchos y variados, desde el derecho de niñas, niños y adolescentes a tener contacto con ambos progenitores, el derecho humano a no ser separado, hasta el derecho a no ser desarraigado de su tierra natal, pues aplica el principio de subsidiariedad, en el que la adopción internacional, en el interés superior de la niñez, es la última instancia a la que se puede recurrir cuando se busca una familia a un menor que no la tiene, frente a la prioridad debida en su ubicación en el seno familiar biológico o la adopción nacional.

Para poder proyectar estas temáticas, tras la presentación y con esta introducción, se parte de un planteamiento general en torno a los motivos por los que proliferan el número de casos en ambas figuras, es decir, tanto la sustracción internacional parental de niñas, niños y adolescentes como la adopción internacional, para, posteriormente, presentar su regulación, primero en materia de sustracción internacional, así como la regulación en materia de adopción internacional, finalizando con unas conclusiones. Se agrega una serie de cuadros en torno a las referencias legislativas, jurisprudenciales y otras en ambas figuras jurídicas, sustracción y adopción internacional.

C. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Las convenciones internacionales que cubren el tema de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores son el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁶ y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989,⁷ gestados en el foro de codificación universal y regional,⁸ respectivamente.

una propuesta legislativa desde la academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, pp. 230-251, 2014.

6 Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

7 Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>.

8 Subrayamos que, para los efectos de esta contribución, sólo nos referiremos a la normativa de la Convención de La Haya de 1980 y no a la Convención Interamericana de 1989. La razón es el número más elevado de Estados firmantes en un convenio

El Convenio de La Haya de 1980 es el más invocado, 101 países forman parte de él y, por tanto, la interacción entre Estados firmantes vislumbra, por el número elevado de éstos, una gran cooperación para resolver los casos de menores involucrados, y cuando hablamos de cooperación nos referimos al cuarto sector constitutivo del contenido del derecho internacional privado, el área jurídica que le da cobertura a estos supuestos,⁹ el cual lleva implícita la colaboración, la confianza y, por ende, la buena comunicación entre las autoridades centrales designadas en un convenio con este contenido.¹⁰

Éste no es un tema aislado o tangencial para México, al contrario, es central, dadas las cifras que las estadísticas muestran, tanto de menores sustraídos desde México como hacia México. Los datos de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y en concreto de la Dirección de Familia, han llegado a posicionar, en algún momento, a México como el primer país en el mundo en sustracciones internacionales parentales de menores; los datos de los dos cuadros expuestos a continuación muestran una dinámica o actividad intensa en materia de sustracción internacional parental de menores.

gestado en un foro de codificación universal como es el Convenio de La Haya de 1980, y aunque esto ya lo hemos expresado en el cuerpo de la contribución, lo que queremos subrayar y hacer notar aquí es que el articulado de ambos convenios tiene un contenido casi idéntico, con la salvedad, a favor de la Convención Interamericana, de su cláusula de compatibilidad, establecida en el artículo 34: “Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueron parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980”. Una cláusula que debería tener toda la normativa de *hard law* para clarificar qué convenio es aplicable cuando hay solapamiento —duplicidad— de materias ante la suscripción de dos convenios sobre la misma temática por parte de un Estado en particular.

- 9 Para nosotros, los cuatros sectores constitutivos del derecho internacional privado son: la competencia judicial internacional, el derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y la cooperación.
- 10 Cooperación que puede tener, a su vez, una variedad de modalidades, desde las comunicaciones judiciales directas, las redes de jueces de enlace, como la Red Internacional de Jueces de La Haya, o la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, por ejemplo.

Cuadro 1. Restitución (sustracción)^A de menores en México por año^B

Año	Total de casos	Menores involucrados
2008	278	432
2009	248	371
2010	222	316
2011	300	444
2012	347	494
2013	324	487
2014	295	421
2015	314	474
2016	264	397
2017	258	381
2018	225	340
2019	261	354
2020	169	236
2021	107	143

^A Agrego la palabra “sustracción” para subrayar que cuando se habla de restitución me refiero a la sustracción de manera indistinta —sin olvidar que para restituir primero hay que sustraer—.

^B Cifras actualizadas al 30 de junio de 2021.

Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Datos abiertos, 2021.
 Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/derecho-de-familia-restitucion-de-menores>.

Cuadro 2. Restitución (sustracción)^A de menores: casos activos 2021^B

Supuesto	Casos	Menores involucrados
Sustraídos desde México	54	74
Sustraídos hacia México	53	69
Total	107	143

^A Agrego la palabra “sustracción” para subrayar que cuando se habla de restitución me refiero a la sustracción de manera indistinta —sin olvidar que para restituir primero hay que sustraer—.

^B Cifras actualizadas al 30 de junio de 2021.

Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Datos abiertos, 2021.
 Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/derecho-de-familia-restitucion-de-menores>.

Un par de cuadros adicionales muestran, dada la frontera compartida entre Estados Unidos de América y México, cómo ambos países ocupan el primer lugar en el número de sustracciones, tanto sustraídos desde como hacia México. De hecho, y como dato adicional, las estadísticas de 2014 de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que no mostramos por cuestión de espacio, revelaron cómo ambos países representaban 10% del total de sustracciones internacionales parentales de menores en el ámbito mundial.

Cuadro 3. Restitución de menores: sustraídos desde México (desglose)

País al que fueron trasladados	Casos	Menores involucrados
Argentina	1	1
Australia	1	1
Colombia	1	1
Costa Rica	2	2
Cuba	1	1
España	1	2
Estados Unidos	41	58
Francia	1	2
Guatemala	1	2
Honduras	1	1
Nicaragua	1	1
Países Bajos	1	1
Serbia	1	1
Total	54	74
A Cifras actualizadas al 30 de junio de 2021.		

Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Datos abiertos, 2021.
 Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/derecho-de-familia-restitucion-de-menores>.

Cuadro 4. Restitución de menores: sustraídos desde México (desglose)

País de procedencia	Casos	Menores involucrados
Chile	1	1
Colombia	4	5

País de procedencia	Casos	Menores involucrados
España	2	3
Estados Unidos	29	42
Francia	1	1
Honduras	12	13
Nicaragua	1	1
Noruega	1	1
Reino Unido	1	1
Venezuela	1	1
Total	53	69
A Cifras actualizadas al 30 de junio de 2021.		

Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Datos abiertos, 2021.
 Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/derecho-de-familia-restitucion-de-menores>.

Para atender situaciones como la descrita, el Convenio de La Haya de 1980 establece procedimientos para asegurar el retorno inmediato de menores de 16 años trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores —progenitor sustractor— al Estado de su última residencia habitual, en infracción a los derechos de guarda, custodia y visitas, legítimamente atribuidos o reconocidos del otro progenitor —progenitor perjudicado—.

Las causas por las que uno de los progenitores sustrae internacionalmente al menor son de diferente naturaleza y calado; así, a veces obedecen a motivos económicos, diferencias en las percepciones y concepciones, e incluso motivos tan graves como la violencia doméstica que pudiera estar sufriendo el progenitor sustractor, y de manera directa o indirecta sus hijos menores.¹¹

Para el entendimiento de este supuesto jurídico, es importante aclarar que estamos ante un traslado o retención ilícita, según el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980,

1. Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier

11 Lowe, N., “Some Moot Points on the 1980 Hague Abduction Convention”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 46, 2015, pp. 683-704.

otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y 2. Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.¹²

En definitiva, la Convención de La Haya de 1980 tiene como regla general el retorno inmediato, es decir, la restitución inmediata con el objeto de proteger a los menores en su interés superior, previendo sólo excepciones limitadas para no restituir. En otras palabras, garantiza la restitución inmediata ya que se presume, salvo circunstancias excepcionales, que el traslado o retención ilícito por parte de uno de los progenitores no responde al interés superior del menor, y sí la restitución a su Estado de residencia habitual, en donde podrá continuar en contacto, en principio, con ambos padres, y seguir sus rutinas escolares, sociales, entre otras, y en donde se dirimirán los asuntos de fondo, como guarda, custodia, patria potestad, alimentos, etcétera.

De esta manera, el Convenio de La Haya de 1980 adopta los objetivos de i) proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle su traslado o retención ilícitos; ii) establecer los procedimientos para garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente al Estado parte de su última residencia habitual,¹³

12 Es importante señalar, y lo volvemos a reforzar, que esta materia necesita tener claridad semántica en cuanto a la nomenclatura y conceptualización empleada y, por ello, hay que definir con claridad términos como: sustracción/restitución; traslado/retención ilícita; menores/niñas, niños y adolescentes; residencia habitual; derechos de guarda/custodia y visita, González Martín, N., “Capítulo 3: Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: excepción de grave riesgo a través de la jurisprudencia mexicana”.

13 El concepto de residencia habitual se torna, en estos casos también, importante. En Estados Unidos destaca, de manera particular, el caso *Gitter v. Gitter* (*Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd Cir. 2005) [cita INCADAT: HC/E/USf 776] en el que la intención de los padres prevalecía en la determinación de la residencia habitual. Dichos parámetros fueron confirmados posteriormente por la decisión del mismo circuito en *Guzzo v. Cristofano*, (*Guzzo v. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2nd Cir. 2013) [cita INCADAT: HC/E/US 1212]). Dichas decisiones hacen énfasis en los inconvenientes derivados únicamente en la intención de los padres para fijar la residencia habitual y por ello reafirman en torno al último momento en el que su intención fue conjunta. Al resolver, el tribunal debe ver, como es usual al determinar la intención, tanto las acciones como las declaraciones. *Residencia habitual*, como concepto libre de ficciones y presunciones, es decir, libre de restricciones de tiempo, elemento volitivo y que, además, varía entre la residencia habitual para los menores (centro de vida) y la residencia habitual para los adultos (centro

y iii) garantizar la protección del derecho de visita y custodia del menor, a través de la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados involucrados. Así, tal como hemos venido exponiendo, los objetivos descritos se encuentran encaminados a la protección del interés superior del menor y, con esta finalidad, se consagra la idea de su restitución inmediata.¹⁴

Para dar curso a todo lo anteriormente señalado, el Convenio de La Haya de 1980 determina de forma clara la competencia judicial internacional, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente, y dispone que la competencia sobre la restitución o retorno corresponde al juez del lugar donde el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente, y la com-

de intereses). De hecho, y siguiendo a Mayela Celis, una evolución que ha pasado de la “adaptación del menor a su entorno” como un factor preponderante, a la “intención de los padres” como factor prevalente, a una postura híbrida o ecléctica que va más allá de la suma de las dos anteriores. Por la naturaleza eminentemente fáctica, no se puede fijar la residencia habitual del menor de manera artificial e indefinida en un país solamente porque existan restricción, por ejemplo, de viaje ante la pandemia, Celis, M., “Hacia una interpretación uniforme del concepto d residencia habitual en el contexto de la sustracción internacional de menores y su impacto en tiempos de pandemia”, *XLIV Seminario Nacional (Virtual) de Derecho Internacional Privado y Comparado: “Perspectivas para el derecho internacional privado en una sociedad post-pandemia”*, 17 de noviembre de 2021. Disponible en www.amedip.org. El caso *Monasky v. Taglieri* ha cambiado, igualmente, el panorama en Estados Unidos. Véanse al respecto algunas publicaciones disponibles en: conflictoflaws.net.

- 14 Reiteramos, y con ello reforzamos, que el principio toral que cubre o debería de amparar, sin restricción alguna, la protección internacional e integral de la niñez global es el principio del interés superior del menor, el cual tiene su origen en la Sentencia Blissets de 1774 (Eng. Rep. 899, 1774). Dos siglos más tarde, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 supuso un gran avance al incorporar el interés superior de la niñez para la concepción, interpretación y aplicación de cuantas medidas pudieran afectarles, estipulado en su artículo 3, Torrecuadrada García-Lozano, S., “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, IJ-UNAM, vol. 16, núm. 1, pp. 131-157, 2016; Torrecuadrada García-Lozano, S., “Capítulo Octavo. Aproximación crítica al interés superior del niño”, en González Martín, N. (ed.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior del menor. Perspectivas de derecho comparado*, México, IJ-UNAM, 2020. En la actualidad, es un principio que inspira el reconocimiento jurídico de los derechos de los niños y los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos, Hierro Sánchez-Pescador, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos”, en *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos (AA. VV.)*, Madrid, Unicef-AECID, 2015, p. 24). El interés superior de la niñez no aporta soluciones generales, sino que proporciona un instrumento de ponderación, tal como expresamos en la introducción, de las circunstancias relevantes en presencia, lo que nos puede conducir a una solución u otra diferente, en función del contexto en cada caso y del niño en relación con el cual se vaya a adoptar la medida.

petencia sobre asuntos de fondo, por ejemplo, la custodia, corresponde al juez del lugar de su última residencia habitual antes del traslado o retención ilícita.

Con la idea de recapitular y continuar con la exposición en torno al contenido de dicha normativa internacional, tenemos, por tanto, una regla y excepciones, a veces no tan “excepcionales”:¹⁵

1. Regla. Localizar y restituir inmediatamente al menor a su última residencia habitual y restaurar el *status quo* anterior a la sustracción tan pronto como sea posible para evitar los efectos dañinos del traslado o retención ilícita, en su interés superior;
2. Excepción. No restituir si se dan ciertas circunstancias:
 - Artículo 12 (2), cuando se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente debido al paso del tiempo (el plazo establecido es de un año: tiempo transcurrido entre la sustracción y la solicitud de restitución en el país de origen —no el tiempo que transcurre hasta que la autoridad judicial o administrativa la recibe¹⁶—);
 - Artículo 13 (1)(a), haya habido consentimiento o aceptación —del traslado— por parte del solicitante de restitución;
 - Artículo 13 (1)(b), haya exposición del menor a un “grave riesgo”, es decir, peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable;
 - Artículo 13 (2), la objeción del menor según su edad o grado de madurez y
 - Artículo 20, violación de derechos humanos fundamentales.

Todas las excepciones estipuladas tienen un fundamento forjado, como no puede ser de otra manera, en el multimencionado interés superior de niñas, niños y adolescentes; pero al centrarnos en la excepción contenida en el artículo 13(1)(b), vemos un tema de alta complejidad en las sustracciones y restituciones internacionales, debido al uso, y quizás el abuso, de la alegación de “grave riesgo”, en la cual la violencia doméstica está a la orden del día. La invocación de las excepciones, en general, desvirtúa la naturaleza de la propia Convención de La Haya de 1980 que provoca, incluso, situaciones extremas dado el retraso en la resolución, especialmente en aquellos casos más graves.

15 González Martín, N., “Non exceptional exceptions: the latest on the United States of America and Mexico Supreme Courts’ Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, pp. 23-33, 2015. Disponible en: <http://www.sybil.es/archive/vol-19-2015/>.

16 Se busca evitar dilaciones injustificadas que pueden resultar perjudiciales para niñas, niños y adolescentes.

En ese sentido, puede ocurrir que los propios progenitores busquen dilaciones indebidas a través de la regla de excepcionalidad del plazo de un año y así invocar la adaptabilidad del menor a su nuevo entorno o la manipulación o falsedad de un grave riesgo, como la violencia doméstica, dejando indefensos, por desestimación o sobreseimiento del juez, lamentablemente, aquellos casos que sí ameritan dicha invocación y protección.¹⁷

Además, hay otra situación que se reitera y es con respecto a los órganos judiciales competentes para resolver sobre la restitución, quienes pareciera que se decantan por aceptar excepciones de manera sistemática, quizás con una tendencia o inercia hacia la protección de quienes sustraen o son sustraídos al coincidir, en un número importante de casos, con sus orígenes nacionales; es decir, quienes sustraen lo suelen hacer al territorio del cual se consideran connacionales, con la idea de que un tribunal nacional emitirá una decisión a su favor.¹⁸

No queremos dejar de expresar que a todos estos motivos de grave riesgo se les ha agregado, por motivos de la covid-19, el argumento del grave riesgo por contagio del virus y por, ende, la enfermedad. La pregunta es cómo se ha tratado la excepción de grave riesgo cuando se invoca particularmente la pandemia.

En los casos en que México ha estado involucrado como Estado requirente o requerido, se han planteado dos hechos relacionados con la pandemia. El primero, en relación con el *viaje* y, en ese sentido, el supuesto fue si trasladar a uno niño o una niña en un medio de transporte como el avión constituye o no un grave riesgo, teniendo en cuenta, además, el cierre de fronteras entre países; el segundo se refirió a las *condiciones sanitarias* en el Estado de su última residencia habitual, condiciones tan perjudiciales o tan

17 González Martín, N., “Non Exceptional Exceptions: The latest on the United States of America and Mexico Supreme Courts’ Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)”, pp. 23-33; De la Rosa Cortina, J. M., *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

18 González Martín, N., “International parental child abduction and mediation: an overview”, *Family Law Quarterly*, vol. 48, 2014, pp. pp. 319-350; González Martín, N., “Non Exceptional Exceptions: The latest on the United States of America and Mexico Supreme Courts’ Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)”; González Martín, N., “Capítulo 3: Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: excepción de grave riesgo a través de la jurisprudencia mexicana”, pp. pp. 73-124.

dañinas que regresar a un niño o a una niña a dicho país lo pueda someter a un grave riesgo.

La tendencia internacional, a través de sus precedentes judiciales,¹⁹ rechaza ambas situaciones.²⁰ Así, pareciera que casi por regla general los tribunales rechazan la excepción de grave riesgo por el simple hecho de la pandemia, pero ello no significa que se va a ordenar un retorno de manera ordinaria como se realizaría antes de la pandemia y, por lo tanto, sí es necesario dictar medidas adicionales que garanticen precisamente el retorno seguro.

¿Cuáles serían las medidas adicionales que garantizan el retorno seguro? Una sería que tanto autoridades judiciales como las centrales procuren un retorno voluntario o una amigable composición —artículos 7 y 10, Convenio de La Haya de 1980—. Si bien este ejercicio siempre se hace, o se debe hacer, en todos y cada uno de los casos de restitución, buscar una amigable composición, un retorno voluntario va a ayudar a reducir precisamente que el niño se exponga a una condición sanitaria adversa, en su viaje o en su llegada. Otra medida adicional sería fomentar resoluciones judiciales en las cuales expresamente se solicita que tanto el niño o niña como sus acompañantes cumplan con las medidas sanitarias básicas y prácticas durante la pandemia, incluido un seguro médico durante el viaje e incluso con cobertura a la llegada del niño.

Por otro lado, reiterar que si el retorno no es posible por algún cierre de fronteras o alguna otra circunstancia, tampoco es una condición para negarlo, sino que se deberá realizar tan pronto como sea posible y de una forma segura; durante ese inter —que puede ser semanas o meses—, se deberá asegurar el contacto entre el niño o niña y el progenitor perjudicado para evitar, precisamente, que haya un desapego, respetando el derecho del niño, niña o adolescente a tener contacto con ambos progenitores.

En otro orden de ideas, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya),²¹ organismo universal en el cual se gestó el Convenio de La Haya de 1980, ante una realidad presente que no coincide exactamente con la realidad visualizada hace 41 años, alienta el

19 Case Law on the HCCH 1980 Child Abduction Convention Related to the COVID-19 Situation. <https://www.incdat.com/en>.

20 Reyes Moncayo, M. A., Mesa de Análisis Materia Familiar, 6 Taller de Cooperación Procesal Internacional, 29 de octubre, 2020.

21 Disponible en: <https://www.hcch.net/es/home>.

desarrollo de instrumentos internacionales paralelos para darle actualidad, fundamentalmente. Recordemos que un instrumento como éste, un tratado internacional, un instrumento de *hard law* o derecho duro, es vinculante para los 101 Estados que lo han firmado y ratificado hasta la fecha y, que por su propia naturaleza no puede ser reformado.

Precisamente por esta necesidad de visualizar y superar problemas reales, prácticos, que acontecen ante la obsolescencia de la normativa convencional internacional, la Conferencia de La Haya, en su etapa contemporánea, más que forjar nuevos instrumentos de *hard law* se enfoca en dar actualidad o una puesta en práctica a los convenios mediante instrumentos de *soft law*, es decir, a través de comisiones especiales, y de ahí sus conclusiones y recomendaciones, a través de leyes modelo, guías de buenas prácticas, protocolos, etcétera. Instrumentos de *soft law* que poseen dos características principales: la falta de poder de vinculación directa y su innegable influencia en el futuro desarrollo legislativo y su referencia en la actuación judicial. Si la primera de las características nos pudiera dejar en la duda de su efectiva factibilidad, por ese falso adagio en torno a que “lo que no te obliga no se cumple”, la segunda característica toma fuerza y sentido común al ser invocada y aplicada por los interlocutores en la materia y muy especialmente por los encargados de legislar y, por tanto, implementar las buenas prácticas en el marco normativo interno, así como para aquellos que deben aplicar y, por tanto, tomar decisiones basadas, en este caso, en el principio del interés superior del menor en materia de sustracción internacional de menores. El verdadero reto es dar a conocer y divulgar instrumentos de *soft law*, sus bondades y el impacto que pueden llegar a tener.²²

Por último, en este breve recorrido por el articulado más significativo del Convenio de La Haya de 1980 no queremos dejar pasar por alto la connotación de celeridad que demanda la materia y, por ello, es importante hacer notar que el artículo 11 señala que “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores”, y para ello establece un plazo de 6 semanas, 45 días, para llegar a una decisión en los casos de sustracción. Un plazo que muy difícilmente se llega a concretar en la práctica, pero que sería deseable, una vez más, por el interés superior de la minoridad involucrada.

22 En esta contribución, en los cuadros dedicados a otras referencias, aprovechamos la oportunidad para dar a conocer, o publicitar, algunos de estos instrumentos internacionales de *soft law*, tanto para sustracción como para adopción internacional.

Lo anterior tiene una relación directa con el hecho de la puesta en práctica de la cooperación entre autoridades centrales designadas que propicia no sólo la prevención, sino el retorno voluntario antes de iniciar un proceso jurisdiccional e incluso la mediación familiar internacional, al retomar lo estipulado en sus artículos 7 y 10 cuando prevé y promueve la resolución amigable.²³

D. ADOPCIÓN INTERNACIONAL: MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Al igual que acontece con el tema de la sustracción internacional parental de menores, en materia de adopción internacional hay dos convenciones con contenido específico sobre la materia e, igualmente, una procedente del foro de codificación regional y otra universal, en los que también podría darse un solapamiento de materias cuando un Estado, y es el caso de México, tiene firmados y ratificados ambos instrumentos internacionales. Esta situación no plantea un problema, digamos, de sobrerregulación, por ejemplo, y lo podemos enfocar por la complementariedad entre ambos, y con ello la posibilidad de tener (más) “candados” eficientes para proteger a la minoría desamparada.

De esta manera, por un lado, tenemos —por orden cronológico y para dar realce a la idea de que no hay jerarquía entre convenciones derivadas de un foro universal y regional—, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, firmada en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, CIDIP-III, (Convención Interamericana de 1984),²⁴ y, por otro lado, la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección y cooperación en materia de adopción internacional (Convención de La Haya de 1993).²⁵ Por las mismas razones anotadas arri-

23 Quien suscribe estas líneas, es parte del Pilot Mediation Program, en casos de sustracción, el cual desde hace unos años se promueve entre California, Estados Unidos, y Ciudad de México, en concreto, entre el Departamento de Justicia de California y la Dirección de Familia de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana, y en el cual los jueces enlaces que pertenecen a las redes de cooperación son parte fundamental también. Por el lado mexicano, destacamos el papel de la autoridad central mexicana y de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez.

24 Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Interamericana_sobre_Conflictos_de_Leyes_en_materia_de_Adopcion.pdf.

25 Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>.

ba en los casos de sustracción, por el alto número de países signatarios de la Convención universal, con 104 en la actualidad, sobre ésta volcaremos los comentarios para analizar la adopción internacional, sin dejar de apreciar, y en su momento evocar, el articulado de la Convención Interamericana de 1984 cuando sea procedente.

Para dar más énfasis a lo expresado desde la introducción, en la actualidad, en materia familiar, hay una serie de variantes que provocan el cruce de fronteras y de ahí la extensión del concepto o modelo de familia o familias.²⁶ En el contexto de la adopción internacional, podemos hablar de familia transnacional, ya que la connotación de internacionalidad de la adopción da la diversidad de residencias habituales entre los futuros padres adoptantes y el menor o menores adoptados; es decir, el punto de contacto o conexión necesario para imbuir estos supuestos jurídicos en el derecho internacional privado no lo da la nacionalidad entre adoptante(s) o adoptado(s), sino que exista, entre ambas partes, dos residencias habituales en dos diferentes países. Digamos que ese elemento de extranjería representa o da paso a un concepto de familia; familia transnacional, y, por ende, un agregado a los diferentes modelos familiares.²⁷ De hecho, se habla, por parte de una doctrina reconocida, de un “nuevo diccionario familiar”²⁸ que puede mostrar las variantes de los modelos familiares ante una globalización más transfronteriza que nunca.

En definitiva, la noción de familia y su relación con el derecho internacional privado y el derecho internacional privado de familia es un tema que demanda toda la atención y, en ese sentido, recomendamos la propuesta de su estudio articulando principios e instituciones familiares: 1) derecho

26 El derecho de familia internacional y transnacional ha sido un campo de estudio en desarrollo y un área creciente de práctica legal en los últimos años. Para ver toda esta temática crucial, recomendamos la lectura de Douglas, G., Murchs, M. y Stephens, V. (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018.

27 Muir Watt, H., “Les modèles familiaux à l’épreuve de la modialisation (Aspects de Droit international privé)”, en A.-L. Calvo Caravaca, A.L. y Iriarte Ángel, J.L. (eds.), *Mundialización y familia*, pp. 11-22, Colex, Madrid, 2001; Guzmán Zapater, M. y Esplugues Mota, C. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; González Vicente, P., “Cuestiones internacionales en Derecho de familia”, en *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. La voz del Derecho de familia*, pp. 109-117, AEAFA, Madrid, 2017.

28 No sólo reflejado en la literatura jurídica, sino desde la antropología, psicología, etcétera, Hacker, D., *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, U.K., Cambridge University Press, 2017.

a tener una familia (filiación o maternidad subrogada, gestación por sustitución o adopción internacional); 2) interés superior del menor (restitución internacional de menores, obligación alimentaria, maternidad subrogada o gestación por sustitución, adopción internacional), y 3) acceso a la justicia (divorcio, obligación alimentaria, efectos patrimoniales del matrimonio).²⁹

Por otro lado, no está de más subrayar que la adopción se concibe como una opción centrada en respetar uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Niño de 1989, como es el derecho a poder vivir, crecer y desarrollarse dentro de una familia brinde la protección y el cuidado que toda niña, niño, adolescente y joven necesita para poder crecer y desarrollarse adecuadamente.³⁰

Entrando en el contexto puntual, México es considerado, cuando hablamos de adopción internacional y dada su alta tasa de natalidad, como país emisor de menores; ello se puede comprobar de los datos que derivan del cuadro 5, en el cual se detallan las adopciones internacionales que se han dado, por estado de origen y año.

29 Dreyzin de Klor, A., “Derechos humanos y derecho internacional privado”, *Anuario Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 2018, 2018. No olvidemos que la enumeración no queda zanjada cuando visualizamos dentro de dichos principios, por ejemplo, instituciones como menores migrantes no acompañados, o el tema de las familias separadas en fronteras como Estados Unidos-México.

30 Es importante recordar que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, considerada como la Carta Magna de la niñez, reconoce a la familia como el eje fundamental de la sociedad para la protección y desarrollo de niñas, niños y adolescentes, y, por ello, a lo largo de su articulado, contiene el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a vivir y crecer en una familia, así como el establecimiento de diversas acciones que tienen que hacer los Estados y las comunidades para poder preservar ese derecho.

En el siguiente cuadro también podemos visualizar que hay una serie de países con los que México tiene una mayor afluencia de adopciones, que puede atender a diversas razones, tanto la proximidad geográfica, como una lengua o cultura común o cercana con el país o, incluso, obedecer tan sólo a razones de cooperación entre dichos países que son signatarios de la Convención de La Haya de 1993, lo cual da certeza jurídica y protección a los menores que son adoptados internacionalmente. Dichos países, como se desprende de los datos más actuales, son Estados Unidos de América, Italia, España y Francia. Como vemos, países como Canadá, Suiza, Holanda o Alemania también tienen una tendencia a adoptar en México, si las cifras no representan esta tendencia en el cuadro de 2021 sí se visualiza en años anteriores.

Cuadro 6. Adopciones internacionales por país de recepción^A

Año	Alemania	Austria	Canadá	EUA	España	Francia	Irlanda	Italia	Países Bajos	Suiza	Total
2006					1	8		1	2		12
2007					2	13		8	1		24
2008					6	10		7		5	28
2009					22	11		5			38
2010				4	9	8		18			39
2011			4	12	11			16		2	45
2012				12	7		1	15			35
2013				15	3	1		10			29
2014				25	4	2					31
2015				16				3			19
2016	2			17	4			1			24
2017				13				1			14
2018				30	2			2			34
2019			1	25	2	1		1			30
2020				9	6			1		2	18
2021		1		12							13
Total	2	1	5	178	79	54	1	89	3	7	433

^A Cifras actualizadas al 30 de junio de 2021.

No queremos dejar de expresar que México también puede ser país de recepción de niñas, niños y adolescentes extranjeros a través de la adopción internacional; es decir, nacionales y extranjeros, residentes habituales en México,³¹ pueden cruzar fronteras y solicitar la adopción en terceros Estados, previa obtención del certificado de idoneidad expedido por la autoridad central mexicana, pero como veremos en los datos del cuadro 7, el número es realmente mínimo, y la razón lógica es que al ser un país de emisión de menores, se fomenta, o debería fomentarse, la adopción nacional entre los residentes en México, y así no desarraigar a niñas, niños y adolescentes del país del que son nacionales, lo cual lleva implícitas muchas connotaciones, que deben ir en la inequívoca dirección de la mencionada protección internacional e integral de su interés superior.

Cuadro 7. Adopciones internacionales: extranjeros adoptados en México por año^A

Año	Extranjeros adoptados en México
2006	
2007	
2008	
2009	
2010	
2011	
2012	
2013	1
2014	
2015	
2016	
2017	

31 Una adopción por extranjeros es la promovida por personas extranjeras que residen en el territorio nacional, es decir, se caracteriza por ser promovida por ciudadanos de otro país pero que tienen residencia habitual en el territorio nacional. Y aquí anotamos un tema delicado cuando bajo la ficción de adopción por extranjeros se soslaya o se deja de hacer una adopción internacional por una adopción nacional, con menor número de requisitos y sobre todo menor seguimiento a las niñas, niños y adolescente que son adoptados bajo la figura jurídica no correcta.

Año	Extranjeros adoptados en México
2018	2
2019	
2020	
2021	
Total	3
^A Cifras actualizadas al 30 de junio de 2021.	

Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Datos abiertos, 2021.
 Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/derecho-de-familia-restitucion-de-menores>.

Junto con las aseveraciones y datos aportados, tenemos que el Convenio de La Haya de 1993, en su artículo 2, se retroalimenta de la definición de adopción internacional que se da desde la Convención Interamericana de 1984 y, tal como adelantamos, define a la adopción internacional con base en la residencia habitual en Estados distintos (progenitor/adoptante). De esta manera, tenemos que

1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ('el Estado de origen') ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ('el Estado de recepción'), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

El Convenio de La Haya de 1993, y de lo que se deriva del contenido de su articulado, no regula, exactamente, ninguno de los sectores relativos a la competencia directa del derecho internacional privado ni la competencia judicial internacional, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente ni el derecho aplicable; dos sectores constitutivos del contenido del derecho internacional privado que sí abarca la Convención Interamericana de 1984. Lo que sí contiene el Convenio de La Haya de 1993 es cooperación y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Es decir, en adopción internacional, ese solapamiento de materias tan común en la época en la que se gestaron dichos convenios internacionales no crea obviamente una situación de anomía, ni siquiera de sobrerregulación, en este caso, sino de complementariedad que se traduce en una buena garantía de la protección internacional e integral de niñas, niños y adolescentes inmersos en este supuesto jurídico internacional. La idea, sin lugar a dudas,

es evitar situaciones anómalas que dejen en un estado de vulnerabilidad absoluta a los menores. Es una Convención que ha logrado amalgamar los principios rectores del adoptado en el país de origen y los principios de los adoptantes en el país de recepción, y ha logrado una armonización de los sistemas jurídicos de donde surgirá el interés de adoptar y donde surgirá la protección del adoptado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante expresar que el Convenio de La Haya de 1993 es el primero especializado en la materia y ha generado un modelo de actuación facilitando una norma mínima como pauta de referencia sobre la que normalizar la mayoría de las actuaciones. Así, el Convenio de La Haya de 1993 reúne una serie de principios fundamentales, como objetos, que hacen de él un sistema de garantía en la tramitación de las adopciones internacionales:

- 1) La designación de autoridades centrales en cada uno de los Estados parte coordinadas entre sí y, con ello, la posibilidad de incorporar, por delegación, la práctica mediadora a través de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI).³²
- 2) El establecimiento de un procedimiento de cooperación
- 3) Un mecanismo útil y sencillo de tramitación de los expedientes.
- 4) Un sistema de reconocimiento recíproco de decisiones

Todas las cifras expuestas en los cuadros compartidos muestran no sólo el nivel de cooperación entre autoridades centrales, como contenido fundamental del Convenio de La Haya de 1993, lo cual se traduce, y ya lo subrayamos, en colaboración, confianza y comunicación entre los Estados contratantes, y en el respeto debido, en el interés superior de las niñas niños y adolescentes que serán adoptados y se trasladarán a otro país, sino que obedece, asimismo, a otro principio fundamental ya mencionado, el de subsidiariedad que parte hacia la búsqueda de soluciones nacionales de tipo familiar,³³ es decir, buscar que el menor se quede en su seno familiar bio-

32 González Martín, N., *Adopción internacional: la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, IJ-UNAM, 2006. El Convenio de La Haya de 1993 incorpora, *ex novo*, la posible delegación de competencias de las autoridades centrales en organismos privados debidamente acreditados por los Estados Parte, aunque la intervención de éstos no sea imperativa.

33 Se trata de que, a través de programas de ayuda a las familias y de diferentes programas de reintegración o de reinserción familiar, en los casos de separación temporal, y en aquellos en los que ya se trate de una separación definitiva, acelerar estos procesos judiciales y administrativos que se requieren para que el niño, ante una situación de

lógico, si es posible, o en su defecto se pueda buscar una familia adoptiva en el contexto nacional —dentro del propio entorno comunitario de origen del niño— y, como último recurso, que se abra la posibilidad de adoptar internacionalmente, cuando en definitiva se han agotado todas las opciones posibles dentro del país de origen de las niñas, niños y adolescentes.³⁴

Aunque no está vinculado con el principio de subsidiariedad sino más con la idea de fomentar, incluso, la cultura de la adopción en México y el hecho, importante, de no desarraigar a los menores mexicanos de su país de origen, el cuadro 8 muestra la tendencia hacia el aumento de la edad de los menores mexicanos que son adoptados en otro país, a partir de los 3 años; este es un dato dado importante, dado que los niños considerados “mayorcitos” —o incluso los grupos de hermanos o quienes tienen alguna enfermedad o discapacidad— con frecuencia no son considerados para la adopción nacional, lo que provoca un incremento de la institucionalización de niñas, niños y adolescentes mexicanos, al crecer dentro de las casas cuna o casas hogar.

Cuadro 8. Adopciones internacionales: por edad de los menores adoptados^A

Año	Meses	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años	8 años	9 años	10 años	11 años	12 años	13 años	14 años	15 años	16 años	17 años	18 años	Total	
2006				3	3	2	2	1	1												12
2007	4		1	1	2	3	2	1	3		3	2	1	1							24
2008	4	1	1	2	6	3		4	5	2											28
2009	2	4	3	6	9	4	5	2	3												38

imposibilidad de permanecer o regresar a su entorno familiar de origen, pueda lo más rápidamente posible acceder a una medida de restitución del derecho a vivir en familia, como puede ser la adopción.

34 Es importante señalar que, aun cuando recoge prácticamente todos los principios de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y de la Convención de la Haya de 1993, en su aplicación práctica, la legislación mexicana, en concreto, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, todavía tiene desafíos importantes al aplicar los principios generales internacionales al contexto nacional, y que realmente se puedan verificar en procesos de adopción que respondan, por completo, al interés superior de niñas, niños y adolescentes. Esta es una cuestión de gran relevancia, de recepción del derecho internacional y de armonización normativa implícita también, Corte Ríos, A., *Guía para la armonización normativa de los derechos humanos*, México, CNDH, 2019.

Año	Meses	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años	7 años	8 años	9 años	10 años	11 años	12 años	13 años	14 años	15 años	16 años	17 años	18 años	Total
2010	1	2	2	2	2	1	3	3	4	8	6	2	1	1	1					39
2011		2	2		2	7	3	5	5	6	2	2	1	4	2		1		1	45
2012	1	1		2	1	3	3	5	4	6	1	2	3				2	1		35
2013			1		1		2	4	4	3	3	3	1	3		2	1		1	29
2014	1		1		1	1		3	3	1	4	4	2	1	2	2	3	1	1	31
2015				1	1	1		2			1		2		1	2	3	3	2	19
2016		1		1	1	1	1	2	3		1	4	4	1	1		2	1		24
2017		1			1			2		2	1	2	1				1	2	1	14
2018				3			2	4	2	6	2	1	4	1	1	2	2	3	1	34
2019		1			1	1		1	2	1	1	1	2	1	4	5	4	5		30
2020		1		1		2	1	2	3	2	1	2				2	1			18
2021										1	2	3	2	1	2	1		1		13
Total	13	14	11	22	31	29	24	41	42	37	26	25	22	13	12	15	20	16	7	433

^A Cifras actualizadas al 30 de junio de 2021.

Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Datos abiertos, 2021.
 Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/derecho-de-familia-restitucion-de-menores>.

Llegados a este punto, ante el panorama planteado y con el fin de abarcar un conocimiento o estudio de la adopción internacional completo, es importante exponer contenido de ésta, desde los requisitos para realizarla hasta su procedimiento y reconocimiento.

En cuanto a los requisitos para que proceda la adopción,³⁵ tenemos que diferenciar, una vez más, entre el Estado de origen o emisión y el Estado de recepción.

35 Por cuestiones de tiempo y espacio, no entraremos en los detalles de procedimiento, pero es importante anotar un ejemplo, subrayando la trascendencia de ir adaptando los procesos a las necesidades reales y actuales. El certificado de idoneidad, como documento fundamental que va integrado en el expediente de adopción internacional, emitido por el Estado de origen de los futuros padres adoptivos, en México, concretamente, y a raíz de avances en las reformas en la materia —de junio de 2019—, será válido en todo el país, y por ello se pueden llevar a cabo también los procesos de adopción en

En el Estado de origen, las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes:

- a) han establecido que el menor es adoptable;
- b) han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del menor en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior de la niña, niño o adolescente en particular;
- c) se han asegurado de que: 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el menor de edad y su familia de origen, 2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y 4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y
- d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, de que: 1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario, 2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño, 3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y 4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

En el Estado de recepción, las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción “a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; b) se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado”.

Igualmente, subrayamos, reforzando el contenido de cooperación del Convenio de La Haya de 1993, la designación de las autoridades competentes. De esta manera, todo Estado contratante designará a una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone. En México, a partir de 2015, de acuerdo con el artículo 96 del

cualquier entidad federativa, independientemente del lugar donde se encuentre la niña, niño o adolescente.

Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, “En términos de los Tratados Internacionales, el Sistema Nacional DIF es la autoridad nacional encargada de coordinar las Adopciones Internacionales, incluso aquellas en las que intervengan los Sistemas de las Entidades”; con ello, a través de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, se materializa la autoridad que se encargará de coordinar las adopciones internacionales en todo el país.³⁶

En cuanto al procedimiento, éste consiste básicamente en una cooperación interinstitucional entre los órganos competentes de los Estados, el de origen y el de recepción. El Convenio establece los requisitos que se deben acreditar para que proceda la adopción, así como las funciones principales de las autoridades.

El reconocimiento, siempre importante y pareciera que talón de Aquiles de muchas convenciones, tanto universales como regionales, es fundamental. Una adopción certificada conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La resolución judicial de la adopción internacional será, de acuerdo con el Convenio, adopción plena. No queremos dejar de mencionar, al igual que lo hicimos en el apartado de sustracción, que la adopción internacional ha sufrido las consecuencias o afectación que la covid-19 ha traído al mundo, que ralentizaron, y a veces congelaron, los procedimientos de adopción internacional, dando trámite prácticamente sólo a aquellos procesos que antes de la pandemia tenían un grado de avance considerable, y atendiendo, posteriormente, el tema del reconocimiento, crucial siempre en el interés superior de la niñez.

Por último, en cuanto al orden público como elemento para denegar el reconocimiento de la adopción, tenemos que sólo podrá denegarse en un Estado contratante si la adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.³⁷

36 La Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes tiene jurisdicción exclusiva para adopciones internacionales en Ciudad de México, y cuenta con atribuciones de jurisdicción subsidiaria en las demás entidades federativas. Igualmente, hay que destacar que uno de los objetivos principales de atribución de la Procuraduría es autorizar o revocar los permisos de los organismos internacionales, ECAI, que acuden para representar solicitantes extranjeros de adopción internacional. En torno a dicha práctica mediadora, véase González Martín, N., *Adopción internacional: la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*.

37 Scotti, L., “La protección de los derechos humanos en la restitución internacional de niños”, *Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado*, año 11, núm. 2, pp. 141-170, 2014.

E. A MODO DE CIERRE

De todo lo expresado en esta contribución, tenemos varios puntos que deben ser destacados.

De inicio, la innegable evolución de una sociedad marcada, más que nunca, por el cruce de fronteras en el cual la familia y la niñez cobra protagonismo indubitado. Cambios que demandan la puesta al día de la normativa internacional y, por supuesto, su armonización legislativa en el ámbito nacional. Cambios de paradigmas, como bien puede ser el concepto de residencia habitual —ya no se fija de manera artificial e indefinida— como “el” punto de contacto o conexión de primer orden, frente a la nacionalidad e incluso al domicilio, y que van de la mano con el interés superior de la niñez.

Consideramos importante expresar y así finalizar, a modo de cierre, que la pandemia por la covid-19 dejó muchas lecciones aprendidas y otras por aprender. Y es, precisamente, en esa tesitura en la que colocamos el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), que pueden contribuir a facilitar el acceso a la justicia en situaciones privadas de carácter transnacional, de manera general, pero también en materia familiar y niñez.³⁸ El hecho de realizar mediaciones familiares internacionales en línea en casos de sustracciones internacionales parentales de menores o el hecho de utilizar las TIC para facilitar comunicación entre los diferentes actores que intervienen en una adopción internacional, acelerando el procedimiento, es de suma importancia, pero también es fundamental estar siempre atentos y ser conscientes de los riesgos relacionados con la utilización de las TIC, para detectarlos y erradicarlos, incluso desde la responsabilidad ética que deriva su uso. La propia cooperación jurídica internacional cobra un lugar de excepción y se aboga por el uso de herramientas tecnológicas para dicha cooperación,³⁹ pero siempre que no se vulnere el orden público internacional.

38 Ya recogido en 2015, en la denominada “Agenda 2030, objetivos de desarrollo sostenible”, que promueve sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, a través de su objetivo 16 “Paz, justicia e instituciones sólidas”, se promueve facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

39 Desde las redes internacionales de jueces y autoridades; plataformas de comunicación segura; comunicaciones judiciales directas; notificaciones electrónicas, audiencias virtuales, por numerar algunas de las más recurridas en la actualidad. Albornoz M. M. y Paredes, S., “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 17:2, pp. 224-254, 2021.

Los avances tecnológicos llegaron para quedarse y su celeridad demanda ir a la par de teóricos y prácticos, para ser congruentes con el fin prioritario, para los menores involucrados en una sustracción o adopción internacional, que es la multimencionada, y nunca bien ponderada, protección internacional e integral de niñas, niños y adolescentes.

F. CUADROS DE REFERENCIAS

Sustracción/restitución internacional de menores

Referencias normativas y normatividad
<p>Constituciones y tratados internacionales</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4. • Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya). • Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores. • Convención sobre los Derechos del Niño: artículos 3, 9, 10, 11 y 12. <p>Legislación</p> <p>Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2.</p> <p>Código de Procedimientos Civiles del Estado de México: artículos 2.361 al 2.372.</p>

Referencias jurisprudenciales
<p>Suprema Corte de Justicia de la Nación</p> <ul style="list-style-type: none"> • Primera Sala, Amparo en Revisión 1134/2000, 20 de junio de 2001 (Derecho a la defensa y garantía de audiencia (debido proceso). • Primera Sala, Amparo en Revisión 812/2010, 1 de enero de 2010 (Derecho de defensa y de la garantía de audiencia. Principio de seguridad jurídica. Interés superior de niñas, niños y adolescentes en el marco de la Convención de la Haya). • Primera Sala, Amparo en Revisión 1576/2006 (Inexistencia de un procedimiento específico de restitución. Interés superior de la niñez. Derechos de defensa y garantía de audiencia). • Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 745/2009, 17 de junio de 2009. (Aplicación de la excepción prevista en el art. 12 de la Convención de la Haya. Interés superior del menor. Alcance del art. 14 constitucional.) • Primera Sala, Amparo en Revisión 812/2010, 1 de enero de 2010. (Restitución internacional de menores.)

- Primera Sala, Amparo en Revisión 150/2013, 10 de julio de 2013 (Constitucionalidad de la Convención de La Haya. Derecho de defensa y garantía de audiencia de las partes).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014 (Grave riesgo, aplicación del artículo 13 de la Convención de la Haya. Derechos procesales. Oposición a la restitución (autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes). Interés superior del menor).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2014, 14 de enero de 2015 (Aplicabilidad de las excepciones previstas en la Convención de la Haya. Computación del tiempo transcurrido).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 151/2015, 8 de julio de 2015 (Aplicación de la excepción prevista en el art. 12 de la Convención de la Haya (cuestión de temporalidad). Interés superior del menor).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1564/2015, 2 de diciembre de 2015 (Excepción de grave riesgo contenida en el artículo 13 del Convenio de la Haya, por la existencia de un proceso penal contra el progenitor solicitante de la restitución).
- Primera Sala, Amparo Directo de Revisión 4102/2015, 10 de febrero de 2016 (Aplicación de las excepciones previstas en los art. 12 y 13 de la Convención de la Haya. Declaración de los menores. Interés superior del menor).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5669/2015, 13 de abril de 2016 (Violencia familiar. Constitucionalidad de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Aplicación de excepciones previstas en art. 13 y 20 de la Convención de la Haya. Interés superior del menor. Derechos procesales).
- Primera Sala, Amparo Directo 9/2016, 6 de septiembre de 2017 (Grave riesgo para el menor. Criterio de temporalidad al presentar la solicitud según el artículo 12 de la Convención de la Haya. Excepción de oposición por parte del menor. Derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas).
- Primera Sala, Amparo Directo 26/2016, 10 de enero de 2018 (Derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas).
- Primera Sala, Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018 (Grave riesgo para el menor. Mayor beneficio para la integridad física y emocional del menor. Excepción de oposición por parte del menor. Alegación de la violencia familiar. Criterio de temporalidad de la solicitud en términos del artículo 12 del Convenio).
- Primera Sala, Amparo Directo 29/2016, 15 de febrero de 2017 (Grave riesgo para el menor. Excepciones a la restitución previstas en el artículo 13 del Convenio de la Haya).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4833/2016, 21 de junio de 2017 (Aplicación estricta de las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio de La Haya. Condición migratoria del solicitante no es causa bastante para negar la restitución. Restitución inmediata antes del periodo de 1 año de la sustracción).

- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6293/2016, 24 de mayo de 2017 (Aplicación de las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya. Interés superior del menor. Valoración de la opinión de los niños en procesos de restitución. Derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas).
- Primera Sala, Amparo Directo 8/2017, 11 de abril de 2018 (Convención de la Haya no idónea para la ejecución de una sentencia extranjera sobre derechos de custodia).
- Primera Sala, Amparo Directo 52/2017, 22 de agosto de 2018 (Criterio de temporalidad en la solicitud, en términos del artículo 12 del Convenio de la Haya. Integración del menor a un nuevo ambiente familiar. Derecho de los niños al contacto transfronterizo y visitas).
- Primera Sala, Contradicción de Tesis 191/2018, 26 de junio de 2019 (Procedencia del juicio de amparo directo contra sentencias que resuelvan restitución internacional de menores).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 444/2018, 31 de octubre de 2018 (Facultades de las autoridades administrativa en materia de restitución internacional).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 867/2018, 3 de junio de 2019 (Aplicación de las excepciones previstas en los art. 12 y 13 de la Convención de la Haya. Criterios ante la excepción de oposición por parte del menor. Interés superior del menor).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 997/2018, 5 de septiembre de 2018 (Derechos de audiencia y debido proceso. Acreditación de sustracción ilegal. Aplicación de excepciones previstas en la Convención de la Haya (art. 13. integración a nuevo entorno).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6927/2018, 7 de agosto de 2019 (Consentimiento del traslado o la permanencia del niño en el lugar de refugio. Criterios ante la excepción de oposición por parte del menor. Artículo 13 de la Convención de la Haya).

Otras referencias

Organización de las Naciones Unidas

- Comité de la Convención de Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1): párrafo 68.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH)

- Base de datos de jurisprudencia (INCADAT)/Estadísticas/Perfiles de países
- Contacto transfronterizo relativo a los niños — Principios generales y Guía de buenas prácticas; 2008
- La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional — Guía de buenas prácticas; 2008
- Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores — Primera Parte — Práctica de las Autoridades centrales; 2003
- Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores — Segunda Parte — Medidas de aplicación; 2003

- Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores — Tercera Parte — Medidas de prevención; 2005
- Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores — Cuarta parte — Ejecución; 2010
- Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores — Quinta parte — Mediación; 2012
- Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores— Sexta parte— artículo 13(1)(b); 2019
- Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños octubre de 2017.
- Guía de herramientas para el convenio sobre sustracción en tiempos de COVID-19, 2020
- Herramienta para profesionales sobre reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos en materia de familia que involucran a los niños, 2022

Adopción internacional

Referencias normativas y normatividad

Constituciones y tratados internacionales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 4.
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: artículo 21.
- Convenio de La Haya, del 29 de mayo de 1993, sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional
- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores: artículo 18.
- Convención Interamericana sobre Adopción de Menores

Legislación

- Código Civil del Distrito Federal: artículos 410-E y 410-F.
- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal: artículos 923 y 1019.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: artículos 4, 29, 30, 30 bis, 30 bis 2, 30 bis 3, 30 bis 4, 30 bis 5, 30 bis 6, 30 bis 7, 30 bis 8, 30 bis 9, 30 bis 10, 30 bis 11, 30 bis 12, 30 bis 13, 30 bis 14, 30 bis 15, 31, 33 y 33.
- Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: 38, 40 y 86-104.

Referencias jurisprudenciales

Suprema Corte de Justicia de la Nación

- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1472/1997, 8 de septiembre de 1999 (Adopción internacional de menores. Procedencia de la adopción: Patria potestad y consentimiento en los procedimientos de adopción).
- Primera Sala, Amparo en Revisión 518/2013, 23 de abril de 2014, (Adopción internacional de menores. Mantenimiento del vínculo biológico).

Otras referencias

Organización de las Naciones Unidas

- Comité de la Convención de Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1): párrafos 36 y 38.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH)

- Estadísticas/Perfiles de países
- La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional, Guía de Buenas Prácticas, Guía N° 1.
- Acreditación y organismos acreditados para la adopción. Guía de Buenas Prácticas, Guía N° 2.
- Comisiones Especiales-2005 y 2015 enfatizan en sus recomendaciones “el uso de sistemas de comunicación flexibles y eficientes tomando en cuenta, cuando estén disponibles, los avances tecnológicos”, las Tecnologías de la Comunicación de Información “han mejorado el procedimiento de adopción internacional, en particular al facilitar las comunicaciones entre los diferentes actores y al permitir acelerar el procedimiento”, respectivamente.

Bibliografía

- Albornoz, M. M. (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, UNAM-IIJ-CIDE, 2020.
- Albornoz M. M. y Paredes, S., “No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities”, *Journal of Private International Law*, 17:2, pp. 224-254, 2021.
- Celis, M., “Hacia una interpretación uniforme del concepto de residencia habitual en el contexto de la sustracción internacional de menores y su impacto en tiempos de pandemia”, *XLIV Seminario Nacional (Virtual) de Derecho Internacional Privado y Comparado: “Perspectivas para el derecho internacional privado en una sociedad post-pandemia”*, 17 de noviembre de 2021. Disponible en www.amedip.org.

- Corte Ríos, A., *Guía para la armonización normativa de los derechos humanos*, México, CNDH, 2019.
- De la Rosa Cortina, J. M., *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Dreyzin de Klor, A., “Derechos humanos y derecho internacional privado”, *Anuario Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 2018, 2018.
- Douglas, G., Murchs, M. y Stephens, V. (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018.
- Gaudemet-Tallon, H., “*Individualisme et mondialisation: aspects de Droit international privé de la famille*”, en *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon/Un engagement au service du Droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge/Amberes/Portland, Intersentia, pp. 181-194, 2013.
- González Contró, M., *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Ciudad de México, México, IJ-UNAM, 2011.
- González Contró, M., “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, publicación electrónica, núm. 5, pp. 35-48, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.
- González Martín, N., *Adopción internacional: la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, IJ-UNAM, 2006.
- González Martín, N., “International parental child abduction and mediation: an overview”, *Family Law Quarterly*, vol. 48, pp. 319-350, 2014.
- González Martín, N., “Non Exceptional Exceptions: The latest on the United States of America and Mexico Supreme Courts’ Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, pp. 23-33, 2015. Disponible en: <http://www.sybil.es/archive/vol-19-2015/>
- González Martín, N., “Globalización familiar: Nuevas estructuras para su estudio”, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón, Tomo I*, pp. 649-678, Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.
- González Martín, N., “Capítulo 3: Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: excepción de grave riesgo a través de la jurisprudencia mexicana”, en Rodríguez, Tania Gabriela y Treviño Fernández, Sofía (coords.), *Criterios de interpretación del Convenio de La Haya de 1980. Avances y desafíos en materia de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes*, pp. 77-128, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- González Vicente, P., “Cuestiones internacionales en Derecho de familia”, en *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. La voz del Derecho de familia*, pp. 109-117, AEA-FA, Madrid, 2017.
- Guzmán Zapater, M. y Esplugues Mota, C. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Hacker, D., *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, U.K., Cambridge University Press, 2017.
- Hierro Sánchez-Pescador, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos”, en *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos (AA.VV.)*, Madrid, Unicef-AECID, 2015.

- Lowe, N., “Some Moot Points on the 1980 Hague Abduction Convention”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 46, pp. 683-704, 2015.
- Muir Watt, H., “Les modèles familiaux à l’épreuve de la modalisation (Aspects de Droit international privé)”, en A.-L. Calvo Caravaca, A.L. y Iriarte Ángel, J.L. (eds.), *Mundialización y familia*, pp. 11-22, Colex, Madrid, 2001.
- Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K., “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el derecho mexicano: una propuesta legislativa desde la academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, pp. 230-251, 2014.
- Reyes Moncayo, M. A., Mesa de Análisis Materia Familiar, 6 Taller de Cooperación Procesal Internacional, 29 de octubre, 2020.
- Scotti, L., “La protección de los derechos humanos en la restitución internacional de niños”, *Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado*, año 11, núm. 2, pp. 141-170, 2014.
- Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en latinoamérica*, México, Porrúa, 2017.
- TorreCuadrada García-Lozano, S., “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, IJ-UNAM, vol. 16, núm. 1, pp. 131-157, 2016.
- TorreCuadrada García-Lozano, S., “Capítulo Octavo. Aproximación crítica al interés superior del niño”, en González Martín, N. (ed.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior del menor. Perspectivas de derecho comparado*, México, IJ-UNAM, 2020.

UNIDAD 10.
REDISTRIBUYENDO RIESGOS,
CUIDADOS Y RIQUEZAS

Introducción al derecho a la seguridad social y políticas públicas con enfoque de familia

Diana Beatriz González Carvallo

SUMARIO: A. EL PANORAMA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO VISTO EN CLAVE DE VÍNCULOS FAMILIARES; B. SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA: ALGUNOS DATOS; C. NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA; I. Esquema contributivo de aseguramiento; 1. Instituto Mexicano del Seguro Social; 2. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado; 3. Seguro Social para Trabajadores de las Fuerzas Armadas; II. Esquema no contributivo de aseguramiento; III. La normatividad internacional sobre el derecho humano a la seguridad social y la familia; D. LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA; I. PENSIONES DE VIUDEZ EN EL CONCUBINATO; II. Pensión por viudez en el matrimonio; III. Pensiones por ascendencia y orfandad; IV. Guarderías; E. ALGUNOS TEMAS PENDIENTES EN LA AGENDA SOBRE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS Y CUIDADOS EN EL SISTEMA DE ASEGURAMIENTO SOCIAL: PENSIONES, FAMILIAS QUE SÍ Y FAMILIAS QUE NO Y GUARDERÍAS; I. Matrimonios y concubinatos que sí; matrimonios y concubinatos que no; II. Guarderías, ¿cuidado privado sin estructura pública?; III. Las pensiones y las cuestiones de género; F. CUADROS DE REFERENCIA.

El derecho de familia y el derecho de la seguridad social distribuyen riesgos de acuerdo con ciertas circunstancias filiales, laborales y socioeconómicas de los sujetos. El derecho a la seguridad social cubre eventos que afectan al titular del aseguramiento y, en consecuencia, a quienes la legislación de seguridad social considera integrantes del grupo familiar que califican como titulares de protección derivada. En el catálogo mínimo de riesgos cubiertos por este derecho, y que se intersectan con lo que la legislación de familia y la de seguridad social entienden como familia tutelable, están el embarazo, el posparto, las pensiones de viudez para esposas y concubinas, las pensiones de orfandad y por ascendencia y la prestación de guarderías para niños en edad no escolar.

Este capítulo parte de la idea planteada por, entre otras, la profesora Ann Alstott¹ de que el derecho de familia está integrado por reglas distributivas,

1 Alstott, A., Private Tragedies? Family Law and Social Insurance, *Harvard Law and Policy* (3), pp. 3-30, 2009. Disponible en: https://harvardlpr.com/wp-content/uploads/sites/20/2013/05/4.1_2_Alstott.pdf.

relaciones financieras y responsabilidades entre sujetos que son una modalidad de seguro social. Esas normas de derecho de familia complementan las de los programas públicos, contributivos y no contributivos, cuya población objeto son las familias. Una manera más adecuada de entender el derecho de familia es, entonces, como un subconjunto del derecho de la distribución de riesgos sociales que, precisamente, es el objeto del derecho de la seguridad social. Hay dos puntos fundamentales en los que estas especialidades coinciden: asumen cosas en relación con el cuidado familiar y el apoyo económico y, de esa manera, determinan quiénes son los sujetos asegurados cuando las familias se disuelven o enfrentan situaciones de riesgo social. En segundo lugar, los cambios en la política pública o en la legislación familiar o de previsión social modifican la probabilidad de ocurrencia de riesgos y su distribución.

La normatividad internacional en materia de derechos humanos y, según la interpretación que yo defiendo del artículo 123, la Constitución mexicana estipulan que el derecho a la seguridad social es universal. Eso supone, al menos, que sin importar el estatus familiar o laboral de los sujetos todos son titulares del derecho a tener cubiertos ciertos riesgos sociales. Ahora bien, pese a que el mandato constitucional es ese, el modelo mexicano de aseguramiento social no es universal. En primer lugar, porque la legislación sólo reconoce este derecho a cierta categoría de trabajadores y a sus beneficiarios. Quienes no tienen empleo formal y sus familias son clasificados como receptores de apoyo públicos, pero no como titulares del derecho a la seguridad social. En segundo lugar, y derivado de ese laboralismo del derecho a la seguridad social en México, para un alto porcentaje de la población asegurada estas prestaciones son accesibles sólo si encuadran en la definición de familia de las legislaciones primaria y secundaria de aseguramiento social.

En este capítulo presento los desafíos que supone para la titularidad del derecho a la seguridad social su carácter laboralista y familista y lo que eso conlleva respecto de la distribución social de riesgos, responsabilidades de cuidado y riqueza que hace el modelo mexicano de aseguramiento social. La idea que defiendo es que, en términos generales, la familia modelo para la distribución de riesgos, cuidados y riqueza de la legislación y de la doctrina constitucional no sólo es obsoleta, sino que, desde el comienzo, condenó a ciertos arreglos familiares a la desprotección y a las vulnerabilidades jurídica y económica. Esto no sólo porque asigna tutelas bien diferentes a las familias que acceden mediante aseguramiento derivado del trabajo formal de uno de sus miembros y las que acceden vía “programas sociales”, sino porque cubre a la población con cierto tipo de empleo y sus beneficiarios, que únicamente representan alrededor de 40% de la población de México.

Para desarrollar este argumento dividiré el capítulo en dos grandes secciones. La primera, más de tipo descriptivo, i) expone los rasgos generales del sistema de aseguramiento social en México; ii) presenta algunas cifras sobre ese aseguramiento y cobertura familiar; iii) da cuenta de las legislaciones nacional e internacional básicas en la materia, y iv) expone las características más sobresalientes de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en materia de familia y seguridad social. La segunda parte explora los efectos de la normatividad y la adjudicación constitucional en punto de la distribución de riesgos, cuidado y riqueza a través del derecho de la seguridad social.

A. EL PANORAMA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO VISTO EN CLAVE DE VÍNCULOS FAMILIARES

En este apartado quisiera hacer una presentación breve del modelo de aseguramiento social en México. Eso permitirá tener una mejor lectura de los datos de población asegurada y de los mecanismos legales y de adjudicación que distribuyen riesgos a partir de la noción de familia tutelable.

El derecho a la seguridad social en México está reconocido en el artículo 123 de la Constitución y en los instrumentos y resoluciones internacionales que integran el parámetro de regularidad constitucionalidad. Con base en ese parámetro se evalúan las normas, decisiones judiciales, resoluciones administrativas y ciertas actuaciones de entes privados. Es laboralista y familista en tanto la relación filial² con un asegurado es la puerta de entrada de muchas personas a la titularidad de esa prestación.

El artículo 123 establece que la Ley del Seguro Social (LSS) comprenderá los seguros de invalidez, vida, vejez, cesación involuntaria del trabajo, enfermedades y accidentes, el servicio de guardería y cualquier otro que permita garantizar el bienestar de los trabajadores, los no asalariados, los campesinos y otros sectores sociales y sus familias.³ El modelo establece una diferencia sustantiva respecto de la titularidad del derecho a la seguridad

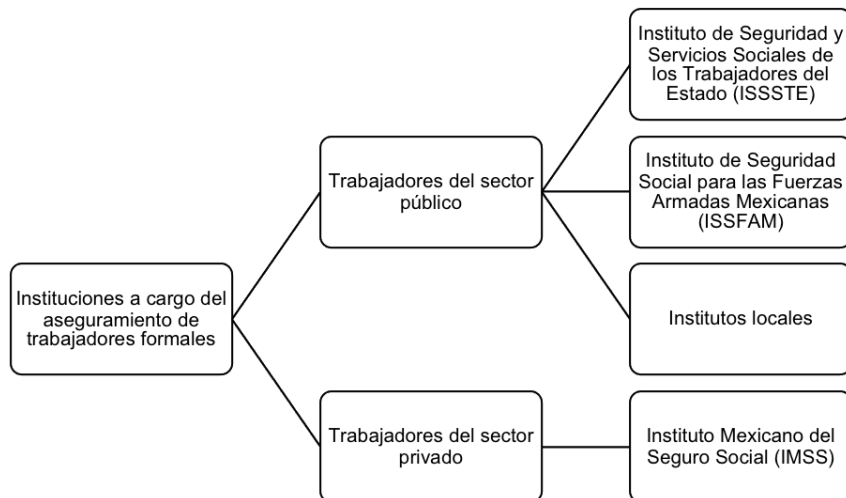
2 La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre filiación puede consultarse en el cuaderno de jurisprudencia número 11, *Filiación. Mantenimiento de relaciones familiares y derecho a la identidad*. También puede revisarse el capítulo correspondiente en esta obra.

3 La Ley del Seguro Social está disponible en: www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf.

social entre los beneficiarios de esquemas contributivos y los receptores de apoyos que son financiados vía impuestos, o beneficiarios no contributivos.

El sistema separa a la población cubierta por el régimen contributivo de la beneficiaria del esquema no contributivo. Varias instituciones tienen a su cargo el aseguramiento de trabajadores formales: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), para los empleados formales y jubilados del sector privado; el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), para los trabajadores y jubilados del sector público; el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), para los militares y trabajadores de éstas. Casi todos los estados de la república tienen sus propios institutos de aseguramiento análogos al ISSSTE, que tienen a su cargo la administración de las pensiones de ciertos empleados públicos. Las leyes que regulan esos institutos son la Ley del Seguro Social para el IMSS (LSS), la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del Estado para el ISSSTE (LISSSTE), la Ley del Instituto de Seguro Social para Trabajadores de las Fuerzas Armadas (LISSFAM) y diversos reglamentos que especifican normas de operación del sistema.⁴

Figura 1. Instituciones de aseguramiento



Fuente: elaborado por Sofía Treviño.

4 Algunos institutos de aseguramiento social son exclusivos de ciertas empresas públicas como los de Luz y Fuerza del Centro (LFC), Petróleos Mexicanos (Pemex) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE). Al respecto se puede revisar el documento Seguridad Social de la Cámara de Diputados (2006).

La LSS establece, a su vez, dos tipos de seguros según el estatus de la relación laboral. Por un lado, el régimen obligatorio de aseguramiento que comprende a los trabajadores cuyos patrones están obligados a afiliarlos (artículo 13 de la LSS).⁵ Por el otro, los trabajadores cuya vinculación al seguro depende de una decisión individual o colectiva. El régimen obligatorio comprende cinco seguros: riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez y guarderías.

El seguro contra riesgos del trabajo comprende la obligación por parte de los empleadores y del Estado de diseñar, aplicar y revisar las medidas para prevenir accidentes y lesiones que son consecuencia de la realización de un trabajo.⁶ El cubrimiento de enfermedades y maternidad engloba lo que se conoce como “prestaciones en salud”.⁷ Incluye tanto la atención médico-hospitalaria y farmacológica, como las prestaciones específicas para un evento vital que no califica como enfermedad, pero que requiere una serie de intervenciones y beneficios específicos: la maternidad. Las prestaciones de invalidez y vida son, la primera, para el trabajador, y la segunda, para los beneficiarios del trabajador. El riesgo de invalidez ampara a los trabajadores que tienen una discapacidad que les impide, de manera total o parcial, seguir con sus labores. Las prestaciones de vida se activan cuando muere el asegurado primario y lo sustituyen en sus derechos los asegurados secundarios (sustitutos pensionales).⁸ Los seguros de cesantía en edad avanzada y vejez se activan cuando los trabajadores han alcanzado la edad de retiro forzoso y tienen el monto necesario para recibir una pensión, o si sólo cumplen con una de estas condiciones; en cada uno de estos casos, el

-
- 5 Voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio: 1) trabajadores de industrias familiares e independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados; 2) trabajadores domésticos; 3) ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios; 4) patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio, y 5) trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de seguro. Mediante convenio con el Instituto se establecerán las modalidades y fechas de incorporación al régimen obligatorio, de los sujetos de aseguramiento comprendidos en este artículo. Dichos convenios deberán sujetarse al reglamento que al efecto expida el Ejecutivo Federal.
 - 6 Al respecto se puede consultar el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981).
 - 7 Al respecto se pueden consultar los Convenios 24 de la OIT sobre el seguro de enfermedad (1927) y el 183 sobre la protección a la maternidad (2000).
 - 8 Al respecto se puede consultar el Convenio 128 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores (1967).

monto y la condición de la pensión por retiro serán diferentes.⁹ Finalmente, la prestación de guarderías cubre el cuidado de niños en edad no escolar,¹⁰ generalmente, entre los 45 días de nacido y los 4 años de edad.¹¹

El régimen voluntario incluye un catálogo menor de beneficios de salud para la familia, el seguro facultativo y otras modalidades de incorporación voluntaria (artículo 12 de la LSS).¹²

Cuadro 1. Ley del Seguro Social

Régimen obligatorio	Régimen voluntario
1. Riesgos de trabajo	1. Catálogo menor de beneficios de salud para la familia
2. Enfermedades y maternidad	2. Seguro facultativo
3. Invalidez y vida	3. Otras modalidades de incorporación voluntaria
4. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez	
5. Guarderías	

Fuente: elaborado por Sofía Treviño.

Para la población no contributiva se han creado diferentes programas de beneficios, entre éstos, Progresía-Oportunidades, Seguro Popular, Procampo, 70 y más, y, recientemente, las becas Benito Juárez.¹³ Estos incluyen esquemas de transferencias condicionadas al desarrollo de ciertas actividades

9 Al respecto se puede consultar el Convenio 35 de la OIT sobre el seguro de vejez (1933).

10 La jurisprudencia de la SCJN sobre derechos de niñas, niños y adolescentes puede consultarse en el cuaderno de jurisprudencia sobre los derechos de los niñas, niños y adolescentes. También puede revisarse el capítulo correspondiente en esta obra.

11 Al respecto se puede consultar el Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

12 Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio: las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones; los socios de sociedades cooperativas, y las personas que determine el Ejecutivo federal a través del decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos correspondientes.

13 La lista de programas sociales implementados en México durante los últimos 20 años está disponible en: <https://ciep.mx/politica-social-en-mexico-evolucion-en-los-ultimos-20-anos/>.

por parte de sus beneficiarios, de transferencias no condicionadas, recursos focalizados a población con ciertas carencias socioeconómicas y beneficios universales. Estos “apoyos” no se presentan como derechos de la población receptora, sino como entrega caritativa de recursos por parte de los gobiernos.¹⁴

La “asistencia social” es parte de la política pública para ayudar a las familias pobres a cubrir las necesidades básicas que no pueden atender con ingresos propios. No se trata de sujetos titulares del derecho a la seguridad social que reciben una prestación en cumplimiento de un deber estatal, sino que son sujetos pasivos de la voluntad de los funcionarios que determinan si califican o no a esa prestación.

En suma, el modelo de aseguramiento social en México establece una división normativa, de adjudicación y narrativa entre los beneficiarios de los modelos contributivos —entendidos con titulares del derecho— y los beneficiarios de programas sociales —presentados como receptores de apoyos sociales, no como titulares de derechos subjetivos—. La vía de acceso preponderante para buena parte de los asegurados es, como veremos en el siguiente apartado, el vínculo familiar con un beneficiario. La titularidad primaria del derecho a la seguridad social se adquiere vía empleo formal, lo cual hace que en seguridad social se presenten problemas análogos de, entre otros, informalidad y brecha de género de los mercados laborales.

B. SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA: ALGUNOS DATOS

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) reportó que, en 2020, la ocupación laboral en la economía informal fue de 56.4% de la población económicamente activa.¹⁵ Este dato que, en principio, sólo es im-

14 Morales Ramírez, M. A. y Sánchez Castañeda, A., *El derecho de la seguridad social y de la protección social*, Ciudad de México, Porrúa, 2014.

15 Según la OIT, 60% de la población mundial pertenece a ese sector, OIT, Organización Internacional del Trabajo, 1999. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008543/lang-es/index.htm; de acuerdo con el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en 2015 73% de la población mundial no estaba cubierta por la seguridad social o sólo parcialmente, HCR-ONU, Human Rights Commission-ONU, 22 de Diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SocialSecurity/ReportSocialProtectionFloors.pdf>. La Observación General 19 del del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU señala que aproximadamente 80% de la población mundial no tiene acceso a la seguridad social estructurada y que 20% de ese 80% vive en pobreza extrema, OHCHR-ONU, Consejo

portante para quienes estudian mercados laborales, es central para entender qué pasa con el derecho a la seguridad social. Como ya lo señalé, la manera en la cual se adquiere la titularidad de este derecho en México es mediante el empleo formal o el vínculo familiar cualificado con un asegurado. También implica que las desigualdades presentes en los mercados laborales se traducen muy frecuentemente a desigualdades en seguridad social.

Aproximadamente 60% de la población que vive en México no está afiliada a una institución de aseguramiento social contributiva, es decir, vía empleo formal o relación familiar cualificada con un asegurado.¹⁶ Según el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), en 2015, 70.1 millones de personas (58.5%) no tenían cobertura.¹⁷ La Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) de 2014 estimó que 57.8% de la población ocupada carece de aseguramiento, es decir, unos 29 millones de personas.¹⁸ Como se ve, el porcentaje de ocupación en el sector informal y el porcentaje de personas no cubiertas es similar, aunque en este último están incluidos otros grupos como quienes están fuera del mercado laboral y quienes realizan tareas de cuidado no remuneradas.

La falta de acceso a la seguridad social contributiva afecta, especialmente, a los jóvenes ocupados de 14 a 24 años y a los adultos ocupados de 65 años y más. Casi la mitad de las personas no protegidas tiene como grado máximo de escolaridad primaria.¹⁹ La mayor concentración de personas no aseguradas está en los estratos socioeconómicos más bajos.²⁰ En suma,

Económico y Social de Naciones Unidas-OHCHR, 2008. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc. [Consultado el 16 de mayo de 2021].

- 16 Martínez Soria, J., “Introducción”, en Jesuswaldo Martínez Soria, *Seguridad social en México*, pp. 11-32, Ciudad de México, Senado de la República, 2015. Disponible en: http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/2928/seguridad_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- 17 CONEVAL, 2018, Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/InformesPublicaciones/FolletosInstitucionales/Documents/Medicion-multidimensional-de-la-pobreza-en-Mexico.pdf>.
- 18 Ramírez López, P. B., Nava Bolaños, I., Martínez, G., Abraham y Abraham, B. G., “La desigual participación de las mujeres mexicanas en el acceso y en los beneficios de la seguridad social”, *Revista Latinoamericana de Derechos Social*, pp. 95-122, 2020. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/14073/15296>.
- 19 El promedio de escolaridad para los no asegurados es de 8.3 años, mientras que los asegurados al régimen contributivo tienen un promedio de 12.3 años.
- 20 En promedio, en los estratos socioeconómicos más bajos hay 44% menos que los trabajadores asegurados, Martínez Soria, J., *op. cit.* Sólo 24% de la población mayor de

el aseguramiento social contributivo cubre de manera preponderante a las personas con mejores niveles socioeconómicos y más escolarizadas, mientras que los grupos en condición de precariedad económica y con menos escolaridad o están cubiertos parcialmente o no lo están.

Si nos centramos, entonces, en la población titular del derecho humano a la seguridad social, pero sin acceso a seguridad social contributiva, es decir, alrededor de 60% de población nacional, la situación es más dramática. En primer lugar, porque ni la legislación ni la jurisprudencia ni las instituciones que recogen datos estadísticos los califican como titulares de ese derecho. En segundo lugar, porque las prestaciones de seguridad social son muchas menos y están más fragmentadas e inestables que las de los modelos contributivos.

Veámoslo en cifras, 44% de las mujeres en México vive en pobreza y esa cifra aumenta a 79% cuando se trata de mujeres indígenas; 71.4% de personas mayores de 65 años no tiene pensión de retiro por jubilación y vejez. Cuando el dato de personas mayores sin pensión se desagrega por género las desigualdades del mercado laboral se vuelen a encontrar en las jubilaciones: el doble de los hombres (99.8%) recibe pensiones de retiro de manera directa, mientras que más de la mitad de las pensiones de las mujeres se deriva de su condición familiar —como viudas, hijas, madres, hermanas, exesposas—, pero, principalmente, como viudas. Casi la mitad de las pensionadas recibe al mes menos de un salario mínimo.²¹

Un diagnóstico sobre las desigualdades de género para acceder a la seguridad social hecho por la Cámara de Diputados en 2008 encontró brechas de desigualdad importantes.²² Este informe constata varios hechos que no han variado mucho en estos 14 años: que más de la mitad de los mexicanos no tiene acceso a la seguridad social como derecho y que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo es una de las más bajas en Latinoa-

60 años tiene pensión de retiro, Ham Chande, R., “Sistemas de pensiones y perspectivas de la seguridad social”, *Estudios demográficos y urbanos*, 15(3), 2000. Disponible en: <https://estudiosdemograficosyurbanos.colmex.mx/index.php/edu/article/view/1088>.

21 Valencia Lomelí, E., *Perspectivas del universalismo en México*, Guadalajara, ITESO, KAS, Universidad Iberoamericana, 2010; Inegi, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, ENES, Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social, 2017. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enes/2017/>; Ramírez López, P. B., et. al., *op. cit.*

22 Cámara de Diputados, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, 2007.

mérica.²³ Según la ENESS de 2007, una de las fuentes del informe, entre las mujeres mayores de 65 años sólo un porcentaje muy bajo (alrededor de 10%) recibe una pensión, laboral o no laboral, y la mayoría de los hombres ocupados que tiene seguridad social son titulares primarios (79.6%). La cifra se reduce a 69% cuando son mujeres y, conforme aumenta la edad, la brecha también se profundiza.

El informe también constata que casi la mitad de mujeres trabajadoras menores de 35 años necesitan servicios de cuidado para sus hijos. Del total de mujeres que requerían esa prestación, 24.2% tiene acceso al servicio de guarderías o licencia de cuidado materno. Según la ENES de 2004, un porcentaje bajo (16%) de niños de 0 a 6 años eran cuidados en una institución o por alguien diferente de los padres y más de la mitad del cuidado infantil era prestado por medio de apoyo familiar.

El diagnóstico enfatiza que lo que muestran estas cifras es que el Estado refuerza la pauta cultural de que las mujeres son las responsables del cuidado del hogar y de niños en edad no escolar. En relación con las guarderías para personas no cubiertas por el modelo contributivo de seguridad social, administradas por la Secretaría de Seguridad Social (Sedesol), la Cámara resalta que quienes solicitan el servicio tienen que comprobar carencias económicas. Además, la prestación no cubría a los menores de 1 año, lo que obstaculizaba la participación de las mujeres en el mercado laboral.

Un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) sobre la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Infantil de 2011²⁴ encontró que, pese a que aumentó el presupuesto destinado a este beneficio, la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo de 2013 reportó que más de la mitad de las mujeres entre 24 y 45 años que están fuera del mercado laboral y que no buscan empleo no tienen quién cuide a sus hijos. Este documento resalta también que, según la ENES de 2009, sólo 9% de las personas que requieren cuidado infantil usan servicios for-

23 Mateo Díaz, M., Rodríguez Chamussy, L., y Grafe, F., Banco Interamericano de Desarrollo, BID, 2014. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Ley-de-guarder%C3%ADas-en-M%C3%A9xico-y-los-desaf%C3%ADos-institucionales-de-conectar-familia-y-trabajo.pdf>. Según la OIT, 72.2 % de los hombres participan en el mercado laboral, mientras que el porcentaje de las mujeres es de 47.1. OIT, Tendencias Mundiales del Empleo 2014: ¿Hacia una recuperación sin creación de empleos?, p. 19. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_233953.pdf. Ese dato también se da en la sentencia AD18/2021.

24 Mateo Díaz, M., et. al., *op. cit.*

males. Este estudio concluye, entre otras cosas, que aunque los esquemas de cuidado infantil mejoraron después de la promulgación de la ley, persisten los desafíos en términos de calidad y eficiencia.

En 2019, el gobierno federal modificó el programa de estancias infantiles para el cuidado de población sin acceso a guarderías de la seguridad social contributiva. Más adelante doy cuenta de esta prestación en las dos modalidades —contributiva y no contributiva—, por ahora quisiera dar un par de cifras de las pocas estancias disponibles. La inmensa mayoría de quienes hacen cuidado infantil son mujeres (94%), pobres, no tienen ellas mismas seguridad social y más o menos la mitad está fuera del mercado laboral. En el anterior modelo de estancias infantiles, en el que el gobierno transfería los recursos directamente a las guarderías, se atendía a un porcentaje bajo de la población infantil que requería el servicio (6%). Este dato contrasta con el de otros países de Latinoamérica en los que esa cifra es mucho más alta (31.2%). El programa de estancias infantiles para las madres trabajadoras aumentó de manera importante su probabilidad de encontrar trabajo, su disponibilidad laboral en 6 horas semanales y les quitó 7 horas semanales de dedicación a cuidado infantil.²⁵

En 2019, el gobierno federal redujo a la mitad el presupuesto para estancias infantiles y lo cambió por un programa de transferencias directas a las familias. Aún no hay cifras disponibles de los resultados de esa decisión de política pública.²⁶

En suma, las cifras sobre el derecho humano a la seguridad social en México, de distribución de riesgos y cuidado, muestran que menos de la mitad de la población económicamente activa es titular.²⁷ Entre esa población asegurada, la mayoría de las mujeres son beneficiarias indirectas de un asegurado principal. En pensiones de vejez esto se reitera, un gran porcentaje de mujeres mayores de 65 años pensionadas lo son en calidad de viudas. El acceso a servicios de cuidado infantil para niños y niñas entre 1-6 años es

25 *Idem.*

26 López Estrada, S., “Hacia la reprivatización del cuidado infantil en México: las modificaciones al programa de estancias infantiles en SEDESOL”, *Revista interdisciplinaria de estudios de Género-Colmex*, 6(1), pp. 1-35, 2020. Disponible en <https://estudiosdegenero.colmex.mx/index.php/eg/article/view/480>.

27 Aunque no hay cifras disponibles, es posible que el desmantelamiento del programa de estancias infantiles y su cambio por entregas monetarias directas a la población con carencias socioeconómicas privatice aún más los servicios de cuidados y las responsabilidades familiares.

muy baja incluso frente a países de la región. La oferta pública es deficitaria tanto para beneficiarios contributivos como personas sin cobertura.

C. NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA

¿Cómo está integrada la familia-objeto de tutela de la seguridad social?, ¿quiénes son titulares de ese derecho? La primera pregunta tiene respuestas similares en las normas nacionales y en las internacionales. El contraste más fuerte se da en las respuestas a la segunda pregunta. Debido al carácter profundamente fragmentado del modelo de seguridad social en México al que me he referido, no sólo hay una diferencia categórica entre los esquemas contributivo y no contributivo sobre quién es familia y qué derechos y obligaciones tiene en materia de seguridad social, sino que al interior de estos esquemas de aseguramiento también hay diferencias sustantivas.²⁸

I. Esquema contributivo de aseguramiento

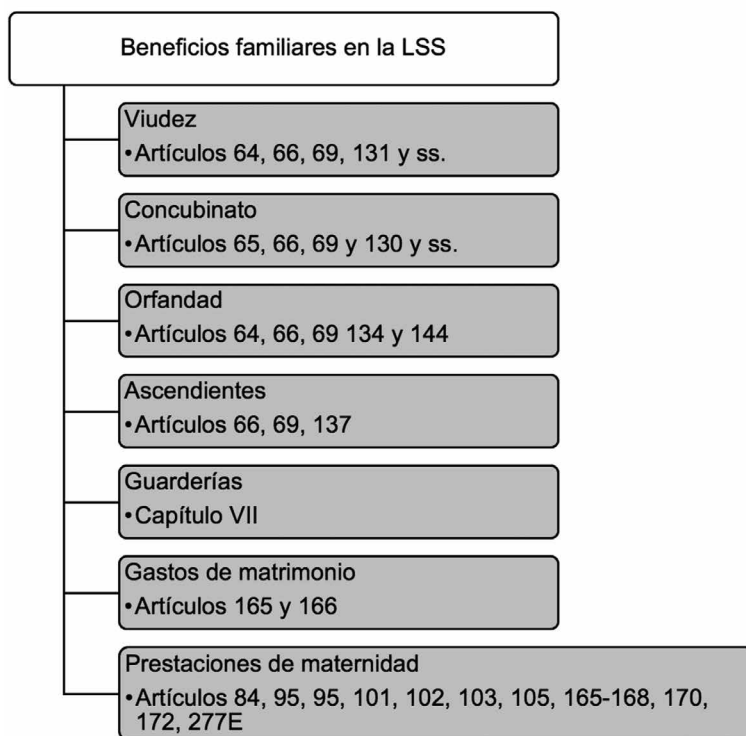
1. Instituto Mexicano del Seguro Social

El modelo contributivo de aseguramiento está integrado por diversas instituciones, leyes, reglamentos y prestaciones. El IMSS es la más importante por la cantidad de población afiliada, la infraestructura institucional y el tamaño de su planta de personal. La ley que gobierna su funcionamiento es la LSS, que regula de manera específica, y muchas veces paralela, las características que debe tener un familiar para ser reconocida como tal y, por tanto, ser titular del derecho a la seguridad social. La ley establece como beneficios familiares las pensiones de viudez (artículos 64, 66, 69, 131 y ss.), de concubinato (artículos 65, 66, 69 y 130 y ss.), de orfandad (artículos 64, 66, 69 134 y 144), de ascendientes (artículos 66, 69, 137), el servicio de guardería (capítulo VII), la ayuda para gastos de matrimonio —o pres-

28 Ham Chande, R., *op. cit.*; Brachet Márquez, V., “Seguridad social y desigualdad 1910-2010”, en F. Cortés, y d. O. Orlandina, *Los grandes problemas de México. V. Desigualdad*, Ciudad de México, Colmex, 2010. Disponible en <https://2010.colmex.mx/16tomos/V.pdf>; Martínez Soria, J., “Introducción”, en Jesuswaldo Martínez Soria, *Seguridad social en México*, pp. 11-32, Ciudad de México, Senado de la República, 2015. Disponible en: http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/2928/seguridad_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

tación color rosa— (artículos 165 y 166) y las prestaciones de maternidad (artículos 84, 95, 95, 101, 102, 103, 105, 165-168, 170, 172, 277E). Las pensiones directas derivadas de la trayectoria laboral también impactan las relaciones familiares. Quién trabajó y cotizó a la seguridad social, cuánto tiempo, con qué salario, con base en el trabajo de cuidado de quién remunerado o no, con qué arreglo de cuidado en el hogar es una cuestión de distribución social de riesgos, cuidados y riquezas. En la quinta parte de este escrito me referiré más puntualmente a ese problema.

Figura 2. Beneficios familiares en la Ley del Seguro Social



Fuente: elaborado por Sofía Treviño.

Hay ciertas diferencias entre las pensiones por causa de muerte derivadas de riesgos del trabajo frente a las propias del seguro de vida. En lo que sigue, me referiré principalmente a estas últimas. Las pensiones de viudez previstas en la Ley del Seguro Social fijan sus propios términos respecto de quién califica como esposa susceptible de pensión por causa de muerte. Aunque en términos generales sigue la regulación específica de prueba de

matrimonio válido esto no es suficiente para calificar como viuda pensio-
nable. Veamos, si el asegurado muere i) antes de haber cumplido 6 meses
de matrimonio; ii) antes de cumplir un año de matrimonio; iii) si tenía 55
años de edad cuando se casó, o iv) si no pasó un año entre el matrimonio
y la muerte del pensionado, la viuda no tendrá derecho a pensión (artículo
132).²⁹ Si hubo hijos en común antes o después del matrimonio no aplican
las excluyentes de pensión por viudez i, ii y iii.³⁰ Los viudos sólo tienen de-
recho a la pensión de viudez derivada de la muerte de su esposa cuando de-
muestran haber dependido económicamente de ella.³¹ Si la viuda —esposa
o concubina— se vuelve a casar o a vivir en concubinato pierde el derecho
a la pensión por viudez.³²

Cuando el asegurado no tiene matrimonio vigente, pero ha vivido con
una mujer “como si fuera su esposa” (artículo 132) durante los 5 años que
antecedieron a la muerte de aquel, ella podrá recibir la pensión de viudez.³³
Si tuvieron al menos un hijo en común y se cumplen los demás requisitos

29 La Corte se ha pronunciado varias veces sobre la constitucionalidad del artículo 132 de la LSS. Entre otros, pueden revisarse los asuntos AR 129/2014 y AR 1401/2015. Para la reconstrucción de la línea jurisprudencia sobre este tema puede consultarse el cuaderno de jurisprudencia 6, *Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el matrimonio*, en especial, el escenario constitucional 5, “término mínimo de duración del matrimonio para acceder a una pensión por viudez”.

30 Sobre este punto se pueden consultar las sentencias AR 129/2014 y AR 772/2015. También puede consultarse el cuaderno de jurisprudencia 6, *Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el matrimonio*, en especial, el escenario constitucional 5, “término mínimo de duración del matrimonio para acceder a una pensión por viudez”.

31 Respecto de este tema, varios libros sobre el derecho a la seguridad social omiten por completo el supuesto del viudo con derecho a pensión como beneficiario de la esposa fallecida. Cuando glosan la normatividad de la LSS se refieren de manera exclusiva a “la viuda”. Al respecto se pueden revisar Ramírez Chavero, I., *Derecho de la seguridad social*, Ciudad de México, Flores, 2018, y Briceño Ruiz, A., *El derecho de la seguridad social*, 2.a ed., Ciudad de México, Oxford, 2017. Ángel Ruiz Moreno sí menciona la condición de dependencia económica del esposo, pero señala que es un avance en comparación con la ley anterior (de 1973) que, además, le imponía como condición al viudo tener una discapacidad que le impidiera trabajar, Ruiz Moreno, Á. G., *Nuevo derecho de la seguridad social*, Ciudad de México, Porrúa, 2011. Ninguno de los tres refiere alguno de los asuntos en los que la SCJN se pronunció sobre este tema.

32 La SCJN se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de esta norma en las sentencias AR 1018/2015 y ADR 5081/2017. También puede consultarse el cuaderno de jurisprudencia 6, *Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el matrimonio*, en especial, el escenario 6.1.

33 Para revisar el contraste entre las legislaciones familiar y de seguridad social respecto del término de duración del concubinato puede revisarse el cuaderno de jurisprudencia 4, *Concubinato y uniones familiares*.

de ley no es necesario acreditar el término de convivencia. El concubino tendrá derecho a la pensión de viudez cuando, como ocurre con la pensión de viudez para el esposo, prueba dependencia económica de la concubina fallecida. Si hay concurrencia de concubinas o alguno tenía matrimonio vigente, ninguna concubina tiene derecho a la pensión por viudez.

Tienen derecho a la pensión por orfandad los hijos menores de 16 años (artículo 134). Si el huérfano estudia, la pensión podrá prorrogarse hasta los 25 años, siempre y cuando no sea él mismo beneficiario directo del IMSS. Los hijos que tengan cierto tipo de discapacidades³⁴ podrán recibir la pensión de orfandad, aún después de cumplir los 16 años.³⁵ Los ascendientes son beneficiarios pensionales residuales, es decir, sólo ante la falta de cónyuge, concubina o hijos beneficiarios pueden ser titulares de esta prestación si prueban que dependían económicamente de su hijo.

Respecto a las prestaciones por maternidad, tienen derecho a acceder la beneficiaria directa —trabajadora o pensionada— y la esposa o concubina del asegurado (artículos 94 y 95 de la LSS). Las hijas, beneficiarias derivadas del asegurado, no tienen derecho a esta prestación.³⁶ La asegurada directa recibirá durante el embarazo, el parto y el posparto, asistencia obstétrica, ayuda para la lactancia por 6 meses y una canastilla con algunas cosas básicas para el recién nacido.³⁷ Las aseguradas secundarias —esposa y concubina— recibirán atención obstétrica y ayuda para la lactancia. Las prestaciones en especie se entregan desde el momento en el que el médico del IMSS certifica el embarazo. Esa certificación incluirá la fecha probable

34 La jurisprudencia de la SCJN sobre discapacidad puede revisarse en el cuaderno de jurisprudencia 5, *Derechos de las personas con discapacidad*. También puede consultarse el capítulo correspondiente en esta obra.

35 Respecto de las pensiones por orfandad y las condiciones de límite de edad, estudio y discapacidad pueden revisarse, entre otras las sentencias AR 173/2018 y ADR 2204/2016. También puede consultarse el cuaderno de jurisprudencia 9, *Derecho a la seguridad social. Pensión por ascendencia y orfandad*. En especial, los escenarios constitucionales de litigio 4.1 y 5.

36 México tiene una tasa alta de embarazo adolescente, las más alta de los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; ntre 2015 y 2018 fue de 70.6 entre 1000 mujeres de 15 a 19 años. Al respecto se puede consultar, entre otros, INEGI, 2021, disponible en: www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_Embarazos21.pdf.

37 Portal para consultar los artículos de la canastilla y las licitaciones para seleccionar proveedor disponible en: <http://compras.imss.gob.mx/?P=imsscomprotipoproddet&tip=1&sub=240&pr=2018&corder=dl&corderdir=up#detailresultanc>.

del nacimiento, que será determinante para computar las incapacidades pre y post nacimiento.

La asegurada directa tiene derecho al pago de una incapacidad equivalente a 100% de su salario de cotización³⁸ durante las 6 semanas anteriores a la fecha probable de nacimiento y las 6 posteriores a éste.³⁹ Para que el IMSS asuma el pago de las incapacidades por maternidad, la asegurada debe haber hecho, al menos, 30 cotizaciones semanales durante el año anterior a que empiece el pago de la prestación. Si la empleada no alcanza a cubrir la cuota de cotizaciones, el empleador debe asumir directamente el pago del subsidio por maternidad.⁴⁰

Las guarderías, o estancias infantiles, son lugares en los que las aseguradas pueden dejar a sus hijos o niños bajo cuidado a partir de los 42 días de nacidos y hasta antes de cumplir 4 años (artículo 206 de la LSS).⁴¹ Este servicio se presta en dos modalidades: una, en instituciones y con personal

-
- 38 Para Ruiz Moreno, *op. cit.*, p. 557, esta es una verdadera conquista del movimiento trabajador debido a que se rompe el principio jurídico de “quien no trabaja no gana salario” y se permite un trato diferenciado a la mujer. Para estudiar el problema de las penalidades que los mercados laborales imponen a las personas que tienen hijos y tienen la carga del cuidado no remunerado se puede revisar Aguilar-Gómez, S., Arceo Gómez, E., y Elia, D. I., *Papers SSR*, 2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3497089. El pronunciamiento de la Organización Internacional del Trabajo en relación con la maternidad, el trabajo y problemas de equidad laboral se puede consultar el documento “la maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”.
- 39 Esta prestación también está contemplada en el artículo 123, fracción v, de la Constitución y en los artículos 165 y 170 de la Ley Federal del Trabajo (LFT).
- 40 La sentencia ADR 3217/2018 se ocupó de un caso de este tipo. Para revisar las decisiones de la SCJN sobre este tema se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia 8, *Estabilidad laboral en el embarazo*, particularmente el escenario constitucional 1.2. Ruiz Moreno considera que tiene sentido que la norma limite la responsabilidad del IMSS en estos casos y que “se proteja la eventualidad del embarazo y no que ya embarazada la mujer pretenda emplearse a fin de contar con seguro de maternidad, lo cual no se vale” (p. 558); no explica qué es lo que no se vale, ni por parte de quién, ni respecto de quién. Parece que lo que no se vale, pura y simplemente, en este caso es que una mujer embarazada busque empleo.
- 41 Respecto del servicio de guarderías, Ruiz Moreno, *op. cit.*, p. 708, señala que “(...) la notoria incorporación de la mujer a la vida laborante ha trastocado profundamente y de raíz el orden de los valores en sociedades como la nuestra, pues querámoslo o no, aceptémoslo o no —incluso más allá de la prolija retórica sobre la igualdad o superioridad de los sexos, del real acceso de oportunidades o de la equidad de géneros, lo cierto es que quienes más resienten la ausencia de la presencia femenina en el hogar son los propios hijos por quienes trabajan ellas, criaturas que representan nada menos que el futuro de la nación”.

directo del IMSS; la otra, en guarderías privadas subrogadas en las que se presta atención a los hijos de los asegurados y el costo de esos servicios los cubre el Instituto. Los servicios prestados por las guarderías incluyen aseo, alimentación, cuidado, salud, educación y recreación en los términos que defina el consejo técnico del instituto (artículo 203).

Hasta 2020, la LSS establecía que las madres aseguradas tenían este derecho y los padres divorciados, viudos o que conserven la custodia judicial de sus hijos.⁴² Con la reforma de los artículos 201 y 205 de la LSS, posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad de esas normas por parte de la SCJN en 2016, el derecho se extendió, sin consideración de estado civil, a todas las personas aseguradas.⁴³

2. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado

La LISSSTE de 2007 sigue, en términos generales, la normatividad de la LSS en materia de familia (artículos 129-138).⁴⁴ Por ejemplo, la duración del matrimonio exigida para que la viuda acceda a la pensión y la que se exige a la concubina para tener derecho a la sustitución pensional —pensión por viudez— son idénticos. Las variaciones se dan en relación con la exesposa, quien puede acceder a la pensión de viudez si recibe alimentos por

42 Ruiz Moreno considera que la razón para que los asegurados accedan al servicio de guarderías sólo cuando no están en pareja con una mujer es la gran dificultad que supone para los hombres la crianza de los hijos, en contraste con las mujeres a quienes esa tarea se les da de manera natural “(...) el legislador federal contempla ya como sujetos recipientarios del servicio de guarderías: a los asegurados varones viudos o divorciados que detentan la custodia legal de sus hijos —mientras no contraigan nuevamente matrimonio o entren en concubinato—, porque resultaba obvio que a ellos se les dificulta muchos más, en tales condiciones de soledad, la crianza de sus vástagos, que a las mujeres quienes por naturaleza tienen una mayor capacidad para dicha labor de enorme impacto social” (p. 711).

43 La sentencia AR 59/2016 declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de los artículos 201 y 205 de la LSS. Se puede revisar la línea jurisprudencial de la SCJN en este tema en el cuaderno de jurisprudencia 10, *Derecho a la seguridad social. Guarderías*. La información sobre la reforma legislativa de 2020 está disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/49302-avalan-reforma-que-garantiza-acceso-a-guarderias-a-hijas-e-hijos-de-padres-trabajadores.html>.

44 Según el tipo de pensión de sobreviviente de que se trate, los tiempos y montos de cotización varían de una legislación a otra. En este texto no me ocupé de ese problema de fragmentación del sistema, pero se puede consultarse el texto de Ramírez López, P. B., *op. cit.*, específicamente, el capítulo 4.

condena judicial y no hay titulares principales del derecho a la sustitución pensional como esposa, concubina, hijos o ascendientes (artículo 135).⁴⁵

Respecto a las pensiones de orfandad, el límite máximo general para su titularidad es de 18 años, salvo si el titular estudia —hasta los 25— o si tiene cierto tipo de discapacidad. A diferencia de la LSS, la LISSSTE establece que los hijos adoptados⁴⁶ después de que el pensionado cumpla 55 años de edad no tendrán derecho a pensión de orfandad. En relación con la pensión para ascendientes, esta ley no limita su titularidad, que también es residual, a los padres, sino que la extiende, a falta de padres, a todos los ascendientes que dependían económicamente del asegurado (artículo 131).

En relación con el seguro de maternidad, la LISSSTE extiende ese derecho a las hijas menores de 18 años, solteras y dependientes económicas de los asegurados.⁴⁷ La licencia de maternidad se da un mes antes de la fecha probable de parto, certificada por médica del Instituto, y dos meses después. A las madres les dan dos descansos extraordinarios de media hora para amamantar. Para que el ISSSTE cubra los gastos de maternidad, los derechos de la beneficiaria deben haber estado vigentes durante los 6 meses que antecedieron al nacimiento; si no es así, la empleadora se subroga en esa obligación (artículos 39 y 40).

La LISSSTE no contempla expresamente la prestación del servicio de guarderías, pero en diversos reglamentos se precisa el funcionamiento de las estancias para el desarrollo infantil —EBDI— y también la modalidad de estancias contratadas, análoga a las guarderías subrogadas del IMSS.⁴⁸

45 El tema del eventual derecho de la exesposa a pedir una pensión por viudez es importante, pero ha sido poco explorado. Una de las cuestiones centrales en estos casos es de qué manera el trabajo remunerado y el no remunerado de cuidado en una pareja supone el esfuerzo de ambos para hacer los aportes a la seguridad social y garantizar sus prestaciones. Una de las preguntas pendientes sería si esos aportes deberían ser parte de lo que se distribuye cuando se disuelve la sociedad conyugal —aunque una pregunta análoga podría hacerse respecto de los concubinatos—. Para un análisis de este asunto desde la perspectiva del derecho de familia como una rama del derecho de la seguridad social puede revisarse Alstott, A., *op. cit.* Sobre este tema se pronunció la SCJN en las sentencias AR 943/2018 y ADR 1167/2018. También puede consultarse el cuaderno de jurisprudencia 6, *Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el matrimonio*, en especial, el escenario constitucional 6.3.

46 La jurisprudencia de la SCJN sobre adopción puede revisarse en el cuaderno de jurisprudencia 3, *Adopción*. También puede revisarse el capítulo correspondiente en esta obra.

47 ¿Por qué no se incluye a los hijos menores solteros?

48 El reglamento de funcionamiento de las EBDI está disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n26.pdf>.

Los hijos de los asegurados pueden recibir la prestación desde los 60 días de nacidos y hasta antes de cumplir 6 años.

3. Seguro Social para Trabajadores de las Fuerzas Armadas

La LISSFAM, que regula el aseguramiento social para militares y personal adscrito a las fuerzas militares, establece que la viuda tiene derecho a recibir pensión sin que se haya condición de duración del matrimonio, como sí lo hacen la LSS y la LISSSTE (artículos 38, 102, 112). La concubina puede acceder a esa prestación si vivió con el militar durante, al menos, los últimos 5 años de vida de éste, los dos estuvieron solteros durante el término del concubinato y el asegurado hizo la designación explícita ante la Secretaría de Marina del carácter de concubina de su pareja. Ninguna otra prueba de concubinato es válida (artículos 112 y 160).⁴⁹

Los hijos tienen derecho a la pensión de orfandad hasta los 18 años y se extiende hasta los 25 si acreditan que dependían económicamente del militar, presentan prueba de ser estudiantes y no se casan o se unen en concubinato. El límite de edad no opera cuando se trata de hijos con ciertos tipos de discapacidad (artículos 38 y 142). Si un militar mayor de 45 años adopta un hijo, éste no tiene derecho a recibir pensión de orfandad (artículo 47).

En el caso de pensiones para ascendientes, la LISSFAM establece que los padres concurren en su derecho a la pensión con viudas, concubinas e hijos, pero establece como residual la pensión del padre si hay madre (artículo 38). Es decir, tienen derecho a pensión de ascendiente, de manera excluyente entre sí, primero la madre, después el padre y los dos si concurren madre y padre. Los hermanos del militar también pueden recibir, de manera residual, una pensión de supervivencia hasta los 25 años, si cumplen los requisitos establecidos para los hijos (artículo 38).

Son acreedoras de las prestaciones por maternidad de la LISSFAM las trabajadoras militares o adscritas a las fuerzas armadas, la esposa y la concubina del militar y las hijas menores de edad solteras y que no tengan una relación de concubinato (artículo 149). Las beneficiarias secundarias pier-

49 La SCJN declaró la inconstitucionalidad de las cláusulas que establecen que la única prueba válida del concubinato ante el ISSFAM es la inscripción ante la Secretaría de Marina hecha por el militar. Pueden consultarse los asuntos AR 377/2013 y ADR 5909/2014. También puede revisarse el cuaderno de jurisprudencia 5, *Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el concubinato*, en especial, el escenario constitucional 4.1.

den este derecho si el nacimiento se da después de 300 días de la muerte del militar. El servicio de guarderías, o Centros de Bienestar Infantil, se brinda a los niños entre 45 días de nacido y 7 años de edad, siempre que se acredite la necesidad de ese servicio (artículo 136).

II. Esquema no contributivo de aseguramiento

En los esquemas no contributivos de aseguramiento no hay prestaciones como las pensiones de sobrevivientes de los modelos contributivos, sino una multiplicidad de programas que dan ese servicio a la población no asegurada. Entre los programas vigentes hasta hace algunos años estaban Progreso-Oportunidades, Procampo, 70 y más y, recientemente, las becas Benito Juárez. Estos esquemas incluyen transferencias condicionadas, transferencias no condicionadas, recursos focalizados y beneficios universales. Los apoyos no suelen entenderse en términos de derechos, sino que se atribuyen a la liberalidad del gobierno de turno. Esta asistencia social se presenta como la política pública orientada a ayudar a las familias pobres a cubrir las necesidades básicas que no pueden suplir.

Los esquemas no contributivos suelen implementar programas de transferencias condicionadas (ptc) para la asignación de beneficios. Esto es, para recibir las prestaciones, ya sea en dinero o en especie, los sujetos tienen que realizar actividades adicionales o acreditar ciertas características como condición de la transferencia directa o indirecta. Esas asignaciones suelen entregarse a las madres-mujeres, quienes tienen que cumplir con actividades condicionantes de la entrega del beneficio. Por ejemplo, en México el Programa de Desarrollo Humano Oportunidades⁵⁰ ofrecía apoyos en rubros como salud, educación y alimentación. La entrega estaba condicionada a la comprobación de estatus socioeconómico y a la participación en ciertas actividades comunitarias. De igual manera, la incorporación a estos programas estaba sometida a tablas de ingreso clasificatorias que no tomaban en cuenta la situación específica de la persona que pedía el “apoyo”.

Se estableció una política pública federal dirigida a las personas mayores de 65 años. Se trata de una pensión de vejez en la modalidad de transferencia no condicionada a prueba de carencia o necesidad económica; todas las

50 Disponible en: http://www.sedesol.gob.mx/work/models/SEDESOL/Transparencia/TransparenciaFocalizada/Programas_Sociales/pdf/opportunidades.pdf.

personas que cumplan con el requisito de edad pueden reclamarla.⁵¹ En el apartado 5 de este escrito quisiera decir algo más sobre el impacto de esta prestación en términos del derecho a la seguridad social no contributivo y sus sobre la distribución de cuidados y la posibilidad de acceder a una pensión laboral.

Una de las prestaciones que funcionaba de manera similar en las modalidades contributiva y no contributiva de aseguramiento social era la de guarderías. El programa de estancias infantiles del gobierno federal estaba dirigido a la población no derechohabiente con niños de entre 1 y 4 años, que está bajo la línea de bienestar.⁵² La Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol) y el Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia (DIF) absorbían los gastos de esta prestación a través de instituciones propias o subrogadas, es decir, se trataba de un programa de transferencias indirectas a las instituciones que daban esos servicios. El cuidado de niños recién nacidos y hasta el año de edad no estaba contemplado en este programa.⁵³

El objetivo del programa de estancias infantiles (PEI) de 2007 fue promover la participación de las mujeres en el mercado laboral a través de la provisión del servicio de cuidado infantil. México está rezagado frente a los demás países de la región en dos dimensiones fundamentales: la tasa de participación de mujeres en el mercado de trabajo y la disponibilidad de programas de desarrollo y cuidado infantil fuera del hogar. La Ley General de Prestación de Servicios para la Atención Cuidado y Desarrollo Infantil de 2011⁵⁴ buscó contrarrestar ese rezago a través de la creación de una coordinación central, la generación de información pertinente para generar servicios adecuados. Como ya lo señalé, el PEI se lleva a cabo a través de transferencias directas a las guarderías para el pago de servicios y de todo lo necesario para operar. Además, se entregaba a las familias un monto en efectivo por cada niño que asistiera a estas estancias.

Con el objetivo de superar los problemas de ese programa, entre los que estaban la corrupción, la falta de coordinación de las diversas instancias

51 En 2022, la Pensión para el Bienestar de Adultos Mayores es de \$2,550. Disponible en: <https://www.gob.mx/pensionpersonasadultasmayores#:~:text=El%20programa%20atiende%20a%20todos,%242%2C550%20pesos%20cada%20dos%20meses>.

52 Para una presentación de cómo se construye la línea de bienestar se puede consultar este documento: <https://www.coneval.org.mx/InformesPublicaciones/Paginas/Mosaicos/Construccion-de-las-lineas-de-bienestar.aspx>.

53 Briceño Ruiz, A., *op. cit.*

54 Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSACDII_250618.pdf.

y la insuficiencia de cupos, en 2019 se puso en marcha uno nuevo: Apoyo para el Bienestar de Niños, Niñas e Hijos de Madres Trabajadoras⁵⁵ (PAB), que utiliza la modalidad de entrega de apoyos directos a las madres para que contrataran cuidado infantil privado — con un familiar o en guarderías particulares—.⁵⁶ También hubo una reducción de 50% del presupuesto destinado a la financiación de estancias y se redujo el monto de los apoyos mensuales.

III. *La normatividad internacional sobre el derecho humano a la seguridad social y la familia*

El derecho a la seguridad social está contemplado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 22 de la Declaración de Universal de Derechos Humanos establece que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a la garantía de sus derechos sociales, libertad y dignidad mediante la cooperación nacional e internacional y los recursos de cada estado. El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) incorpora en el artículo 9 el derecho de todas las personas a la seguridad social, lo que incluye el seguro social.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estipula, en el artículo 28.2, el derecho al nivel de vida adecuado y a la protección social⁵⁷ de las personas con discapacidad.⁵⁸ En especial, en lo que

55 Disponible en: <https://presidente.gob.mx/apoyo-para-el-bienestar-de-las-ninas-y-ninos-hijos-de-madres-trabajadoras/>.

56 López Estrada, S., *op. cit.*

57 Hay una discusión importante sobre el alcance de los términos *protección social* y *seguridad social*. El único instrumento internacional de derechos humanos que usa la noción de protección, no la de seguridad social, es esta Convención. Algunas académicas consideran que *protección* alude más a sistemas familiares y privados de apoyo social, frente a *seguro*, que apela directamente a las responsabilidades estatales. El debate se da en Pautassi, L., “Legislación provisional y equidad de género en América Latina”, en F. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, y Sepúlveda Carmona, M., *International Labour Organization — ILO. 22* de Diciembre de 2017. Disponible en: https://ilo.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay/alma994982093502676/41ILO_INST:41ILO_V2. [Consultado el 16 de mayo de 2021].

58 La sentencia ADR 8314/2019 de la SCJN es una de las pocas en las que la Corte se ocupa del derecho a la seguridad —o protección— social. En este caso, una persona con discapacidad pide que la incluyan en un programa social de apoyos. Los funcionarios que deciden sobre las incorporaciones negaron su inclusión porque los ingresos del peticionario sobrepasaban el monto establecido en el reglamento. Los gastos asociados

se refiere a mujeres, niñas y personas mayores precisa la obligación de los Estados de crear programas de protección social y reducción de la pobreza. Esos programas deben procurar la integración y la reducción de la pobreza de personas con discapacidad y sus familias. Por último, el artículo se refiere explícitamente al deber del Estado de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

El artículo 11.1e de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer contempla el derecho de las mujeres a la seguridad social que cubra, entre otros, los riesgos de vejez u otra incapacidad para trabajar, desempleo, enfermedad, jubilación, invalidez y vacaciones pagadas. La Convención sobre los Derechos del Niño afirma que todos los niños tienen derecho a la seguridad social, lo que incluye un seguro social. Precisa que los beneficios deberán otorgarse de acuerdo con la situación del menor y de las personas que lo tienen a su cargo.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece como una de las obligaciones del Estado al combatir la desigualdad y la discriminación racial la garantía del derecho a la seguridad social, a la asistencia médica y a los servicios sociales (artículo 5, iv). La Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (artículo 27) señala que estos empleados tendrán los mismos derechos en seguridad social que los trabajadores nacionales en la medida en que cumplan los requisitos legales.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (artículo 24b) ordena a los Estados darles a los refugiados legales en su territorio el mismo trato que da a los nacionales en materia de riesgos cubiertos por los seguros sociales como accidentes de trabajo, maternidad, invalidez, vejez, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares. Ordena a los Estados que el reconocimiento del derecho esté sometido a cláusulas de conservación de derechos adquiridos y en vía de adquisición y a disposiciones especiales sobre beneficios provenientes de fondos públicos o subsidios para quienes no alcancen a reunir los requisitos para adquirir un derecho pensional.

Por su parte, el artículo 15 de la Convención Americana de los Deberes y Derechos del Hombre estipula que todas las personas tienen derecho a la seguridad social que proteja contra la actualización no voluntaria de ciertos riesgos como enfermedad, desempleo, vejez e incapacidad que inhabiliten

a la condición de discapacidad del demandante no fueron tomados en cuenta y la administración argumentó, además, que no tenían por qué hacerlo.

física o mentalmente para adquirir por cuenta propia los medios de subsistencia necesarios. Los parágrafos 2 y 3 del mismo artículo se refieren al derecho de todos los individuos a tener un nivel de vida adecuado que les asegure, así como a su familia, diversos derechos sociales. El párrafo 2 se refiere explícitamente al derecho a tener seguros sociales que protejan a los sujetos contra el desempleo, invalidez, vejez, enfermedad, viudez y otras pérdidas no voluntarias de ingresos para subsistir. El párrafo 3 incorpora los derechos de la maternidad y la infancia a cuidados especiales.

El Protocolo de San Salvador (artículo 9) reitera la universalidad del derecho a la seguridad social y los riesgos que debe cubrir. La última parte de esta norma señala que a la muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social les corresponden a sus dependientes.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de la Personas Mayores, que no ha sido firmada ni ratificada por México,⁵⁹ prevé en el artículo 17 que todas las personas mayores tienen derecho a la seguridad social que las proteja y les permita llevar una vida digna. Esto incluye el deber de los Estados de garantizar un ingreso digno derivado de la seguridad social o de otros sistemas de protección social flexibles, y les insta a reglamentar la situación de los aportes de las personas mayores migrantes y su derecho a la pensión.

La Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (CESCR), aprobada en 2007, desarrolla el artículo 9 del PIDESC sobre el derecho a la seguridad social. La Observación precisa algunos de los riesgos sociales básicos que deben estar cubiertos a través del aseguramiento social, entre éstos, maternidad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, discapacidad y pensiones de sobrevivientes y huérfanos. Recalca que el derecho a la seguridad social incluye el de acceder y conservar prestaciones sociales, en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular, contra los riesgos mencionados, y reconoce el carácter redistributivo del derecho a la seguridad social y su efecto directo en la disminución de la pobreza y la exclusión sociales y la promoción de la inclusión.

El artículo 2f, que aborda el tema de las prestaciones familiares, establece reiteradamente lo esencial que resultan los beneficios de seguridad social para el derecho a la protección de niños y de los adultos que los

59 Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp.

tienen a su cargo. Señala que los beneficios sociales pueden entregarse en efectivo o en especie y que no debe usarse como criterio de elección de las familias ningún parámetro que esté prohibido o que sea discriminatorio. En relación con la maternidad (2g), la Observación precisa que la licencia de maternidad tiene que reconocerse durante un periodo adecuado a todas las mujeres, también a las que hacen trabajos atípicos. Las prestaciones tienen que incluir cuidado durante el embarazo, el nacimiento y la etapa que sigue al nacimiento, tanto para la madre como para el hijo. Sobre las pensiones por causa de muerte, de sobrevivientes y orfandad (2i), ordena a los Estados contemplar estas prestaciones cuando muere el proveedor de la familia con derecho a la seguridad social. A los sobrevivientes no se les debe negar este derecho con base en razones discriminatorias y prohibidas.

Respecto de la igualdad de género, el párrafo 32 de la OG 19 dice que el Comité “toma nota” de que la interpretación sistemática de la normatividad pertinente,⁶⁰ exige que la edad de jubilación para hombres y para mujeres se iguale. Sobre este tema diré algo más en la última sección de este texto. También que hombres y mujeres reciban las mismas prestaciones en planes públicos y privados. Subraya la necesidad de que se reconozca el derecho a licencia de maternidad, licencia y paternidad y licencias compartidas.

Los Estados que operan el seguro a través de planes contributivos tienen la obligación de implementar medidas que supriman tanto las barreras estructurales que obstaculizan la cotización de las mujeres, como su inintermitencia en el mercado laboral debido a responsabilidades de cuidado, menores salarios, etc. Deben, de igual manera, propender porque esos factores, como el tiempo dedicado al cuidado de hijos o adultos mayores, sean tomados en cuenta cuando se elaboran los planes de beneficios. Igualmente, deben procurar que la mayor expectativa de vida de las mujeres no juegue en su contra, en particular, en la elaboración de tablas actuariales para el pago de mesadas pensionales. Finalmente, el párrafo 32 enfatiza, respecto de los planes no contributivos, que las personas sujetas a este modelo de

60 La Observación General 19 refiere en este punto a la 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Especialmente, al párrafo 26: “El artículo 9 del Pacto obliga a los Estados parte a reconocer el derecho de toda persona a la protección social y, en particular, a la seguridad social y a la igualdad de acceso a los servicios sociales. El artículo 3, leído en relación con el artículo 9, obliga, en particular, a igualar la edad obligatoria de jubilación para hombres y mujeres, a velar por que las mujeres perciban la misma prestación de los sistemas públicos y privados de pensiones y a garantizar individualmente el derecho a la licencia de paternidad o maternidad y la licencia compartida por ambos”.

aseguramiento social suelen estar en condiciones de pobreza y que la mayoría son mujeres responsables únicas del cuidado de niños.

El Convenio 102 de la OIT sobre seguridad social, o norma mínima, refiere en múltiples ocasiones el derecho a prestaciones de seguridad social para la familia. La familia que protege el Convenio parece estar integrada por un trabajador-asegurado-padre-proveedor; una esposa que trabaja en la casa y que no tiene salario e hijos. El artículo 10 señala que el beneficiario o el asegurado primario, que es el sostén de la familia, podrá ser obligado a contribuir al pago de los gastos médicos que reciba y que no sean gravosos para su bienestar. Por su parte, los artículos 32d y 33 dan cuenta del derecho a la pensión de supervivencia de las viudas y los huérfanos cuando el asegurado fallece debido a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional. En el artículo 61 estipula que las personas protegidas por el Convenio son las cónyuges-viudas y los hijos del asegurado y, en general, las viudas u huérfanos que pierdan el sostén de la familia y cuyos recursos propios no excedan cierto monto legalmente establecido.

En el caso de la viuda-cónyuge, el Convenio precisa que las legislaciones nacionales pueden someter este derecho a la condición de que ésta no pueda sostenerse por sí misma. También afirma que la legislación podrá autorizar la suspensión del pago de la pensión por viudez si la derechohabiente del beneficio contributivo empieza a recibir ingresos de su propio trabajo o cuando sus ganancias excedan cierto monto legalmente establecido (artículos 60 y 61).

Los apartados VII, prestaciones familiares, y VIII, sobre licencias de maternidad, precisan que todos los asegurados tendrán derecho a prestaciones de este tipo, sometidas a la condición de que tengan hijos a su cargo. En relación con la maternidad, establece que la protección de las personas durante el embarazo, el parto y el posparto deberá comprender los periodos de descanso y el cubrimiento de los salarios dejados de percibir. La protección alcanzará a trabajadoras cónyuges de trabajadores.

La Recomendación 202, de 2012, sobre los pisos de protección social⁶¹ enfatiza la importancia del derecho humano universal a la seguridad social

61 Otras recomendaciones relevantes sobre seguridad social son la Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, de 1944, y la Recomendación 69 sobre la asistencia médica, de 1944. La Recomendación 67 parte también de la idea de que la base de la seguridad social es la familia integrada por un trabajador asegurado, esposa sin remuneración e hijos. Cuando se refiere a las prestaciones familiares laborales o por causa de muerte usa el término “jefe de familia” para señalar al titular primario del aseguramiento.

como punto de partida y mínimo necesario para construir sociedades más democráticas, dignas e igualitarias. Reitera que las prestaciones familiares y por hijos hacen parte de ese mínimo. En el artículo 5 señala que los pisos mínimos de protección social deben comprender seguridad en el ingreso para niños, las personas en edad laboral que no puedan obtener ingresos propios debido, entre otros, a la invalidez, enfermedad, maternidad, desempleo y los adultos mayores.

En el siguiente apartado estudiaré, con base en ciertos patrones de decisión de la SCJN, cómo han interactuado las normatividades nacional e internacional y el autoprecedente de la Corte en algunos fallos que adjudican asuntos de seguridad social que pasan por instituciones familiares.

D. LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y FAMILIA

La normatividad de seguridad social regula de manera autónoma algunas instituciones de familia y determina, con base en esa regulación, qué vínculos filiales permiten acceder a la seguridad social como beneficiario secundario. Ahora bien, tan importante como la decisión de qué familias merecen protección vía aseguramiento social es la determinación de qué vínculos filiales descalifican a las personas que pretenden acceder a esas prestaciones.

En lo que sigue voy a presentar algunos de los precedentes de la SCJN sobre temas que intersectan cuestiones de familia y de seguridad social. Sólo quiero reiterar que, como dije al inicio del capítulo, las cuestiones de familia en seguridad social no se reducen a temas calificados como tales en las normatividades nacional e internacional o en la jurisprudencia constitucional, sino que prácticamente todo el derecho de familiar es una regulación específica de aseguramiento social.

Si la puerta de acceso al derecho a la seguridad social es el trabajo formal y los vínculos familiares calificados con un asegurado primario, cuestiones como la integración del mercado laboral en términos de género; qué tantas personas están en informalidad laboral y cuál es la distribución genérica interseccional de estos trabajadores;⁶² quién está fuera de ese mercado laboral

62 “Las mujeres” es un término que engloba a grupos y sujetos muy diferentes. En materia de seguridad social, la condición socioeconómica, racial, laboral, familiar, entre otras, y

haciendo trabajos de cuidado no remunerado también son asuntos de derecho de familia. Es este apartado no me voy a referir al tema de la posibilidad exigua de acceder a una pensión de retiro,⁶³ central en relación con a quién le toca asumir el riesgo de la desigualdad en los mercados laborales, la estructura segmentaria de la seguridad social y las consecuencias de dedicarse al trabajo de cuidado. Voy a decir algo sobre esto en el siguiente apartado.

La inmensa mayoría de sentencias de la SCJN sobre seguridad social y familia se derivan de litigios en el modelo contributivo de aseguramiento social. Las pocas que hay sobre “programas sociales”, o el modelo de seguridad social no contributivo, aunque impactan el mecanismo de distribución de recursos que es la familia, no se ocupan explícitamente de esa institución.⁶⁴

Un porcentaje importante de asuntos se desechan por cuestiones de procedimiento⁶⁵ y otro tanto niegan la protección constitucional porque las instituciones de seguridad social, cuando actúan como aseguradoras, no son autoridades en términos del juicio de amparo, sino que están en igualdad de condiciones con el solicitante. Esa doctrina se ha modificado recientemente.

Los fallos de la SCJN suelen ser deferentes con el legislador y con los reglamentos administrativos y su calificación de los vínculos filiales como acceso al derecho a la seguridad social. Es decir, en muchos casos la Corte acepta la normatividad paralela de seguridad social para el reconocimiento de la familia, que remite a la normativa de los códigos civiles y leyes familiares la calificación de este tipo de vínculos.⁶⁶ En contraste, es claro el

la intersección entre éstas implica que no todas las mujeres enfrentan las mismas barreras de acceso y disfrute de este derecho humano. En México hay trabajos interesantes e importantes desde las ciencias sociales sobre la situación de las mujeres en el mercado laboral, según sus características y diferencias específicas. Este trabajo desagregado y minucioso hace falta respecto del derecho a la seguridad social de este grupo tanto en ciencias sociales, como en términos jurídicos. Sobre mujeres e inserción desigual a los mercados de trabajo se puede consultar, especialmente la primera parte, de Oliveira, O., *Trabajo femenino y vida familiar en México*, Ciudad de México, Colmex, 1994.

63 Sobre este tema se puede revisar el cuaderno de jurisprudencia sobre pensiones de retiro.

64 Las sentencias ADR 8314/2019 y la AR 1061/2015, o caso *Barrabás*, son algunos de los fallos sobre derecho a la seguridad social no contributiva. El caso *Barrabás* es particularmente ilustrativo de cuál fue la posición de la SCJN en relación con el derecho a la seguridad social y, en general, sobre los derechos sociales.

65 Por ejemplo, las resoluciones ADR 5909/2014, ADR 3533/2015, ADR 5034/2017, AR 193/2018, AR 219/2008, AR130/ 2014.

66 Sobre este tema se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia 4 sobre concubinato y uniones familiares.

efecto que tuvo la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en materia de aseguramiento social y asuntos familiares. Me voy a referir a cuatro temas de adjudicación: pensiones de viudez —en el matrimonio y en el concubinato—, pensiones de orfandad y para ascendientes, guarderías y aseguramiento obligatorio de las trabajadoras del hogar.

Otra característica general de este tipo de asuntos es el sesgo de género del litigio. Quiero decir, quienes litigan pensiones de viudez —como concubinas o como esposas— son mayoritariamente mujeres. Quienes litigan el derecho a la pensión de orfandad en representación de las personas menores de edad son mayoritariamente mujeres —madres y abuelas—. En el caso de guarderías pasa algo similar, las mujeres demandan cuando el objeto del litigio constitucional es la prestación de guarderías. Al igual que la normatividad —nacional e internacional—, los fallos de la SCJN en esta materia no cuestionan demasiado el modelo de familia que está en la base del modelo contributivo de seguridad social: padre trabajador, asegurado o proveedor, madre-cónyuge que hace trabajo de cuidado en el hogar no remunerado, e hijos.

I. Pensiones de viudez en el concubinato

En relación con la pensión de viudez en el concubinato, la jurisprudencia de la Corte ha sido bastante consistente: es constitucional la decisión legislativa respecto de qué uniones de hecho califican como sujetos de la seguridad social contributiva.⁶⁷ Además, el número de resoluciones⁶⁸ es mucho menor que las que se ocupan de asuntos sobre pensión de viudez en el matrimonio y el perfil de género es el más marcado, comparado con los otros litigios de familia y seguridad social en la SCJN.

Es posible identificar cuatro grandes patrones fácticos—o escenarios constitucionales de litigio—: i) prueba del concubinato ante las instituciones de seguridad social, valor probatorio de las sentencias de jurisdicción voluntaria y efectos de la inscripción de concubina en censos y pliegos testamentarios; ii) concurrencia de pensión de viudez y salario, iii) procedencia

67 Hasta donde sé, no hay sentencias en las que el objeto del litigio sea el derecho a la seguridad social en el modelo no contributivo de una concubina.

68 Son alrededor de 25 resoluciones, incluyendo desechamientos, entre Novena y Décima épocas. Sobre el punto se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia 5, *Derecho a la seguridad social. Pensión de viudez en el concubinato*.

de la pensión de viudez entre concubinos, y iv) discriminación por género y por orientación sexual. Me referiré a algunos.

Como señalé, hay ciertos escenarios constitucionales en los que el impacto del principio de igualdad y no discriminación es muy claro.⁶⁹ En el caso de parejas del mismo sexo,⁷⁰ la Corte resolvió que las normas de seguridad social que excluyen a las familias integradas por parejas del mismo sexo del beneficio pensional por causa de muerte son discriminadoras y, por tanto, inconstitucionales. Los requisitos que se exige a los concubinos —dependencia económica o discapacidad—, en comparación con lo que se pide a las concubinas para tener derecho a la pensión de viudez⁷¹ también violan el mandato de no discriminación en materia de seguridad social.⁷² Los asuntos que se ubican en este patrón de litigio son también de los pocos cuyos actores son hombres.⁷³

Otro subconjunto de asuntos es en el que la SCJN declara la inconstitucionalidad de las normas —casi todos reglamentos— que sólo admiten como prueba del concubinato la inscripción del asegurado en censos médicos, pliegos testamentarios o documentos de beneficiario económico.⁷⁴ En estos casos, ambos de concubinas de militares, la Corte resolvió que las demandantes pueden probar su vínculo con el militar fallecido a través de cualquiera de los medios establecidos para esos efectos en los códigos de procedimientos civiles. También decidió que, dado que el derecho a la seguridad social es fundamental, su configuración no depende de la voluntad de un sujeto privado, sino que es de orden público.

Ahora, cuando los litigios atacan las normas que definen quiénes son concubinas en materia de seguridad social, la Corte niega consistentemente los amparos. En varios casos, las demandantes atacan las condiciones diferenciadas para las concubinas con y sin hijos para acceder a la pensión de viudez. Esto es, que a las personas que, además de cumplir con los requisitos de ley, tienen al menos un hijo con el asegurado fallecido no se les exija el lapso de convivencia —5 años— que es mandatorio para las concubinas

69 Al respecto se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia 7, *Igualdad y no discriminación de género*, en especial, el numeral 1.2.

70 Sentencia AR 750/2018 que, además, es la única sobre este tema en específico.

71 Véase el apartado “I. Esquema contributivo de aseguramiento” de este texto.

72 Sentencias ADR 881/2007 y AI 04/2016.

73 También es un hombre el demandante del asunto AR 793/2014.

74 Sentencias AR 377/2013 y AR 34/2019.

sin hijos en común.⁷⁵ El argumento principal de la SCJN se reitera en todos los fallos: el tipo de familia cambia cuando se tienen hijos y por eso es constitucionalmente adecuado asignarle a unas y a otras consecuencias jurídicas diferenciadas. Tener hijos en común, según los fallos, permite presumir convivencia y vocación de futuro de la pareja y es incomparable con la situación de quienes no procrean.

En el único asunto que hay sobre concurrencia de concubinas,⁷⁶ la Corte reitera que no es discriminatorio negar el derecho a la pensión de viudez cuando el asegurado tuvo más de una compañera permanente. Esto porque la familia protegida por la Constitución es la monogámica y bajo ese esquema operan los sistemas de aseguramiento. En relación con los concubinos con hijos en común, que tuvieron matrimonio vigente concurrente con otra persona y que posteriormente se divorciaron,⁷⁷ la Corte precisó que las concubinas tienen derecho a la pensión de viudez. Es decir, el requisito es que tengan hijos en común con el asegurado y que se cumpla la condición de soltería, no que hayan estado solteros durante todo el tiempo del concubinato. La presencia de al menos un hijo en común provoca que el término de convivencia en soltería no importe, siempre que al morir el asegurado ambos hayan estado solteros.

En un fallo reciente, la SCJN estudió el caso de una concubina que reclamaba los derechos laborales de su compañero fallecido, específicamente, el beneficio de seguridad social de indemnización por causa de muerte.⁷⁸ El concubinato duró 26 años, tuvieron 3 hijos, uno de ellos era menor de edad. Durante el término de la convivencia, el concubino tuvo un matrimonio vigente, pero estuvo separado de su esposa por más de 25 años y hasta su muerte.

La Corte, por primera vez en lo que a temas de pensión de viudez se refiere, usa la perspectiva de género para tomar la decisión. Con base en estadísticas de ocupación y empleo, desigualdad de género y cobertura en seguridad social llega a la conclusión de que a quienes afecta principalmen-

75 Sentencias AR 793/2014, AR193/2018 y AR 343/2019.

76 Sentencia AR 404/2018.

77 Sentencia CT 251/2010.

78 Sentencia AD 18/2021. Las prestaciones de pensión de viudez y la indemnización por causa de muerte son jurídicamente diferentes. Me refiero a este caso porque los argumentos para negar los derechos a la seguridad social de la concubina cuando el asegurado tiene matrimonio vigente han sido análogos tanto en el orden administrativo, como en el judicial.

te la pérdida de quien aporta el ingreso principal al hogar es a las mujeres. La SCJN declara la inconstitucionalidad de la norma de la Ley Federal del Trabajo (LFT) que impide el acceso de las concubinas a la indemnización por causa de muerte en tanto discrimina de manera indirecta a las mujeres y de manera directa a las concubinas por razón de estado civil. En consecuencia, ampara a la demandante.

Por último, cuando las demandantes atacan las legislaciones, civil y de seguridad social, paralelas respecto del término de convivencia exigido para que haya concubinato, la Corte desecha los asuntos, o bien porque se trata de problemas de mera legalidad y no de constitucionalidad o porque la demandante no presentó adecuadamente el cargo de constitucionalidad.

II. Pensión por viudez en el matrimonio

Los fallos⁷⁹ sobre pensión de viudez en el matrimonio son, aproximadamente, 70. Es posible identificar siete escenarios constitucionales de litigio: i) base pensional para el cálculo de los montos mensuales para la pensión de viudez; ii) concurrencia de la pensión de viudez con otros beneficios; iii) contratos colectivos de trabajo y constitucionalidad de las cláusulas sobre pensión de viudez; iv) criterios diferenciados por género para acceder a la pensión de viudez; v) término mínimo de duración del matrimonio; vi) litigios sobre la titularidad de la pensión, y vii) periodo de conservación de derechos.

En las decisiones sobre este derecho, la SCJN ampara de manera más frecuente los derechos de cónyuges —hombres y mujeres—, si se lo compara con la protección a concubinas. En los casos ubicados en el escenario constitucional del litigio término mínimo de duración del matrimonio, la Corte ha declarado consistentemente la inconstitucionalidad de las normas legales o de las cláusulas de los contratos colectivos que fijan estas condiciones para acceder al derecho a la pensión de viudez en el matrimonio.⁸⁰

79 Los asuntos que sobre este tema la Corte de desecha por cuestiones de procedibilidad o niega el amparo porque se trata de asuntos de mera legalidad y no de constitucionalidad son los AR 480/2014, AR 129/2014, AR 1144/2016, AR 934/2017, ADR 3980/2018.

80 La normatividad de seguridad social sobre término de duración del matrimonio puede revisarse en el apartado “I. Esquema contributivo de aseguramiento” de este texto. Entre los asuntos fallados por la SCJN sobre el punto están AR 1401/2015, AR 123/2017 (la demanda inicial la presentan la viuda y la hija de la viuda, que no es hija en común con el asegurado fallecido. La hija no fue parte en el juicio de amparo). En las senten-

La razón principal para tutelar a las cónyuges es que el derecho a la pensión de viudez se actualiza con la muerte del asegurado primario. Por eso, viola los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de la cónyuge someter ese reconocimiento a una condición cuyo cumplimiento no es controlable por los beneficiarios.⁸¹ En algunos de estos casos los esposos vivieron como concubinos por más de 5 años, pero estuvieron casados por un término menor al que exige la ley. La Corte concede el amparo por la inconstitucionalidad del término de duración del matrimonio, pero no dice nada en relación con el concubinato que le precedió.⁸²

En relación con los criterios diferenciados debido al género para acceder a la pensión,⁸³ al igual que en los casos de concubinato, la SCJN suele conceder los amparos.⁸⁴ Argumenta no sólo que hay trato discriminatorio e injustificado entre viudas y viudos porque a estos últimos les exigen condiciones adicionales y mucho más gravosas para acceder a la pensión de viudez, sino que discrimina también a las aseguradas. Esto porque la ley les da un trato diferente a sus aportes a la seguridad social y a su potencialidad de generar derechos pensionales para los cónyuges de las beneficiarias primarias.

El último escenario constitucional de litigio al que quisiera referirme (vi) reúne los litigios en los que está en controversia quién es la titular de una pensión. En este supuesto está el caso de dos mujeres que se acreditan como cónyuges ante la institución de aseguramiento social para pedir la pensión por viudez.⁸⁵ La Corte resolvió que las Juntas de Conciliación y Arbitraje

cias AR 1144/2016 y ADR 3980/2018, la Corte desecha el recurso de revisión presentado por el IMSS contra la sentencia que amparó al cónyuge, en consecuencia, deja en firme el reconocimiento judicial del derecho a la pensión por viudez.

81 La Corte enfatiza que las normas de seguridad social sobre el término del matrimonio para acceder a la pensión por viudez son inconstitucionales porque el momento de la muerte no lo deciden los beneficiarios. La cuestión es qué pasa cuando la muerte sí es voluntaria, es decir, si esa decisión por parte del beneficiario tiene la capacidad de modificar la titularidad del derecho a la pensión de viudez de la cónyuge.

82 Sentencias AR 772/2015, AR 5497/2015, AR 1237/2017 y AR 985/2018. En el fallo AR 934/2017 la Corte desecha el recurso de revisión presentado por el IMSS contra la sentencia que amparó al cónyuge, en consecuencia, deja en firme el reconocimiento judicial del derecho a la pensión por viudez.

83 Sentencias AR 824/2011, AR 14/2012, ADR 6043/2016, AR 371/2016, AR 107/2017, AR 310/2017, AR 676/2017, AR 859/2018, AR 364/2018 y AR 447/2018.

84 Los asuntos que desecha por cuestiones de procedibilidad o en los que niega el amparo por tratarse de problemas de mera legalidad son ADR 6336/2015 y AR 88/2015.

85 Sentencias CT 37/2015.

(análogas a los jueces laborales, pero que no pertenecen a la rama judicial) no tienen la potestad de decidir sobre la validez de las actas de matrimonio porque esto le corresponde a la justicia civil. Se debe tomar como válida, entonces, a la primera en el tiempo hasta que los jueces civiles no digan lo contrario. Como es evidente, esta deferencia no se tiene en casos de concubinato en los que la legislación de seguridad social tiene la última palabra.

En este supuesto también están los casos en los que el viudo o la viuda vuelve a casarse y la institución de aseguramiento social o bien les niega la pensión de viudez o la suspende. En estos casos,⁸⁶ la SCJN determinó que las normas que ordenan la negación o suspensión de la prestación por causa de muerte son inconstitucionales porque soslayan que la condición de titularidad del derecho es la muerte del cónyuge y que volver a formar una familia es un hecho no relacionado con la titularidad de la pensión por viudez.

Por último, en este escenario está el caso de una divorciada que pide el reconocimiento de la pensión de viudez derivada de la muerte de su exesposo.⁸⁷ La Corte resuelve que el que las normas atacadas no incluyan a la exesposa como beneficiaria residual de esa prestación no viola los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad, porque no se encuentra en el mismo supuesto de la esposa o de la concubina.

III. Pensiones por ascendencia y orfandad

Las pensiones por ascendencia y orfandad⁸⁸ suelen litigarse en asuntos en los que están en juego otras prestaciones, por lo general, pensiones de viudez. En muchos de los asuntos se trata de viudas que piden pensión para sí mismas y, en representación de sus hijos, pensiones de orfandad. Las sentencias que se ocupan del derecho a pensiones de ascendencia son muchas menos, tal vez por el carácter residual de esas prestaciones. Hay al menos dos temas que se manera sorprendente no aparecen en los litigios sobre estas prestaciones: la constitucionalidad del carácter residual de estos beneficios y de la prueba de dependencia económica para acceder a la prestación.

86 Sentencia AR 1018/2015, AR 5081/2017.

87 AR 943/2018 y ADR 1167/2018.

88 Para revisar la jurisprudencia de la SCJN sobre este tema se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia 9, *Derecho a la seguridad social, pensión por ascendencia y de orfandad*.

Los escenarios constitucionales de litigio en los que se pueden clasificar estos fallos son: i) orden de prelación de beneficiarios; ii) disminución del monto de la pensión por orfandad; iii) condiciones diferenciadas entre regímenes de seguridad social; iv) requisitos para acceder, conservar o reclamar el pago retroactivo de pensiones por ascendencia u orfandad; v) pensión por orfandad para personas mayores de edad con discapacidad; vi) diferencia entre los montos pensionales de viudez y por orfandad, y vii) prescripción de un año de la acción de cobro de las mensualidades.

En relación con el primer escenario (i), la Corte estudió un caso en el que la demandante reclamaba pensión por ascendencia, pero la hija de su hija —su nieta— ya había sido reconocida como titular de una pensión por orfandad.⁸⁹ La SCJN resolvió que las normas de prelación de las pensiones por causa de muerte no son inconstitucionales porque sólo reconocen las circunstancias de los posibles beneficiarios y les asigna consecuencias jurídicas. Esto es parte del hecho común de que quienes dependen de los asegurados primarios son los hijos y no los padres.

En junio de 2022, la Corte amparó a un militar que pidió, en contravía de lo que dice sobre el punto la LISSFAM, que le permitieran inscribir a sus padres de crianza en el padrón de beneficiarios, lo que les permitiría, entre otras prestaciones, acceder a atención en salud y a las pensiones de sobrevivencia. La SCJN argumentó que una interpretación conforme, esto es, que sea la más garantista según la Constitución y los tratados internacionales, implica que la seguridad social tiene que cubrir a las familias biológica, jurídica y de crianza. Recordó que la normatividad no establece diferencias entre esos tipos de arreglos familiares y que es preciso dar una protección amplia a la célula primaria de la sociedad, que se constituye por lazos afectivos de hecho y complejos. Éste es, hasta donde sé, el primer fallo en el que la SCJN tutela los derechos a la seguridad social de familiares unidos por vínculos sociales, pero no jurídicos o biológicos en términos de la legislación vigente.⁹⁰

Los casos del escenario (iv) pueden subdividirse en varios patrones de litigio. Me voy a referir al que está más directamente conectado con el tema de estudio: los asuntos sobre el límite de edad para recibir el beneficio de orfandad. En estos casos, la Corte resolvió que, sin importar las circunstancias particulares de los hijos —salvo discapacidad calificada— las pensiones de

89 Sentencia AR 1292/2017.

90 Sentencia AR 502/2021.

orfandad no se pagarán más allá de los 25 años, porque hasta esa edad se presume dependencia económica respecto de los ascendientes.⁹¹

Un escenario particularmente interesante y prolijo es el v). En estos asuntos, la SCJN reconoce el derecho de los hijos mayores de edad con discapacidades calificadas a conservar de manera íntegra la pensión de orfandad. Concede los amparos cuando el titular de la pensión por orfandad accede a una pensión por jubilación;⁹² en los que el actor reclama en pago íntegro de pensiones por orfandad derivadas de la muerte de ambos padres;⁹³ de hijos cuya discapacidad se deriva de enfermedades congénitas, que se manifiestan antes de los 25 años;⁹⁴ en los que se condiciona la pensión de orfandad a que el titular no tenga un trabajo remunerado,⁹⁵ y de los titulares de pensiones de orfandad que tienen hijos.⁹⁶

IV. *Guarderías*

Ahora bien, cuando el objeto del litigio es la prestación de guarderías, las decisiones de la SCJN se pueden clasificar en ocho escenarios constitucionales de litigio, i) discriminación por género; ii) límite máximo de edad para recibir el servicio; iii) medidas estatales necesarias para la prestación del servicio; iv) seguro de guarderías y prestaciones sociales. Régimen de financiamiento compartido; v) interés superior de la niñez y suplencia de la queja; vi) apoyos a personas beneficiarias del servicio de guarderías; vii) reparación del daño por hechos ocurridos en guarderías, y viii) servicios de guarderías como prestación de previsión social.

Me referiré sólo a algunos de estos escenarios.⁹⁷ El primero (i) está integrado por los fallos de la SCJN sobre requisitos diferenciados por razón

91 Sentencias AR 54/2011, AR 173/2018. En la sentencia AR 1002/2018 la actora es una persona de la tercera edad que reclama una pensión por orfandad.

92 Sentencia AR 588/2013.

93 Sentencia AR 899/2016.

94 Sentencia ADR 2204/2018.

95 Sentencia AI 40/2018.

96 Sentencia ADR 319/2019.

97 Los patrones de litigio iii y vii son fundamentales, pero desbordan el propósito de este artículo. Se trata de los casos en los que las condiciones inseguras e inadecuadas de las guarderías y la falta de vigilancia por parte del Estado, entre otras razones, hicieron de incidentes manejables en circunstancias razonables auténticas tragedias. Uno de los temas centrales en estos casos es cómo se repara de manera adecuada el daño. La sistematización de los fallos de la corte sobre reparación del daño se puede consultar en el

de género para acceder a la prestación de guarderías, tal y como está contemplado en las diferentes legislaciones de seguridad social. Como vimos en el apartado de normatividad, para que los asegurados tuvieran el servicio de guarderías debían, entre otras cosas, estar divorciados, ser viudos, no estar en una relación de concubinato ni volverse a casar, mientras que las aseguradas sólo tienen que probar que son madres. La SCJN resolvió que esa diferenciación es discriminatoria y viola los derechos a la igualdad, a la seguridad social y el interés superior del menor.⁹⁸

Otros asuntos se ocuparon del límite máximo de edad de los niños para recibir el servicio. En estas sentencias, la Corte decidió que no es discriminatorio ni atenta contra el interés superior ni el derecho a la seguridad social de los niños fijar en 4 años la edad máxima para recibir el servicio. Lo que procede es que los niños de esa edad pasen a la educación básica preescolar.⁹⁹ Ahora bien, en caso de que la edad biológica y la edad de desarrollo psicomotor del niño no concuerden, las guarderías están obligadas a hacer los ajustes razonables para que el menor con discapacidad reciba el servicio, aun después de haber cumplido los 4 años. En estos casos debe primar el modelo social de discapacidad y no sólo el criterio médico.¹⁰⁰

Un tema que está en el corazón del debate sobre la prestación de guarderías, pero cuyos fallos son menos conocidos, es el de la financiación en sus diversas modalidades. Los escenarios constitucionales de litigio iv y viii reúnen asuntos relacionados con ese tema y son especialmente importantes porque la de guarderías es una de las prestaciones más deficitarias. También es de las más importantes cuando se piensa en la distribución genérica de cuidados, mercados laborales y acceso a la seguridad social contributiva.¹⁰¹

En el patrón de litigio iv, seguro de guarderías y régimen de financiamiento compartido, la SCJN sostuvo que no procede el amparo cuando

cuaderno de jurisprudencia 1, *Derecho de daños. Responsabilidad extracontractual*. En especial, el numeral 3.

98 Sentencias AR 59/2016, AR 700/2017, AR 1369/2017, AR 239/2018, AR 568/2018 y AR 5313/2018.

99 Sentencia AR 1226/2008.

100 Sentencia AR 166/2019. Este fallo y otros sobre derechos de los niños con discapacidad a la educación se pueden consultar en el cuaderno de jurisprudencia 6, *Derecho a la educación*, en particular, el numeral 1.

101 El escenario constitucional de litigio vi, apoyos a las personas beneficiarias de guarderías, también se trata de un problema explícitamente presupuestal. La cuestión es que las dos decisiones que integran este patrón son fallos en los que la Corte resuelve que no ha contradicción de tesis. Sentencias CT 148/2019 y CT 208/2019.

los demandantes no demuestran que una norma fue aplicada en su perjuicio. Los actores alegaban que el esquema de financiamiento compartido dejaba sin recursos fundamentales al servicio de guarderías.¹⁰² Como estos no mostraron que la ley que crea un fondo de financiamiento compartido para guarderías y demás prestaciones sociales los perjudica resolvió que no procede hacer el estudio de constitucionalidad. En otro caso en el que los demandantes alegaron lo mismo y, además, probaron el acto de aplicación de la ley en su perjuicio, la Corte decidió que la norma es constitucional porque no es un obstáculo para el cumplimiento de los diversos servicios de seguridad social, entre éstos, prestaciones y guarderías.¹⁰³

Fallos sobre el servicio de guarderías como prestación de previsión social integran el patrón de litigio (viii). En uno de ellos, sobre deducción de las prestaciones de previsión social, la Corte estableció que la norma que no considera los aportes patronales a guarderías y previsión social como gastos deducibles de los ingresos acumulables en el cálculo del impuesto sobre la renta no es inconstitucional. Esto porque el artículo atacado respeta los principios de equidad y proporcionalidad tributaria.¹⁰⁴ En otra decisión sobre el alcance del término “previsión social”, la Corte precisó que establecer en la ley prestaciones de previsión social sin enumerar taxativamente los gastos que deben considerarse como tales para efectos de deducción de impuestos no vulnera los derechos fundamentales a la seguridad jurídica y legalidad tributaria. Concluyó que no se puede exigir al legislador que defina cada una de las palabras que emplea cuando las que eligió son lo suficientemente claras.¹⁰⁵

E. ALGUNOS TEMAS PENDIENTES EN LA AGENDA SOBRE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS Y CUIDADOS EN EL SISTEMA DE ASEGURAMIENTO SOCIAL: PENSIONES, FAMILIAS QUE SÍ Y FAMILIAS QUE NO Y GUARDERÍAS

En los apartados anteriores hice un recorrido normativo por los fundamentos constitucionales nacionales, de bloque de constitucionalidad —instrumentos internacionales— y de legislación primaria sobre el derecho a la

102 Sentencia AR 3233/1998.

103 Sentencia AR 1152/1999.

104 Sentencia AR 153/2005.

105 Sentencia AR 425/2010.

seguridad social y la forma en la que la SCJN califica, clasifica y legitima ciertas ordenaciones familiares. Ahora quisiera proponer una lectura específica de esta normatividad con base en la tesis de que el derecho de familia hace parte, en realidad, del derecho público de la seguridad social.

En este apartado voy a reconstruir brevemente la idea de la profesora Ann Alstott sobre el vínculo específico entre estos ámbitos del derecho y, a partir de ahí, esbozar tres cuestiones derivadas: i) el concubinato en la legislación nacional e internacional de seguridad social; ii) la prestación de guarderías, y iii) el derecho a la pensión de retiro.

El derecho de la seguridad social y el derecho de familia suelen verse como dos especialidades jurídicas que se intersectan en algunos temas, pero que se gobiernan por principios y responden a problemas muy diferentes. Según la profesora Alstott,¹⁰⁶ el derecho de familia estipula reglas distributivas, relaciones financieras y responsabilidades que constituyen una modalidad de seguro social. Precisamente esas reglas de derecho de familia complementan las de los programas públicos, contributivos y no contributivos, cuya población objeto son, precisamente, las familias.

Mientras el derecho de familia contempla titulaciones legales de cuidado y apoyo económico con base en cuestiones como el matrimonio o la paternidad, biológica o adoptiva, el derecho a la seguridad social hace esto mismo mediante la remisión a las normas de derecho familiar o a través de la definición directa de esas instituciones. Aunque las categorías que se usan en cada uno de estos ordenamientos pueden diferir, al igual que las consecuencias que le atribuyen a ciertos comportamientos, las clasificaciones normativas que adoptan reconocen sólo algunas relaciones como fuente de derecho y tutelan frente a ciertos riesgos con base en ese reconocimiento. Alstott enfatiza que los dos ordenamientos distribuyen riesgos antes de que sucedan (*ex ante*) y no sólo cuando se actualiza (*ex post*).

Una de las ideas centrales de Alstott es que una buena manera de entender el derecho de familia es con un subconjunto del derecho de la distribución de riesgos sociales que es, precisamente, el derecho de la seguridad social. Hay dos puntos fundamentales en los que ambas especialidades coinciden: i) asumen cosas en relación con el cuidado familiar y el apoyo económico y, de esa manera, determinan quiénes son los sujetos asegurados cuando las familias se rompen o enfrentan situaciones como la pobreza y la discapacidad, y ii) los cambios en la política pública o en la legislación

106 Alstott, A., *op. cit.*

familiar o de previsión social modifican la distribución del riesgo y, así, la probabilidad de ocurrencia y los efectos de lo que la profesora califica como “tragedias, en apariencia, privadas”.

En todo caso, ambas ramas regulan situaciones críticas para los agentes: el derecho de familia, las disrupciones de la vida afectiva y el de la seguridad social, el de la vida laboral: desempleo, salarios bajos, retiro, discriminación, etc. El problema con este tipo de lectura paralela es que soslaya que la seguridad social no responde sólo a problemas de empleo y tampoco debería hacerlo. Por el contrario, un rango más amplio de riesgos sociales potencialmente catastróficos amenaza el bienestar de adultos y niños en tanto las alteraciones de vida afectiva amenazan también su estabilidad económica y social.

El argumento central de Alstott es que, si se entiende al derecho de la seguridad social como, entre otras cosas, el uso deliberado del derecho para enfrentar situaciones especialmente difíciles en la vida de las personas, el foco en el trabajo formal del derecho de la seguridad social tiene que ampliarse. El derecho de familia, pese a su afiliación al derecho y los principios de los ordenamientos privados, opera también como un seguro de los riesgos propios de la vida afectiva. Luego de eso habría que ver si las políticas públicas de aseguramiento social tendrían que hacerse cargo de manera más explícita de los riesgos de la vida afectiva: concubinato, divorcio, paternidad, infancia, entre otros, etc. En otras palabras, preguntarse por la necesidad de replantear los vínculos entre los derechos de la seguridad social y el derecho de familia es concretar en cierto ámbito la pregunta feminista persistente sobre las distancias entre lo público y lo privado, entre el trabajo y el cuidado.

I. Matrimonios y concubinatos que sí; matrimonios y concubinatos que no

Si en algún tema es claro el paralelismo de regímenes —en los ámbitos nacional e internacional— es el del concubinato. El derecho de familia y la jurisprudencia de la SCJN sobre este tema han reconocido de manera incremental los derechos de las concubinas cuando su pareja tiene matrimonio vigente o tiene varias relaciones simultáneas de concubinato.¹⁰⁷

107 Al respecto se puede consultar el capítulo correspondiente en esta obra. Para una presentación sistematizada de las decisiones de la SCJN sobre concubinato se puede consultar del cuaderno de jurisprudencia 4, *Concubinato y uniones familiares*.

Si, siguiendo a Alstott, el derecho de la seguridad social debería ampliar su rango y considerar más ampliamente las interrupciones de la vida familiar, una de las primeras instituciones que habría que reconsiderar es la del concubinato. Esto por varias razones: en primer lugar, porque es una tarea pendiente tanto para la normatividad nacional, como para los instrumentos internacionales de seguridad social. Como queda claro después de hacer la revisión de las normas internacionales sobre ese derecho humano, la familia que es objeto de protección es la familia conyugal, integrada por padre —trabajador—, madre e hijos. A la muerte de lo que esos instrumentos entienden como el asegurado proveedor, es la cónyuge la que tiene derecho a la pensión por viudez. Es cierto que no excluyen de manera explícita a las concubinas de ese beneficio, pero es elocuente el silencio internacional sobre los efectos de este tipo de uniones en relación con la actualización del riesgo de muerte y la distribución de los daños que provocan.

La normatividad nacional sobre el particular, a diferencia de lo que sucede en el ámbito global, es clara. Para recibir los beneficios por causa de muerte, la concubina debe haber vivido con el asegurado durante, al menos, los últimos 5 años¹⁰⁸ de vida de éste y que los dos hayan estado libres de matrimonio. En ciertos ordenamientos, como el de los militares, no sólo basta que se cumplan estos dos requisitos, sino que el asegurado primario debe inscribir a la concubina en un pliego ante el empleador. Tenemos, entonces, que cuando ciertos riesgos que alteran la vida familiar se actualizan, como la muerte del concubino-asegurado primario, quienes deben asumir los costos de ese hecho son las concubinas cuyo comportamiento no es ni reconocido, ni recompensado.

Si los concubinos tuvieron al menos un hijo en común, el requisito de convivencia de 5 años no aplica. Aunque puede ser cierto que tener hijos cambia los desafíos que enfrentan las familias y profundiza otros, no me queda claro por qué tenerlos modifica el estatus de la concubina y la vuelve titular de un derecho. Parece que la legislación de seguridad social refuerza la idea común de que hay algún vínculo directo entre ser mujer y tener hijos y, claramente, entre ser mujer y no tenerlos. Algo similar pasa en la

108 Este término es de 2 años en muchas de las legislaciones familiares estatales de México. El proyecto de fallo ADR 1766/2021, estudiado por la SCJN el 17 de mayo de 2022, plantea la necesidad de ampliar la protección de los derechos humanos de los concubinos y, en ese sentido, considerar un catálogo abierto de criterios, es decir, no taxativos, a evaluar al momento de decidir si hubo o no concubinato en un caso concreto.

legislación en esta misma materia sobre matrimonio; más adelante diré algo sobre esto.

La jurisprudencia de la SCJN ha declarado la inconstitucionalidad de algunas normas que regulan el concubinato, pero ha mantenido de manera consistente algunas otras. Las legislaciones que discriminan a las parejas del mismo sexo y las excluyen de la titularidad de las pensiones de viudez; los requisitos diferenciados y más gravosos para concubinos que para concubinas para acceder a ese beneficio; el requisito de haber permanecido soltero durante todo el concubinato, aún con hijo en común; y la aceptación, como única prueba válida del concubinato, la inscripción que haga el asegurado ante su patrón han sido declaradas inconstitucionales. Quedaría por revisar qué pasa en los asuntos de este tipo que no llegan a la SCJN y las razones por las que no llegan, por ejemplo, lo costoso que resulta el litigio en México y, en particular, el litigio en amparo —constitucional— del derecho de la seguridad social.

En relación con la concurrencia de concubinas y con lo que pasa cuando uno de los compañeros tiene matrimonio vigente, la jurisprudencia constitucional no se ha modificado mayormente. La Corte ha sostenido que cuando se trata de concubinas concurrentes, este tipo de uniones no son tutelables porque la Carta Política es clara en que la familia protegida es la monogámica. Cuando el argumento de las demandantes de una pensión de viudez es la discriminación de su familia frente al resguardo reforzado de las uniones matrimoniales, la SCJN ha dicho que ambas instituciones, matrimonio y concubinato, son inconmensurables.

El argumento de la inconmensurabilidad es curioso porque supone la falta de un parámetro de comparación entre estas dos instituciones familiares que, entre otras cosas, distribuyen riesgos y establecen relaciones financieras. La constante remisión de la legislación de seguridad social a la familiar y, en términos mucho más generales, que se trate de ordenamientos jurídicos sobre derechos vuelve aún más difícil de ubicar este argumento de la Corte.

Pero el recurso de la ausencia de parámetro común para negar la titularidad de pensión de viudez a las concubinas no termina acá. Es usado por la SCJN también cuando se reclama el término de convivencia exigido para que haya concubinato, 2 en la normatividad familiar y 5 en la previsional. La Corte alude de nuevo a la inconmensurabilidad de cuestiones de familia y de seguridad social para negar el cargo de discriminación.

La normatividad de pensiones de viudez se construye sobre el matrimonio, que es el vínculo más protegido por bloque de constitucionalidad y

legislación nacional. El concubinato es una nota al margen de la legislación sobre matrimonio en materia de seguridad social y eso es evidente en el número de artículos y en el espacio que tiene en esos artículos esta figura.

En todo caso, la legislación de seguridad social también establece distinciones entre matrimonios, algunas de las cuales han sido declaradas inconstitucionales por la SCJN. En relación con los requisitos diferenciados para acceder a la pensión de viudez por parte de los viudos, la SCJN ha aplicado el mismo criterio que en concubinato: esa distinción es discriminatoria y, por tanto, es inconstitucional. En relación con los términos de duración del matrimonio para que la viuda califique como titular de una sustitución pensional, la Corte ha dicho que esos plazos son inconstitucionales porque la muerte está fuera del control de los sujetos. Esas normas también determinan que, cuando el matrimonio tiene hijos en común, ese plazo no aplica. Esta es una distinción importante respecto del concubinato: en este, los hijos eliminan el requisito de convivencia; en el matrimonio se tutela a la familia independientemente de los hijos y del tiempo que haya transcurrido entre la celebración del contrato y la muerte del asegurado primario.

Otra diferencia es la potestad del instituto de seguridad social para declarar la invalidez de un concubinato. Como ya dije, si hay concurrencia de concubinas o uno de los compañeros tuvo matrimonio vigente durante todo término del concubinato, el instituto puede negar de plano el derecho a la pensión de viudez. Por el contrario, si ante el instituto se presentan dos personas que alegan ser esposas, éste deberá reconocer la pensión de viudez a quien presente el acta de matrimonio más antigua y esperar el resultado de los procesos de nulidad en la jurisdicción de familia, si es que los hay.

Por último, en el caso de las exesposas y de las exconcubinas vale la pena pensar en lo que dice Alstott, la seguridad social debería hacerse cargo de manera más amplia de las disrupciones familiares y lo que implican en términos de distribución de riesgos y asignación de recursos. Si en la empresa, en principio, cooperativa que es la familia conyugal o de concubinos el trabajo de ambos —remunerado o no y de cuidado— contribuye a la generación de riqueza familiar, también debería considerarse que sirva para cubrir riesgos sociales aun cuando ya no hay pareja ni afecto, independientemente de si se tienen o no hijos en común. Los recursos de la seguridad social también deberían considerarse al momento de determinar cuál es el reparto más equitativo de los bienes y la riqueza creada con el trabajo familiar.

II. Guarderías, ¿cuidado privado sin estructura pública?

Las guarderías son prestaciones sociales fundamentales por muchas razones, una de ellas, la salida de las mujeres al mercado laboral. Como vimos en las secciones de estadística y de normativa nacional, México está rezagado tanto en la tasa de participación de las mujeres en los mercados de trabajo, como en oferta pública de cuidado y desarrollo infantil. Por eso una participación mayor del Estado en oferta de esos servicios permitiría distribuir mejor las cargas de cuidado infantil y no dejarlas, en su mayoría, como responsabilidades exclusivas de las familias, especialmente de las mujeres, muchas de ellas en situación de precariedad.

Las estancias infantiles a las que tienen derecho los beneficiarios del sistema contributivo de seguridad social son de buena calidad, pero su alcance es bajísimo. Debido a la escasez de cupos en estos establecimientos de los institutos o subrogados a un prestador privado, las beneficiarias tienen que acudir a la red familiar para el cuidado de sus hijos en edad no escolar o contratar el servicio a prestadores privados porque, para solicitar un cupo, los establecimientos públicos adscritos a Sedesol y al DIF piden constancia de no afiliación al sistema de seguridad social contributivo.

Ahora bien, la reciente sustitución del Programa de Estancias Infantiles de la Sedesol por el programa Apoyo para el Bienestar de Niños y Niñas Hijos de Madres Trabajadoras¹⁰⁹ cambia el modelo de transferencias indirectas a los jardines infantiles, públicos o privados, para la prestación del servicio al de transferencias directas a las familias para que resuelvan en el ámbito privado los problemas de cuidado de niños en edad no escolar. Para algunas académicas este cambio de modelo significa, entre otras cosas, la privatización del cuidado infantil, la distribución del riesgo y los costos de ese cuidado a las familias y la posible invisibilización y devaluación de las tareas de cuidado.¹¹⁰

La entrega directa de dinero a las familias con niños pequeños, sobre todo si se tiene en cuenta que éstas no son beneficiarias de la seguridad social contributiva, podría promover que las mujeres se queden en las casas a cuidar a los niños y que esos recursos se destinen a cubrir otras necesidades básicas.

109 Disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-de-apoyo-para-el-bienestar-de-las-ninas-y-ninos-hijos-de-madres-trabajadoras-203284>.

110 Es interesante que la población objetivo de este programa sea, entre otros, los “padres solos”, lo que nos regresa a la cuestión de quiénes asume esta política pública que cuidan y que deben cuidar a los niños en edad no escolar. López Estrada, S., *op. cit.*

Esas mujeres que se quedan en casa a cuidar a los niños pueden ser, de hecho, las hermanas mayores que, desde niñas, tienen que empezar a hacer tareas de cuidado que obstaculizan su educación y su desarrollo socioemocional.

Las guarderías son también lugares en los que muchos infantes, además de cuidado, reciben educación, conviven con otros niños y están a cargo de terceros profesionales que tienen la capacidad de detectar, intervenir y denunciar hogares violentos.¹¹¹ Además, como lo ha establecido la SCJN en varios fallos, las instituciones de cuidado infantil tienen la obligación de adaptarse a las necesidades de niños con discapacidad y hacer los ajustes razonables para brindarles un entorno de desarrollo adecuado e integrado. Con la privatización de estos servicios, el riesgo de la discapacidad de niños en edad no escolar se distribuye a las familias y éstas asumen completamente los costos y las tareas de cuidado no profesionales.

Finalmente, estos programas de transferencias directas, además de desinstitucionalizar los cuidados infantiles, presentan como objetivo principal del programa al bienestar de niñas y niños, mientras que las madres trabajadoras parecen ser un mero medio entre niños y recursos.

III. Las pensiones y las cuestiones de género

El tema de las pensiones de vejez e invalidez, entre otras, no figura en la agenda como un problema de distribución de riesgos, cuidados y riqueza. Pero una vez que se entiende al derecho de familia como un capítulo del derecho a la seguridad social y a ese aseguramiento social como un derecho al que, en México, se accede vía relación formal de trabajo o relación filial calificada, es evidente el vínculo entre pensiones de retiro y distribución de cuidados sociales y familiares.

En el caso de las pensiones por vejez, por ejemplo, en los sistemas de cuentas individuales la posibilidad de jubilarse depende de si se alcanza cierto monto en una cuenta individual al momento de retirarse. Al igual que los modelos de prima media con solidaridad, el de ahorro individual parte de supuestos que son falsos en términos del mercado de trabajo actual: trayectorias laborales continuas-formalizadas, cotizaciones de seguridad social ininterrumpidas y salarios ascendientes.¹¹²

111 Para un estudio sobre la violencia contra niñas y niños en sus hogares en México se puede consultar <https://www.unicef.org/mexico/proteccion-contra-la-violencia>.

112 Ham Chande, R., *op. cit.*

Las instituciones que tienen a su cargo la administración de los fondos de pensiones usan tablas actuariales que, según la expectativa de vida por género, estiman el monto que debe reunirse en la cuenta para tener una pensión vitalicia. Dado que la expectativa de vida de los hombres es menor que la de las mujeres, los recursos acumulados en su cuenta se dividen en un número menor de años de vida probable.¹¹³ Por su parte, las tablas asumen que, en promedio, las mujeres viven más, por lo que la cantidad reunida en el fondo tiene que dividirse por un mayor número de años. Tenemos, entonces, que el sistema pensional, además de no contemplar estas características de género en términos laborales y de trabajo de cuidado, tampoco toma en cuenta la probabilidad de que la mayor edad implique también mayor discapacidad y la necesidad, aún más urgente, de contar con un aseguramiento social vitalicio y suficiente.

Ninguno de los supuestos de los que parte el modelo de aseguramiento social de las cuentas individuales aplica al empleo femenino. El desempleo, el trabajo precario o a tiempo parcial, las tareas de cuidado, los sueldos menores y la inestabilidad del mercado laboral hacen que la posibilidad de tener el monto necesario en la cuenta individual al momento retirarse por vejez sea insuficiente. Queda el recurso de las pensiones universales para adultos mayores, pero éstas suelen ser muy bajas y no son suficientes para tener calidad de vida.¹¹⁴

Muchas legislaciones establecen una edad menor de las mujeres para acceder al beneficio pensional como mecanismo tutelar que compensaría en parte los años que les dedican a las tareas no remuneradas de cuidado. Las opiniones académicas están divididas sobre este punto. Hay quienes defienden la necesidad de mantener esta prerrogativa como una de las pocas victorias de género en el ámbito del derecho a la seguridad social. En ese

113 Rossi, P., “Seguridad Social y Género”, *Revista Argentina de Seguridad Social*(1), 2018.

114 Giménez, D. M., “Género, previsión social y ciudadanía en América Latina”, en F. c. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, pp. 99-151, Santiago de Chile, ONU-CEPAL, 2007; Gobierno de México, *Pensión universal para personas adultas mayores*, 2022. Disponible en: <https://www.gob.mx/pensionpersonasadultasmayores#:~:text=El%20programa%20atiende%20a%20todos,%242%2C550%20pesos%20cada%20dos%20meses>. En México la pensión para los adultos mayores es una prestación universal: es una transferencia no condicionada a prueba de necesidad o precariedad, sólo a la acreditación del requisito de edad, información disponible en: <https://www.gob.mx/pensionpersonasadultasmayores#:~:text=El%20programa%20atiende%20a%20todos,%242%2C550%20pesos%20cada%20dos%20meses>.

sentido, exigir el mismo tiempo de cotización a hombres y mujeres no igualaría, sino que profundizaría en seguridad social el carácter discriminatorio del mercado laboral.¹¹⁵ Ésta ha sido el criterio constante del SCJN.

Otra parte de la doctrina considera que esto no sólo es equivocado, sino que es contraproducente. Debido, precisamente, a que en los esquemas de jubilación de cuentas individuales lo que importa es el monto acumulado y que las tablas actuariales para calcular el monto pensional se basan en la expectativa de vida, esa prerrogativa de pensionarse con menos edad bloquea la posibilidad de tener una pensión vitalicia o deja a las mujeres con jubilaciones muy bajas. En conclusión, la defensa sin más del requisito de menos edad de las mujeres para jubilarse, sin pensar en compensaciones monetarias que permitan incrementar de manera adecuada las cuentas individuales, termina por precarizar su situación en la vejez.¹¹⁶

Los problemas de género que afectan el derecho a la seguridad social de las mujeres, en México, son evidentes en materia pensional. Como ya lo señalé, en comparación con otros países de América Latina, las mujeres en México tienen una menor participación en el mercado laboral. Quienes están incorporadas a los mercados de trabajo tienen menores salarios que los hombres, trayectorias laborales intermitentes debido a las inestabilidades propias del mercado laboral y a las tareas de cuidado a su cargo.¹¹⁷

Hasta antes de la reforma de la ley de seguridad social de 1997, el sistema de pensiones en México operaba, entre otros, a partir de los principios de solidaridad intergeneracional y redistribución entre trabajadores con diferentes ingresos.¹¹⁸ Es decir, el dinero que se recibía por cuenta de las contribuciones obrero-patronales y del Estado iba a un fondo común del cual salían los recursos para el pago de pensiones. Este sistema denominado de prima media con prestación definida fue reemplazado por uno de capitalización individual.

115 Rossi, P., *op. cit.*

116 Marco, F., “La desigual participación de las mujeres mexicanas en el acceso y en los beneficios de la seguridad social”, en F. c. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, pp. 31-60, Santiago de Chile, ONU-CEPAL, 2007; Montaña, S., “La agenda feminista y la reforma a los sistemas de pensiones en América Latina”, en F. c. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, pp. 11-30, Santiago de Chile, ONU-CEPAL, 2007; Rossi, P., *op. cit.*

117 Mateo Díaz, M., et. al., *op. cit.*; Ramírez López, P. B., et. al., *op. cit.*

118 Ham Chande, R., *op. cit.*

El sistema de pensiones de capitalización es un esquema de ahorro obligado. Se establecen cuentas individuales administradas por el sector financiero, por administradoras de fondos para el retiro (AFORE). Con la cantidad acumulada en esos fondos eventualmente se comprará una renta vitalicia o un esquema de retiros programados a una compañía de seguros, con montos y tiempos definidos.¹¹⁹ La pensión del aportante dependerá de su capacidad de ahorro en esa cuenta individual. Si el contribuyente no alcanza a reunir, durante 24 años de aportes, el monto necesario en su cuenta, el Estado asume el costo de la diferencia entre la pensión mínima y los fondos acumulados.

Si el derecho humano a tener aseguramiento social en la vejez depende de la estabilidad en el empleo, los ingresos ascendientes, el monto de cotizaciones individuales y el cubrimiento de la cuota de manejo que cobran las AFORE, es posible que los trabajadores formales tampoco lleguen a reunir el monto necesario en sus cuentas individuales para pensionarse.

Si ese trabajador es, además, una mujer, los salarios menores implicarán densidades en cotización más exiguas, aportes interrumpidos por la inestabilidad en el empleo, la informalidad y las tareas de cuidado. Si también se considera que las tablas actuariales que toman en cuenta la expectativa de vida para determinar el monto necesario para pensionarse suponen que, como las mujeres viven más, deben tener un capital mayor al momento de retirarse, es muy posible que muchas mujeres que trabajan en el sector formal no reúnan los requisitos para pensionarse. De igual manera, las personas que se dedican a trabajos de cuidado no remunerado muy posiblemente sólo alcanzarán pensiones mínimas justo en el momento de la vida en el que es más probable sufrir de discapacidades múltiples.

119 *Idem.*

F. CUADROS DE REFERENCIAS

Cuadro 1. Constitución e instrumentos internacionales sobre seguridad social (bloque de constitucionalidad)

Instrumento normativo	
<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos • Declaración Universal de los Derechos Humanos • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos (PIDESC) • Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad • Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) • Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial • Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias • Convención sobre el Estatuto de los Refugiados • Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre • Protocolo de San Salvador, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales • Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de la Personas Mayores no está suscrita por México- • Observación General 19, el derecho a la seguridad social • Convenio 102 de la OIT, sobre la seguridad social • Recomendación 202 de la OIT, sobre los pisos de protección social • Convenio 189 de la OIT, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos • Recomendación sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 	

Cuadro 2. Normas sobre seguridad social y familia en los esquemas contributivos y no contributivos de aseguramiento

Modelo contributivo	
Ley del Seguro Social	<ul style="list-style-type: none"> • Pensiones de viudez arts., 64, 66, 69, 131 y ss. • Concubinato, arts. 65, 66, 69, 130, 132 y ss. • Pensiones de orfandad, arts. 64, 66, 69 134 y 144. • Pensiones de ascendientes, arts. 66, 69, 137. • Prestaciones de maternidad, art. 84, 94, 95 101, 102, 103, 105, 165-168, 170, 172, 277E. • Prestaciones de guardería, Cap. VII. • Ayuda para gastos de matrimonio, art. 65.

Modelo contributivo	
Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado	<ul style="list-style-type: none"> • Normas familiares, arts. 129-130 • Derecho a la sustitución pensional de la exesposa, art. 135. • Derecho de los ascendientes a la sustitución pensional, art. 131, iii. • Derecho a la sustitución pensional de los hijos adoptivos, art. 131, v. • Derecho a los beneficios de maternidad de la hija soltera, menor de 18 años, arts. 39 y 49. • Reglamento de funcionamiento de guarderías (EBDI).
Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la pensión de viudez, arts. 38, 102, 112. • Derecho a la pensión por viudez de la concubina, arts. 112 y 160. • Derecho a la pensión por orfandad, arts. 38, 142. • Derecho a la pensión por orfandad, límite de edad del adoptante, art. 47. • Derecho a la pensión para ascendientes, art. 38 • Beneficios de maternidad para la hija menor de edad y soltera, art. 149. • Guarderías, art 136.
Modelo no contributivo	
<ul style="list-style-type: none"> • Programas sociales implementados en México durante los últimos 20 años https://ciep.mx/politica-social-en-mexico-evolucion-en-los-ultimos-20-anos/ • Programa de Estancias Infantiles de la Sedesol por el programa Apoyo para el Bienestar de Niños y Niñas Hijos de Madres Trabajadoras • Pensión para personas adultas mayores • Pensión para persona con discapacidad • Programa de salud perinatal y materna • Seguro de desempleo 	

Cuadro 3. Listado de Instituciones de seguridad social de los estados en México

Estado	Instituto
Aguascalientes	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes (ISSSPEA)
Baja California	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California (ISSSTECALI)
Campeche	El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Campeche (ISSSTECAM)
Coahuila	Instituto de Pensiones para los Trabajadores al Servicio del Estado de Coahuila (IPTECOAH)
Colima	Instituto de Pensiones de los Servidores Públicos del Estado de Colima
Chiapas	Instituto de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado de Chiapas (ISSTECH)
Chihuahua	Pensiones Civiles del Estado de Chihuahua (PCE)
Ciudad de México	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
Durango	Dirección de Pensiones del Estado de Durango (DPED)
Guanajuato	Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato (ISSEG)
Guerrero	Instituto de Seguridad Social de los Servidores Públicos del Estado de Guerrero (ISSSPEG)
Jalisco	Instituto de Pensiones del Estado
Estado de México	Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios (ISSEMYM)
Michoacán del Ocampo	Dirección de Pensiones Civiles del Estado de Michoacán
Morelos	Instituto de Crédito para los Trabajadores al Servicio del Gobierno del Estado de Morelos (ICTSGEM)
Nayarit	Dirección General de Administración Fondo de Pensiones de Nayarit
Nuevo León	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Nuevo León (ISSSTELEON)

Estado	Instituto
Oaxaca	Oficina de Pensiones del Estado de Oaxaca
Puebla	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio de los Poderes del Estado de Puebla (ISSSTEP)
Quintana Roo	Instituto de Seguridad Social de los Servidores Públicos del Estado de Quintana Roo
San Luis Potosí	Dirección de Pensiones del Estado de San Luis Potosí
Sinaloa	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores de la Educación del Estado de Sinaloa (ISSSTEESIN)
Sonora	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora (ISSSTESON)
Tabasco	Instituto de Seguridad Social del Estado de Tabasco (ISSET)
Tamaulipas	Instituto de Previsión y Seguridad Social del Estado de Tamaulipas (IPSET)
Tlaxcala	Dirección de Pensiones Civiles del Estado de Tlaxcala (PCET)
Veracruz	Instituto de Pensiones del Estado de Veracruz (IPE)
Yucatán	Instituto de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado de Yucatán (ISSTEY)
Zacatecas	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Zacatecas (ISSSTEZAC)

Cuadro elaborado por Daniela Mayumy Vara Espíndola.

Cuadro 4. Artículos de la LFT que regulan temas de seguridad social

Tema	Norma
Trabajo digno	Artículo 2o
Subcontratación	Artículo 15-A
Aportaciones al Fondo Nacional de la Vivienda	Artículo 141
Licencia de Maternidad	Artículo 170
Servicio de Guarderías	Artículo 171
Indemnización por causa de muerte	Artículo 501

Cuadro elaborado por Daniela Mayumy Vara Espíndola.

Cuadro 5. Sentencias de la Suprema Corte sobre familia y seguridad social

Tema	Referencia
Precedentes sistematizados sobre pensión de viudez en el matrimonio	Cuadernos de Jurisprudencia núm. 6. Derecho a la seguridad social Pensión por viudez en el matrimonio
Precedentes sistematizados sobre pensión por ascendencia y orfandad	Cuadernos de jurisprudencia núm. 9. Derecho a la seguridad social Pensión por ascendencia y orfandad
Precedentes sistematizados sobre estabilidad laboral en el embarazo	Cuaderno de Jurisprudencia num.8. Estabilidad laboral en el embarazo
Precedentes sistematizados sobre pensión de viudez en el concubinato	Cuadernos de jurisprudencia núm. 5. Derecho a la seguridad social Pensión por viudez en el concubinato
Precedentes sistematizados sobre guarderías	Cuadernos de jurisprudencia núm. 10. Derecho a la seguridad social. Guarderías
Requisitos diferenciados por razón de género para acceder a la pensión de viudez en el concubinato	ADR 881/2007, AI 04/2016
Inconstitucionalidad de la norma que admite como única prueba válida del concubinato la inscripción de la concubina ante en patrón	AR 377/2013 y AR 34/2019
Derecho a la pensión de viudez cuando hay concurrencia de concubinas	AR 404/2018
Condiciones diferenciadas para las concubinas con y sin hijos para acceder a la pensión de viudez	AR 793/2014, AR193/2018 y AR 343/2019
Concubinos con hijos en común, que tuvieron matrimonio vigente concurrente con otra persona y que posteriormente se divorciaron	CT 251/2010
Concubina que reclama la indemnización por causa de muerte de su concubino que tenía matrimonio vigente	AD 18/2021

Tema	Referencia
Término mínimo de duración del matrimonio para acceder a la pensión de viudez	AR 1401/2015, AR 123/2017
Condiciones diferenciadas por razón de género para acceder a la pensión de viudez en el matrimonio	AR 824/2011, AR 14/2012, ADR 6043/2016, AR 371/2016, AR 107/2017, AR 310/2017, AR 676/2017, AR 859/2018, AR 364/2018 y AR 447/2018
Controversia entre esposas sobre la titularidad de la pensión por viudez	CT 37/2015
Suspensión de la pensión de viudez cuando la titular se vuelve a casar o a vivir en concubinato	AR 1018/2015, AR 5081/2017
Solicitud de la pensión de viudez por parte de la exesposa	AR 943/2018 y ADR 1167/2018
Solicitud de pensión por ascendencia cuando ya ha sido reconocida una pensión de orfandad a la hija de la asegurada fallecida	AR 1292/2017
Límite de edad para recibir pensión por orfandad	AR 54/2011, AR 173/2018, AR 1002/2018
Derecho de los hijos mayores de edad con discapacidades calificadas a conservar de manera íntegra la pensión de orfandad	AR 588/2013, AR 899/2016, ADR 2204/2018, AI 40/2018, ADR 319/2019
Requisitos diferenciados por razón de género para acceder a la prestación de guarderías	AR 59/2016, AR 700/2017, AR 1369/2017, AR 239/2018, AR 568/2018 y AR 5313/2018
Límite máximo de edad de los niños para que permanezcan en guarderías	AR 1226/2008, AR 166/2019
Financiación del servicio de guarderías	AR 3233/1998, AR 1152/1999, AR 153/2005
Derecho al subsidio por maternidad	AR1551/2006, ADR 3217/2018, AR 955/2015
Derecho al aseguramiento social obligatorio de las trabajadoras del hogar	AD 9/2018
Derecho a la seguridad social de las personas no afiliadas al régimen contributivo	ADR 8314/2019, AR 1061/2015

Bibliografía

- Aguilar-Gómez, S., Arceo Gómez, E., y Elia, D. I., *Papers ssr*, 2019. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3497089.
- Alstott, A., Private Tragedies? Family Law and Social Insurance, *Harvard Law and Policy* (3), pp. 3-30, 2009. Disponible en: https://harvardlpr.com/wp-content/uploads/sites/20/2013/05/4.1_2_Alstott.pdf.
- Brachet Márquez, V., “Seguridad social y desigualdad 1910-2010”, en F. Cortés, y d. O. Orlandina, *Los grandes problemas de México. V. Desigualdad*, Ciudad de México, Colmex, 2010. Disponible en <https://2010.colmex.mx/16tomos/V.pdf>.
- Briceño Ruiz, A., *El derecho de la seguridad social*, 2.a ed., Ciudad de México, Oxford, 2017.
- Cámara de Diputados, Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, 2007.
- CONEVAL, 2018, Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/InformesPublicaciones/FolletoInstitucionales/Documents/Medicion-multidimensional-de-la-pobreza-en-Mexico.pdf>.
- de Oliveira, O., *Trabajo femenino y vida familiar en México*, Ciudad de México, Colmex, 1994.
- Giménez, D. M., “Género, previsión social y ciudadanía en América Latina”, en F. c. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, pp. 99-151, Santiago de Chile, ONU-CEPAL, 2007.
- Gobierno de México, Pensión universal para personas adultas mayores, 2022. Disponible en: <https://www.gob.mx/pensionpersonasadultasmayores#:~:text=El%20programa%20atiende%20a%20todos,%242%2C550%20pesos%20cada%20dos%20meses>.
- Ham Chande, R., “Sistemas de pensiones y perspectivas de la seguridad social”, *Estudios demográficos y urbanos*, 15(3), 2000. Disponible en: <https://estudiosdemograficosyurbanos.colmex.mx/index.php/edu/article/view/1088>.
- HCR-ONU, Human Rights Commission-ONU, 22 de Diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SocialSecurity/ReportSocialProtectionFloors.pdf>.
- Inegi, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2004. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/biblioteca/ficha.html?upc=702825444204>.
- Inegi, Instituto Nacional de Geografía y Estadística, 2007. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/buscador/default.html?q=enoe+2007>.
- Inegi, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *ENESS, Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social*, 2017. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/eness/2017/>.
- Inegi, Instituto Nacional de Geografía y Estadística, 2021. Disponible en: www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_Embarazos21.pdf.
- Inegi, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2021. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/pibmed/pibmed2020.pdf>.
- López Estrada, S., “Hacia la reprivatización del cuidado infantil en México: las modificaciones al programa de estancias infantiles en SEDESOL”, *Revista interdisciplinaria de estudios de Género-Colmex*, 6(1), pp. 1-35, 2020. Disponible en <https://estudiosdegenero.colmex.mx/index.php/eg/article/view/480>.

- Marco, F., “La desigual participación de las mujeres mexicanas en el acceso y en los beneficios de la seguridad social”, en F. c. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, pp. 31-60, Santiago de Chile, ONU-CEPAL, 2007.
- Martínez Soria, J., “Introducción”, en Jesuswaldo Martínez Soria, *Seguridad social en México*, pp. 11-32, Ciudad de México, Senado de la República, 2015. Disponible en: http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/2928/seguridad_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Mateo Díaz, M., Rodríguez Chamussy, L., y Grafe, F., *Banco Ineramericano de Desarrollo, BID*, 2014. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Ley-de-guarder%C3%ADas-en-M%C3%A9xico-y-los-desaf%C3%ADos-institucionales-de-conectar-familia-y-trabajo.pdf>.
- Montaño, S., “La agenda feminista y la reforma a los sistemas de pensiones en América Latina”, en F. c. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, pp. 11-30, Santiago de Chile, ONU-CEPAL, 2007.
- Morales Ramírez, M. A. y Sánchez Castañeda, A., *El derecho de la seguridad social y de la protección social*, Ciudad de México, Porrúa, 2014.
- OHCHR-ONU, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas-OHCHR, 2008. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc. [Consultado el 16 de Mayo de 2021].
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, 1927. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C024.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, 1933. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C035.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, 1967. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C128.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, 1981. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, 1981. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, 1999. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008543/lang-es/index.htm.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, 2000. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312328.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, ILO, 2014. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf.
- Pautassi, L., “Legislación provisional y equidad de género en América Latina”, en F. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.
- Ramírez Chavero, I., *Derecho de la seguridad social*, Ciudad de México, Flores, 2018.
- Ramírez López, P. B., Nava Bolaños, I., Martínez, G., Abraham y Abraham, B. G., “La desigual participación de las mujeres mexicanas en el acceso y en los beneficios de la seguridad social”, *Revista Latinoamericana de Derechos Social*, pp. 95-122, 2020. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/14073/15296>.

- Rossi, P., “Seguridad Social y Género”, *Revista Argentina de Seguridad Social*(1), 2018.
- Ruiz Moreno, Á. G., *Nuevo derecho de la seguridad social*, Ciudad de México, Porrúa, 2011.
- Sepúlveda Carmona, M., *International Labaour Organization-ILO*. 22 de Diciembre de 2017. Disponible en: https://ilo.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay/alma994982093502676/41ILO_INST:41ILO_V2. [Consultado el 16 de mayo de 2021].
- Valencia Lomelí, E., *Perspectivas del universalismo en México*, Guadalajara, ITESO, KAS, Universidad Iberoamericana, 2010.

Autoras y autores

Sergio Iván Anzola Rodríguez

Coordinador de investigación en el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD) y profesor de cátedra en la Universidad de los Andes. Sus áreas de interés son la ética y responsabilidad profesional de los y las abogadas y la educación jurídica. Es autor del libro *El malestar en la profesión jurídica: tensiones entre la ética profesional y personal de los abogados* (2019) y coeditor académico de *Ética profesional del abogado: debates y tensiones* (2021).

Guadalupe Barrena Nájera

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); titular de la Defensoría de los Derechos Universitarios, Igualdad y Atención de la Violencia de Género de la UNAM.

Alma Beltrán y Puga

Abogada del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Maestra en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York y doctora en Derecho por la Universidad de los Andes (Colombia). Actualmente es profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia), integrante de la Red Alas, de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar y del Colegio de Bioética A. C. Ha trabajado en organizaciones de la sociedad civil y en la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (OACNUDH) y en la Suprema Corte de Justicia de México. Se ha desempeñado también como consultora de la Comisión de Género de la Cumbre Judicial de Iberoamérica y de EuroSocial+ para promover la implementación de la perspectiva de género en las sentencias en América Latina y el Caribe.

Karla Cantoral Domínguez

Profesora investigadora de tiempo completo en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, forma parte del Cuerpo Académico Consolidado Estudios de Derecho Civil. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, nivel II. Es especialista en protección de datos personales, responsabilidad civil, transparencia, rendición de cuentas y derecho de acceso a la información. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias. Ha publicado diversos libros y artículos científicos en los ámbitos nacional e internacional, entre los que destacan la obra *Derecho de protección de datos personales de la salud*, Editorial Novum-CONACYT (2012), y la coautoría de *La maternidad subrogada*, Tirant Lo Blanch (2017). En la Administración Pública se ha desempeñado en el Poder Judicial de Tabasco, Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Dirección General del Registro Civil. Actualmente es coordinadora general de Asuntos Jurídicos del Gobierno del Estado.

Pauline Capdevielle

Es investigadora asociada C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Tiene licenciatura en Derecho por la Universidad Toulouse I Capitole, y maestría y doctorado en Derecho público por la Universidad Aix-Marseille III (Francia) con estudios posdoctorales en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM sobre la temática de las objeciones de conciencia. Coordinó entre 2014 y 2018 la Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez” de la UNAM sobre laicidad. Es miembro del SNI nivel I, y miembro del Colegio de Bioética A. C. Coordina el Diplomado en Bioética, Salud y Bioderecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sus principales líneas de investigación giran en torno al Estado laico y la libertad de conciencia, la objeción de conciencia, los derechos fundamentales, los derechos sexuales y reproductivos, la bioética y el bioderecho.

Lina Céspedes-Báez

Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), con especialización en Derecho Tributario de la misma institución, maestra en Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, Master of Laws de Cardo-

zo School of Law (Yeshiva University, NYC) y doctora en Derecho (S.J.D.) de Temple University (Philadelphia). Becaria Fulbright 2012-2014 y Residential Fellow del Institute for Global Law and Policy de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard 2014-2015. Actualmente es profesora titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en donde hace parte del Grupo de Investigación en Derecho Privado, es coordinadora académica de la Cátedra Unesco de Género y cofundadora de la Línea de Investigación en Género y Derecho. Se desempeñó como vicedecana de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en el periodo 2015-2019 y fue decana (E) de la misma Facultad en el primer semestre de 2019.

Daniel Delgado Ávila

Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y maestro en derecho constitucional por la Universidad Iberoamericana, tiene estudios de especialización en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante y en argumentación jurídica para la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Ha sido visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, docente en varias Universidades de México y Estados Unidos y ha escrito diversos artículos en revistas especializadas y obras colectivas publicadas, entre otras instituciones, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su Centro de Estudios Constitucionales, así como por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Desde hace 20 años forma parte de la carrera judicial en el Poder Judicial del Estado de Guanajuato, en donde actualmente se desempeña como juez de oralidad familiar.

Paula Ramírez España Beguerisse

Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana y maestra en Necesidades Derechos y Cooperación para el Desarrollo en Infancia por la Universidad Autónoma de Madrid. Cuenta con 18 años de experiencia en el campo de los derechos humanos, particularmente la niñez y adolescencia. En 2005 se unió al equipo de trabajo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en México, como especialista de protección, desde donde ha participado en diversos procesos de reforma legal e institucional, como la emisión de la Ley General de los Derechos de Niñas Niños y

Adolescentes (NNA) la construcción del Sistema Integral de Protección de Derechos de NNA y la reforma del sistema integral de justicia penal para adolescentes. En los últimos años se ha especializado en la promoción del derecho a vivir en familia y la reforma al sistema de cuidados alternativos, incluyendo los procesos de desinstitucionalización de NNA en México.

Nicolás Espejo Yaksic

Investigador del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; profesor visitante en Derechos de la Niñez de la Universidad de Leiden (Países Bajos), miembro correspondiente del Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y presidente de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar (RIDCF).

Dalia Berenice Fuentes Pérez

Licenciada y maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, especialista en derechos humanos por la Universidad de Castilla la Mancha, actualmente cursa el doctorado en Estudios Críticos de Género de la Universidad Iberoamericana. Colabora en distintos proyectos de investigación e incidencia social con organizaciones de la sociedad civil (Dhesarrolla AC, Equis Justicia para las Mujeres AC, Tech Palewi AC), autoridades (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal y Poderes Judiciales Estatales), instituciones educativas públicas y privadas, así como organismos de protección de los derechos humanos nacionales e internacionales (COPRED, OACNUDH, ONU Mujeres, UN-FPA), con el objetivo de incorporar este enfoque en las políticas públicas y los procesos de procuración e impartición de justicia, con especial énfasis en las perspectivas de género, discapacidad e interculturalidad.

Diana Beatriz González Carvallo

Investigadora en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Es maestra y doctora en filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México y abogada por la Universidad Nacional de Colombia.

Mónica González Contró

Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) especializada en derechos humanos, derechos de niñas, niños y adolescentes, derecho a la no discriminación y género. Es profesora de asignatura de la Facultad de Derecho y coordinadora del Diplomado sobre el Derecho a la no Discriminación. Fue secretaria académica del IIJ (2011-2015) y abogada general de la UNAM (2015-2020). Ha sido consejera de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, integrante de la Asamblea Consultiva del Consejo para Prevenir la Discriminación de la Ciudad de México, Consejera de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Miembro del Consejo Consultivo del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes e integrante de la Junta Directiva de la Defensoría Pública Federal.

Nuria González Martín

Investigadora titular C del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctora en Derecho Internacional Privado por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Mediadora certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Asesora externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Autora de 20 libros propios o en coautoría, 50 libros coordinados o compilados y más de 200 artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. Académica visitante Stanford Law School, California, USA 2012-2016 y 2018. JAMS Fellow y Senior Weinstein Fellow de la Weinstein International Foundation, WIF, Estados Unidos de América. Premio Altamirano 2000 (IIJ-UNAM). Reconocimiento Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicos en Investigación Ciencias Sociales, 2008. Reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz, 2020.

Ana María Ibarra Olguín

Magistrada de Circuito, comisionada como Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Licenciada en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Doctora y maestra en Derecho por la Universidad de

Virginia, Estados Unidos. Durante más de ocho años fue Secretaria de Estudio y Cuenta especializada en derechos humanos en la ponencia del ministro Arturo Zaldívar. Profesora de Derecho Constitucional en el Instituto Tecnológico Autónomo de México y en la Escuela Federal de Formación Judicial. Coordinadora de la Colección de Cuadernos de Jurisprudencia editados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

María de Jesús Medina Arellano

Es investigadora titular A del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en donde coordina el Diplomado en Bioética, Salud y Bioderecho. Es doctora en Bioética y Jurisprudencia Médica por la Universidad de Manchester, RU. Investigadora nivel II del SNI, CONACyT. En 2008 obtuvo la medalla al mérito académico Alfonso Caso; en 2019 fue galardonada con el premio Sor Juana Inés de la Cruz y en 2020 logró el Reconocimiento Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicas en la UNAM. De 2016 a 2022 fue consejera de la Comisión Nacional de Bioética en México. Desde 2013 pertenece al Colegio de Bioética A. C. y a la Sociedad Mexicana para la Investigación en Células Troncales. De 2017-2022 participó en Consejo Directivo de la Asociación Internacional de Bioética (IAB). Desde 2019 integra el Comité Universitario de Ética de la UNAM. En 2021 ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias.

Fredy Méndez García

Licenciado en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores Aragón, con la especialidad en Derechos Humanos por la Universidad Nacional Autónoma de México; acreditó el curso Getting Care Right for All Children, (sobre la implementación de las Directrices de la ONU para el cuidado alternativo de los niños), impartido por la University of Strathclyde de Escocia; actualmente es maestrando en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México. Ha colaborado como servidor público en el Sistema Nacional DIF y la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, así como en la Coordinación del Programa sobre Asuntos de la Niñez y la Familia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en donde participó en la elaboración del Informe Especial sobre la situación de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Centros de Asistencia Social. Actualmente es Consultor en Cuidados Alternativos en la Oficina de UNICEF México.

Diana Mora López

Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Estudió la Maestría en Derechos Humanos y Garantías en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Se ha desempeñado profesionalmente en el ámbito de los derechos humanos en el área de investigación en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y como asistente de investigación en la FLACSO México en el área de derechos humanos y actualmente en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Se desempeña como consultora independiente en distintas organizaciones de sociedad civil como Equis Justicia para las Mujeres, la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia y ProDESC, así como de organismos internacionales como UNICEF y ONU Mujeres. Actualmente coordina la Clínica de Protección y Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Asimismo, ha capacitado en materia de género y derechos de niñas, niños o adolescentes a personal de diversas instituciones públicas.

Luz Helena Orozco y Villa

Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España) y maestra en Derecho por la Universidad de Columbia (Estados Unidos). Su carrera profesional se ha concentrado en las labores jurisdiccional y académica en temas de derecho constitucional, derechos humanos y justicia de género. Fue secretaria de estudio y cuenta adscrita a la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesora en el ITAM y en la IBERO de Derecho Familiar. Actualmente es consultora independiente y estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Oxford (Reino Unido), con una investigación doctoral sobre regulación de nuevas tecnologías y derechos humanos.

Ricardo A. Ortega Soriano

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor y maestro en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad. Tiene estudios avanzados en Unión Europea y Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares en

España. Se desempeñó como director ejecutivo del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Ha colaborado como consultor externo UNICEF y participado como asesor jurídico en la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia. Es tutor en la Maestría en Derechos Humanos y Democracia de la FLACSO-México. Actualmente es el director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. El Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como investigador nacional nivel 1. Sus líneas de investigación son derecho internacional de los derechos humanos y grupos históricamente excluidos, y nuevas formas de enseñanza del derecho.

Gisela María Pérez Fuentes

Profesora investigadora titular C de tiempo completo en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT nivel III. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias así como del Ilustre Colegio de abogados de Madrid. Desde 2009 es líder del Cuerpo Académico consolidado Estudios de Derecho Civil. A partir de 2002 ha desarrollado en México la teoría de los derechos de la personalidad y dignidad de la persona y las consecuencias de su violación, derecho a la salud y temas relevantes sobre la familia. Entre sus obras destacan de la editorial Tirant lo Blanch los libros y artículos indexados *La maternidad subrogada* (2017); *La protección de la salud en la niñez*, editorial Dykinson (2020); en AJI, *Las distintas formas de familia en el derecho mexicano: concubinato y uniones de hecho*, y *La guarda y custodia compartida en México* (2022).

María Fernanda Pinkus Aguilar

Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde sus actividades de investigación y docencia son sobre derecho de familia y derechos de las personas con discapacidad.

Isabel Lucía Rubio Rufino

Licenciada en derecho por Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, con especialización en materia de Derechos

Humanos y Género. Ha trabajado en el área diversas organizaciones de la sociedad civil como Documenta A. C., El Poder del Consumidor y Equis Justicia para las Mujeres A. C. En el área de investigación, fue becaria en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH), Universidad Nacional Autónoma de México y analista en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el programa de Derecho y Familia. Actualmente colabora en la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Fernando Sosa Pastrana

Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es profesor honorario de Derecho Civil I en el Centro de Investigación y Docencia Económicas. También ha sido catedrático invitado en diversos centros públicos y privados en el país. Es conferencista nacional e internacional en temas como datos personales, derecho de familia y derecho civil. Asimismo, ha escrito diversos artículos, capítulos y libros especializados en derecho; es autor del libro *El concubinato y su dimensión patrimonial. Evolución y perspectivas* (2021). Actualmente es secretario de estudio y cuenta y coordinador de la ponencia del ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sofía del Carmen Treviño Fernández

Candidata a doctora (J.S.D) y maestra en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale, Estados Unidos. Ha sido profesora de asignatura de Derecho Constitucional en el ITAM, de Familia en la Universidad Iberoamericana e investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN. Actualmente es secretaria de estudio y cuenta en la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sus próximas publicaciones incluyen “Social Parenthood in Mexico”, en *Social Parenthood in Comparative Perspective* (NYU Press, 2023), y con Francisca Pou “Gender and Constitutionalism in Mexico”, en *Women, Gender and Constitutionalism in Latin America* (Routledge, 2023).

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

