

El nuevo derecho de familia en México: configuración y casos emblemáticos

The New Family Law in Mexico: Outline and Emblematic Cases

Miguel Carbonell

RDP

Resumen

En el estudio de derecho familiar llevado a cabo como labor propia de los civilistas, se ha tomado prestado el método de categorías del derecho privado, sin embargo, al llevarse varios de los temas con lo que tiene estrecha relación a rango constitucional, se ha hecho necesario replantearse los enfoques desde los cuales ha sido abordado históricamente para comulgar con el estado del arte actual en materia de la doctrina imperante sobre derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización, sociología, tratados internacionales, derechos humanos y comaternidad.

Abstract

In the field of study of family law, the main achievements had until present times, been carried out historically in Civil law jurisdictions as part of the work by jurists who specialize in its Private law branch, the same method of categories used in the analysis of private law has been consistently borrowed for this endeavor, however, with the taking several of its closely related issues to constitutional rank, it has since become a

MIGUEL CARBONELL

necessity to rethink the approaches from which it has been commonly dealt with in order to commune with the current state of the art of Human Rights doctrine.

KEYWORDS: constitutionalization, sociology, international treaties, human rights and co-maternity.

Sumario:

1. La constitucionalización del derecho de familia.
2. Los derechos fundamentales frente a los particulares.
3. El desarrollo jurisprudencial del nuevo derecho de familia mexicano.

1. La constitucionalización del derecho de familia

El tema del derecho de familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales —como es comprensible— han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Sin embargo, al haberse producido en los años recientes un intenso proceso de constitucionalización,¹ el enfoque cambia radicalmente y requiere de una mirada desde los derechos fundamentales.² Esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil se deban adaptar o, de plano, no sean aplicables en este nuevo contexto.

La *familia* es un concepto que antes de ser jurídico es, sobre todo, sociológico.³ Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una

¹ Una explicación general sobre el concepto de *constitucionalización* del derecho en los ordenamientos jurídicos contemporáneos puede verse en Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, así como en Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén, “Constitucionalización”, en VV. AA., *Diccionario jurídico básico*, 3a. ed., 5a. reimp., México, Porrúa-UNAM, 2019, pp. 26-29.

² Ver al respecto las muy interesantes aportaciones contenidas en la obra colectiva *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

³ Ingrid Brena lo explica con las siguientes palabras: “La familia no es, desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación, reconocido,

familia “es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”. De acuerdo con el mismo autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que “consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados”, y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”.⁴

La organización de la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas, que cambian, en parte, por lo señalado por Giddens:⁵ el aumento de los divorcios, la disminución de la tasa de natalidad en los países más desarrollados, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, una renovada comprensión de la igualdad y la no discriminación han sido fenómenos que han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar.

Los intensos movimientos sociales surgidos en los años sesenta y setenta, formados en alguna medida por estudiantes y militantes feministas, expusieron una visión más cruda de las relaciones familiares tradicionales, que dejaron de verse rodeadas de romanticismo para empezar a ser notablemente cuestionadas. Se desató entonces lo que algunos analistas definieron como una “guerra contra la familia”.⁶

Con guerra o sin ella, lo que parece cierto es que en la actualidad tanto en el campo de la política como en la academia y en la vida diaria, es muy difícil saber quién es parte de una familia o incluso qué es una familia, sobre todo para el efecto de poder determinar qué realidad debe de ser tutelada por el derecho. Las fronteras del núcleo familiar

diseñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales”. “Personas y familia”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. XII, p. 743. Una exposición de la visión tradicional de la familia puede encontrarse en Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 21a. ed., México, Porrúa, 2002.

⁴ *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 190.

⁵ Una visión global muy completa de los cambios que ha sufrido la familia puede verse en Beck-Gernsheim, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Cambridge, Polity Press, 2002.

⁶ *Ibidem*, p. 1.

MIGUEL CARBONELL

parecen estarse difuminando y las definiciones devienen inciertas.⁷ A ello ha contribuido, incluso, el avance médico, que hoy permite nuevas formas de reproducción que modifican nuestro tradicional concepto de parentesco; por un lado, las pruebas genéticas nos permiten contradecir la máxima que decía que *pater semper incertus*, pero por otra parte se pueden dar casos en los que lo que no se puede definir con certeza es el concepto de madre, como ha ocurrido en algunos supuestos en los que se ha concebido a través de técnicas de maternidad subrogada que han dado lugar a interesantes debates jurídicos, entre otros asuntos.

Lo que sucede, entonces, es que los conceptos de parentesco social y de parentesco biológico se han separado, ya que no se autoimplican necesariamente.⁸ Se habla incluso de una “comaternidad” —lo cual ha sido reconocido por la Suprema Corte, como lo podrá ver el lector más adelante—, que no deriva necesariamente de vínculos biológicos, sino de una voluntad procreacional que ha sido reconocida como elemento decisivo para establecer un vínculo de filiación (ver la sentencia del Amparo Directo en Revisión 852/2017).⁹

Parecería que la familia está destinada a desaparecer en el futuro; los estudiosos de los procesos familiares, sin embargo, no lo creen así, sino que, más bien, anuncian una modificación profunda de las estructuras familiares que se dará a través de la introducción de familias extendidas, de familias alternativas, de arreglos para los que se han divorciado, vuelto a casar, vuelto a divorciar y así por el estilo.¹⁰ Ya abundan las familias que implican la convivencia estable sin matrimonio (con o sin hijos), las familias monoparentales, las familias integradas por personas del mismo sexo, las familias que viven en varios hogares,

⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸ *Ibidem*, p. 4. Ver los criterios jurisprudenciales que sobre este tema citan Ibarra Olguín, Ana María y Treviño Fernández, Ana Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas...*, cit., pp. 379 y ss.

⁹ Ver la sentencia del Amparo Directo en Revisión 852/2017 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=221970>.

¹⁰ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *op. cit.*, p. 8.

o incluso en varias ciudades, etcétera. Con toda probabilidad, la familia tradicional (hombre y mujer casados, viviendo en la misma casa con sus descendientes inmediatos) seguirá perdiendo el monopolio que en el pasado tuvo dentro de las formas de organización familiar, dando lugar a esas nuevas pautas que se acaban de mencionar.¹¹

Todo lo anterior significa que el legislador, al dar cumplimiento al mandato constitucional que le ordena regular y proteger lo relativo a la organización y desarrollo de la familia, debe tener en cuenta las nuevas realidades sociológicas.

Ingrid Brena distingue cuatro distintos ámbitos a través de los que las nuevas pautas de organización de la familia han impactado en el derecho que la regula:¹² a) la reducción de la familia a la llamada *familia nuclear*, formada por la pareja y los hijos que conviven con ella, o ahora la del cónyuge divorciado o madre soltera con hijos; b) los poderes familiares están sometidos cada vez más a controles legales, por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad o de la tutela. Se avanza hacia la desaparición de los vínculos autoritarios, con la disolución del sistema jerárquico y la construcción del grupo familiar con base en el reconocimiento de la igualdad entre sus miembros; c) el pluralismo jurídico, pues el legislador no debe implantar un modelo o sistema único de familia, sino que debe admitir la coexistencia de múltiples posibilidades, y d) la participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria cuando los integrantes de la familia no cumplen con sus deberes de protección y respeto que se deben entre ellos.

¹¹ *Ibidem*, p. 10. Para dar una idea de la complejidad que están adquiriendo las nuevas estructuras familiares basta tener en cuenta la tipología de “familias monoparentales” que ha citado algún autor. Dentro de ese tipo de familia se pueden distinguir: a) las vinculadas a la natalidad, formadas principalmente por madres solteras; b) las vinculadas a la relación matrimonial, cuando se produce un abandono de familia, anulación del matrimonio, separación de hecho de los cónyuges, separación legal y divorcio; c) vinculadas al ordenamiento jurídico, cuando se produce la adopción de un menor por una persona soltera, y d) vinculadas a situaciones sociales, cuando se produce por causa de hospitalización de uno de los cónyuges, por emigración, por trabajo de un cónyuge en lugares distanciados o por encarcelación. Al respecto, Mora Temprano, Gotzone, “Familias monoparentales: desigualdades y exclusión social”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 1999, p. 382.

¹² “Personas y familia”, *cit.*, p. 752.

MIGUEL CARBONELL

En sentido parecido, autores como Göran Therborn destacan las siguientes pautas de cambio en el ámbito de la familia:¹³ a) las familias tienen muchos menos hijos, sobre todo en los países más desarrollados; b) se ha erosionado sensiblemente el “patriarcado” que existía en el interior de las familias, de forma que el poder del padre y del marido ha ido disminuyendo en favor de una mayor igualdad entre los miembros del núcleo familiar, lo cual ha permitido la emancipación de los niños, los jóvenes y las mujeres, y c) se ha secularizado la sexualidad, alejándola de los tabúes religiosos y no haciéndola dependiente de la existencia de vínculos familiares.

Desde luego, ninguna de estas tendencias puede representarse linealmente ni se generan con la misma intensidad en todos los países, pero pueden servir para orientar los cambios legislativos o jurisprudenciales del futuro, particularmente en lo que tiene que ver con el cumplimiento del mandato constitucional de protección de la familia.

En este orden de ideas, quizá sea la materia familiar en la que más se note la separación y la tensión que existe entre el derecho y la moral. En materia familiar, el ordenamiento jurídico debe renunciar a imponer un “modelo” de familia o de comportamiento familiar y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU reconoce que la tutela de la familia, que está prevista en el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), exige que se reconozcan los diversos tipos de organización familiar que puede haber, conforme a las siguientes ideas:¹⁴

¹³ Therborn, Göran, “Entre el sexo y el poder: pautas familiares emergentes en el mundo”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes. Quinto foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 2002, pp. 287 y 288.

¹⁴ ONU, Comité de Derechos Humanos, Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos (artículo 23). Observación General No. 19. HRI/GEN/1/Rev.7, 27 julio 1990, párrafo 2, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbd2fa.html>.

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO: CONFIGURACIÓN Y CASOS EMBLEMÁTICOS

El comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23... Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia (en los informes que los Estados rindan ante el Comité), con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Parte deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

Pese a la postura atendible que se refleja en el párrafo anterior, también es cierto que el Comité adopta un criterio más restrictivo en otra de sus observaciones generales, en la que se afirma que “La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisibles a su respeto y debe en consecuencia, ser definitivamente abolida allí donde exista”.¹⁵ Lo que sí parece ser un punto de firme en los criterios del Comité es que el mandato de protección del artículo 23 del Pacto incluye a las familias conformadas por una pareja no casada y sus hijos, así como a las familias monoparentales y sus hijos.¹⁶

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico ha organizado a la familia —en cuanto realidad social en la que confluyen derechos y deberes— con base en el matrimonio, reprimiendo o ignorando a quienes no se plegaran a esa forma de convivencia.¹⁷ Por fortuna, estos puntos

¹⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28 (General Comment): La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29 de marzo de 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párrafo 2, disponible: <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8f7d2.html>.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 27.

¹⁷ “Durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la

MIGUEL CARBONELL

de vista ya han quedado atrás y ahora la protección a la familia se realiza con una visión más amplia, luego de muchos debates y de luchas sociales que han conquistado posturas garantistas de la forma en la que el derecho concibe la existencia de vínculos familiares entre las personas.¹⁸

En relación con el mandato constitucional de protección de la familia que tenemos en México (artículo 4o. de nuestra carta magna), es importante destacar el hecho de que la Constitución no concibe la formación de la familia a través del matrimonio; es decir, no es un requisito constitucional el haber celebrado un matrimonio para poder disfrutar de la protección al núcleo familiar. De ahí deriva, entre otras cosas, la prohibición de cualquier medida discriminatoria para las parejas o las familias extramatrimoniales. Cabe recordar que el artículo 1o. constitucional, en su párrafo quinto, prohíbe la discriminación por razón de “estado civil”, por lo tanto, la legislación ordinaria deberá, en línea de principio, reconocer los mismos derechos y obligaciones a los cónyuges y a los meros convivientes; por ejemplo, en materia de arrendamientos, de seguridad social, de pensiones, de sucesiones, de fiscalidad, etcétera.

Lo mismo puede decirse con relación al reconocimiento como familia de las uniones entre personas del mismo sexo.¹⁹ Si una persona decide vincularse sentimentalmente durante un cierto tiempo con otra que pertenezca a su mismo sexo, la ley no tendría motivo alguno para no otorgarle la protección que se le dispensa a una unión entre personas de distinto sexo.

finalidad reproductora. Este parecía ser el único espacio en la ley para el sexo protegido. Sus alternativas: la norma penal para castigarlo o la negación y el silencio”, Sánchez Martínez, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000, p. 45.

¹⁸ Ver al respecto los interesantes ejemplos que ponen Harris, Leslie Joan et al., *Family Law*, 5a. ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2014, capítulos 1-4.

¹⁹ Un panorama interesante sobre el tema, desde una óptica constitucional, puede verse en Sunstein, Cass R., *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, pp. 183 y ss., así como Celorio, Rosa, “Derechos, libertad, autonomía y matrimonio. El legado constitucional e internacional de *Obergefell v. Hodges*”, *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas...*, cit., pp. 95 y ss. El debate en México se encuentra brillantemente expuesto en la obra colectiva *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario*, México, UNAM, 2017.

La protección para las parejas homosexuales deriva directamente de la prohibición constitucional de discriminar entre los hombres y las mujeres, en el sentido de que una misma relación *de facto* de un hombre X tiene diversas consecuencias si se establece con otro hombre o con una mujer.

Por suerte, ya han quedado muy lejos los días en que Kant calificaba la homosexualidad como un innombrable vicio contra la naturaleza, que se opone “en grado sumo” a la moralidad y suscita tal aversión que es incluso “inmoral mencionar un vicio semejante por su propio nombre”. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido siguen perdurando las consideraciones y argumentaciones morales cuando se trata de estudiar el tema de la relevancia jurídica de las uniones (matrimoniales o no) entre personas del mismo sexo. En vez de recoger puntos de vista que se basen en normas jurídicas, se suelen encontrar en ciertos análisis expresiones construidas sobre prejuicios morales o religiosos. En lugar de decir qué derechos se vulneran al dar cobertura y seguridad jurídica a las uniones homosexuales, se hace referencia a su imposibilidad para procrear, en el mejor de los casos, o simplemente a la promiscuidad, inestabilidad y amor al riesgo, en el peor.²⁰

Lo anterior no supone, en lo más mínimo, restar importancia a la forma “tradicional” de familia, sino abrir el ordenamiento jurídico para hacerlo capaz de tutelar a todas las personas —sin introducir discriminaciones basadas en criterios morales, culturales o étnicos—, lo cual es una demanda derivada directamente del carácter universal de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la no discriminación.

La protección de la familia a nivel constitucional se relaciona con otros preceptos de la carta fundamental e incluso con otras disposiciones del mismo artículo 4o. Destacadamente, la protección de la familia se vincula con el derecho a la vivienda y con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, la tutela “multicultural” de la familia, por lo que respecta a las personas integrantes de pueblos y comunidades indígenas,

²⁰ Ver Sánchez Martínez, M. Olga, *op. cit.*, así como la muy completa exposición de Stone, Geoffrey R., *Sex and the Constitution*, Nueva York, W. W. Norton, 2017, pp. 443 y ss.

MIGUEL CARBONELL

cuando menos, tiene una expresión directa en varias disposiciones del artículo 2o.

Además de lo previsto por el artículo 4o., es importante mencionar que el artículo 123 de la Constitución mexicana contiene otra disposición protectora de la familia. En la fracción XXVIII del apartado A establece que “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades en los juicios sucesorios”.

La protección de la familia se realiza en la práctica de muchas maneras; por ejemplo, a través de la implementación de una serie de políticas públicas sustantivas, que desde luego exigen regulaciones favorables al reconocimiento de formas familiares distintas de las tradicionales, pero que también requieren la implementación de otras medidas prácticas por parte de los poderes públicos. Un elenco orientativo sobre esas políticas públicas para ofrecer servicios en favor de las familias debería contener, entre otras, las siguientes cuestiones:²¹

- a) El compromiso del Estado en favor de las familias con hijos (por medio de subsidios familiares y de deducciones de impuestos).
- b) La cobertura de servicios públicos en favor de la infancia (guarderías para todos los niños menores de cuatro años, con independencia del carácter de trabajadores o no trabajadores que tengan los padres).
- c) La asistencia para adultos mayores (incluyendo atención domiciliaria para los mayores de 65 años que la requieran).

Si quisiéramos descomponer un poco los anteriores aspectos, podríamos afirmar que el Estado, para cumplir con el mandato constitucional de proteger a la familia, debería de proveer los siguientes servicios:²²

²¹ Carbonell, José, *Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente*, Barcelona, Mimeo, 2003, p. 20.

²² *Ibidem*, p. 28.

- a) Crear una red de asistencia domiciliaria para todas las personas que no puedan valerse por sí mismas.
- b) Crear una red de estancias infantiles públicas para los niños de cero a cuatro años que cubra la demanda actual.
- c) Crear residencias para personas adultas mayores o que tengan alguna discapacidad, tanto permanentes como con atención solamente durante el día.
- d) Crear una red territorial de centros de atención familiar.
- e) Crear una red de atención específica para la mujer, por ejemplo, en materia de viviendas para madres jóvenes, madres solas o mujeres víctimas de violencia de género.
- f) Planes para mujeres con cargas familiares no compartidas y de escasos recursos, o que se encuentren dentro de ciertos indicadores de exclusión social.
- g) Adecuación de los horarios de las oficinas públicas para que las personas que desempeñan roles de cuidado familiar que trabajan puedan acudir a ellas sin descuidar ni su trabajo ni sus tareas domésticas.
- h) Introducir cierta flexibilidad laboral a través de esquemas originales que permitan acomodar de mejor forma el reparto del tiempo entre sus diferentes actividades; por ejemplo, a través de jornadas reducidas durante periodos de tiempo preestablecidos, por medio de los empleos compartidos, de la capitalización de horas de trabajo a lo largo de la semana, etcétera.

2. Los derechos fundamentales frente a los particulares

La constitucionalización del derecho de familia a la que hemos hecho referencia en el punto anterior exige que cambiemos también nuestra concepción general de los derechos fundamentales, puesto que ahora se hace necesario concebirllos como aplicables también a las relaciones entre particulares —como lo son las relaciones familiares— y no solamente como mecanismos de defensa de los individuos frente al Estado.

Como es de sobra conocido, tradicionalmente los derechos fundamentales se han entendido como posiciones jurídicas que los particula-

MIGUEL CARBONELL

res podían oponer a los poderes públicos. Esta idea es, en gran parte, deudora del contexto histórico y del desarrollo doctrinal en el que surge la idea de los derechos. Por lo que hace al contexto histórico, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacen como una reacción contra el “Estado absolutista”, contra los regímenes monárquicos que negaban a sus súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer, pues, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil.²³ Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares.

Con el paso del tiempo, sin embargo, los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha permitido desmontar algunas de las ideas tradicionales. Por un lado, hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen proviniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos poderes los únicos que pueden contribuir a la satisfacción de nuestros derechos fundamentales; o sea, hoy en día el Estado no es visto tanto como un enemigo de los derechos, sino como un aliado de la sociedad para lograr la garantía completa y efectiva de los mismos, siempre que se trate de un gobierno democrático, desde luego.

Así por ejemplo, es obvio que la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses, rentabilidad, etcétera); en estos ámbitos, los intereses generales requieren de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.²⁴

²³ Una revisión histórica de los derechos fundamentales puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos humanos. Génesis y desarrollo*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2019.

²⁴ Ver, sobre las consecuencias de lo señalado, las reflexiones de Muñoz de Bustillo, Rafael, *Mitos y realidades del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 2019,

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta de que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado, sino de la acción de otros particulares —actuando, con frecuencia, en complicidad con las autoridades, como suele suceder en el caso de México—.

Pensemos, por ejemplo, en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente, las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto: el derecho a la igualdad; ¿la discriminación en nuestras sociedades (la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad) se produce por los órganos públicos o por los particulares? ¿Cuándo una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo por estar embarazada, estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares? Los ejemplos, como es obvio, podrían multiplicarse.

Frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy en día surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los “poderes salvajes” que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados.²⁵

A partir de esta nueva realidad —que quizá ya no es tan nueva, pero que la teoría constitucional mexicana ha ido descubriendo con cierta lentitud— se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos

pp. 259 y ss., en las que el autor estudia las tareas del Estado de bienestar frente a las desigualdades de género y los cambios en las formas que adoptan las relaciones sociales.

²⁵ En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 99 y ss.; Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2013.

MIGUEL CARBONELL

fundamentales, desde la que se puede hablar de los “efectos horizontales” de los derechos fundamentales o de la “eficacia entre particulares” de estos mismos derechos.

Se trata de una cuestión bastante compleja que en los años recientes ha sido objeto de un número importante de estudios y monografías, cuyo número crece casi a diario.²⁶

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido también la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En concreto, la Corte considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera podrían darse violaciones de derechos que le acarrearán responsabilidad internacional.

La Corte afirma, a propósito de los derechos de los trabajadores, que

...en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.²⁷

²⁶ Las dos obras más importantes en la materia que se han publicado en español son Bilbao Ubillas, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997, y Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. También puede ser interesante consultar los ensayos de Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, y Münch, Ingo von, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en Salvador Coderch, Pablo (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997. En la doctrina mexicana destaca la brillante aportación de Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2007.

²⁷ Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC-18/03, párrafo 140, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f793d14.html>.

En el mismo sentido, la Corte considera que

La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de esos derechos.²⁸

En México, la Suprema Corte ha reconocido los efectos entre particulares de los derechos fundamentales, por lo cual son plenamente aplicables al ámbito del derecho familiar. Esta visión moderna se proyecta tanto hacia cuestiones sustantivas sobre los derechos (igualdad y no discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, igualdad de los cónyuges en el reparto del patrimonio familiar en caso de divorcio, inviolabilidad de comunicaciones privadas entre cónyuges, tutela del libre desarrollo de la personalidad, etcétera) como en cuestiones de interpretación (utilizando conceptos clave de los derechos fundamentales como lo pueden ser, por citar solamente dos ejemplos, el principio pro persona o el interés superior del niño).

3. El desarrollo jurisprudencial del nuevo derecho de familia mexicano

Los efectos de la “constitucionalización” del derecho de familia y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se han materializado en un conjunto de pronunciamientos recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que son, a la vez, reflejo y causa de la evolución de esa rama del derecho en México.

La visión progresista de los integrantes de la Primera Sala de la Corte —o de algunos de ellos, ya que no todos los asuntos se han resuelto por votación unánime de sus integrantes— ha permitido contar con un conjunto de criterios jurisprudenciales respecto de los que,

²⁸ *Ibidem*, párrafo 147.

MIGUEL CARBONELL

sin exageración, puede decirse que han venido a delinear un nuevo derecho de familia.

En los siguientes párrafos se analizan de manera breve 10 sentencias que reflejan lo que se acaba de apuntar y que tocan temas esenciales para la rama del ordenamiento jurídico mexicano que regula lo relativo a la vida y la convivencia familiar —o los efectos de la cesación de dicha convivencia, según sea el caso—. Se trata, como es obvio, de una selección y, en consecuencia, se dejaron fuera otros pronunciamientos igualmente importantes que, sin duda, también merecerían ser comentados.

Temas de tanta relevancia, como el matrimonio igualitario, los efectos de las pruebas ilícitamente obtenidas que quieren ser presentadas en juicios de divorcio, la reparación de un supuesto daño moral por causa de infidelidad sexual, el concepto y alcances de la filiación, la aplicación retroactiva de la obligación de proporcionar alimentos a los hijos, la determinación de la guarda y custodia de menores, el trabajo en el hogar, la violencia familiar, la pérdida de la patria potestad, los procedimientos de adopción internacional, el derecho a la identidad, el reconocimiento de paternidad y el derecho al contacto familiar transfronterizo, son algunas de las muchas cuestiones que se abordan en los fallos que se comentan a continuación.

Como podrá ver el amable lector, en las sentencias elegidas se desenrañan historias de una profunda humanidad, que reflejan, en muy buena medida, las complejidades de la vida moderna.

Personas que se quieren casar con otras de su mismo sexo y que se encuentran frente a la cerrazón burocrática (y legislativa) que sigue justificando la discriminación por preferencias sexuales, personas que son migrantes y de pronto se llevan a sus hijos de regreso a su país de origen sin permiso de su cónyuge, personas que buscan registrar a su hijo/a como descendiente de una unión de dos personas del mismo sexo, personas que descubren que su cónyuge les ha sido infiel y aportan pruebas de dicha infidelidad violando derechos fundamentales, personas que descubren que una hija que pensaban que era su hija en realidad no lo es y así por el estilo.

Si lo analizamos de forma objetiva, podremos ver que no es nada que no se haya presentado en el pasado de alguna u otra manera —con

la salvedad de los casos que derivan el uso de los avances tecnológicos en materia de embarazo y maternidad, como es obvio—, pero lo que sí es una gran novedad es el conjunto de argumentaciones que la Suprema Corte construye para darle forma a la ya mencionada “constitucionalización” del derecho de familia. Dejando atrás décadas de criterios formalistas, la Suprema Corte nos presenta una óptica novedosa y enriquecedora para resolver esos grandes dilemas que afectan la vida cotidiana de las personas en la esfera más importante de toda su existencia: sus relaciones familiares.

Es evidente que los temas que se abordan en las sentencias elegidas no agotan el universo de cuestiones abiertas o interesantes en materia familiar, pero nos permiten obtener un buen panorama, cuya observación corroborará las ideas que ya hemos mencionado y repetido: en primer lugar, no cabe duda de que se ha producido un importante efecto de “constitucionalización” del derecho de familia, y en segundo término, es cada vez más notorio que los derechos fundamentales —con todas sus implicaciones— se están aplicando a las relaciones entre particulares. No es poca cosa, a eso hay que sumarle la enorme virtud de poder entender la complejidad de los casos que llegaron hasta conocimiento de nuestro máximo tribunal de la república y la fina argumentación con la que fueron resueltos.

Este texto busca servir a la difusión del conocimiento jurídico y contribuir a cambiar, en alguna medida, la manera en la que estudiamos el derecho. En México, a diferencia de lo que sucede en otros países, no acostumbramos a leer sentencias dictadas por nuestros tribunales.

De hecho, la educación jurídica sigue siendo, en muy buena medida, “legicéntrica”; es decir, se enfoca en el estudio y comentario de leyes y códigos que el profesor hace frente a los alumnos en la clase. Estudiar el derecho sobre la base de casos prácticos puede servir para desarrollar las capacidades argumentativas de los estudiantes, mejorar el uso de herramientas analíticas, así como observar “el derecho en acción”, más allá de los planteamientos teóricos —importantes para su formación, pero no suficientes—, que les refieran los docentes.

En este contexto, la selección que podrá ver enseguida el lector va dirigida a la difusión de sentencias que creo que son muy buenas y que merecen ser conocidas, así como a buscar un impacto en la

MIGUEL CARBONELL

enseñanza del derecho. Cada año nuestra Suprema Corte dicta miles de sentencias; algunas de ellas contienen criterios novedosos e interesantes, pero pasan un tanto desapercibidas por el resto de los operadores del derecho y tampoco son advertidas en las escuelas y facultades de derecho.

Con los siguientes comentarios se busca generar un efecto de “llamada de atención”, para poner a la vista de todos los interesados algunos de los pronunciamientos más interesantes de la Suprema Corte en materia de derecho de familia. Habrá valido la pena el esfuerzo si logramos que en alguna aula en la que se impartan clases de derecho se cite cualquiera de los pronunciamientos de la Corte que se mencionan enseguida o si la práctica de algún profesional del derecho se ve enriquecida por la revisión de los planteamientos argumentativos que se encuentran en las páginas siguientes.

Amparo en Revisión 581/2012

Esta sentencia aborda temas de la mayor relevancia para el derecho de familia, pero también para una adecuada comprensión global de los derechos humanos. En particular, analiza la forma en la que debemos comprender el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

La primera sala de la Suprema Corte tenía que decidir si la legislación civil del estado de Oaxaca vulneraba los derechos de igualdad del artículo 1o. de la Constitución —y los correlativos artículos que, en tutela del mismo derecho, están previstos en tratados internacionales firmados y ratificados por México—, así como el mandato de protección a la familia del artículo 4o. de la misma carta magna. El artículo cuestionado concretamente era el 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. Los quejosos también impugnaron un oficio del Registro Civil local que, en aplicación de dicho artículo, les negó la posibilidad de contraer matrimonio a dos personas del sexo femenino.

El litigio en defensa del derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio no es extraño en la experiencia comparada. En algunos países el matrimonio igualitario ha avanzado gracias a reformas legislativas y en otros han sido los tribunales los que han permitido la

tutela efectiva de los derechos de las parejas integradas por personas del mismo sexo.

Cuando una ley exige como requisito para contraer matrimonio que los contrayentes sean personas de distinto sexo, lo que está haciendo es tomar en cuenta una característica prohibida por el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución mexicana, como lo es “preferencia sexual”. Esto significa que si los contrayentes tienen una preferencia sexual heterosexual sí se les permite contraer matrimonio, pero si tienen una preferencia homosexual ese derecho se les niega. Esto es, como lo afirma la Corte en la sentencia del Amparo en Revisión 581/2012,²⁹ totalmente violatorio del principio de igualdad y del mandato de no discriminación.

Un tema que se analiza en la sentencia es si el legislador de Oaxaca, al no prever más que el matrimonio entre personas de distinto sexo, había incurrido en una omisión. La Corte señala, atinadamente, que estamos más bien ante una exclusión, la cual genera, necesariamente, que el artículo 143 del Código Civil local sea declarado inconstitucional. La inconstitucionalidad se aplica a la porción normativa del artículo en cuestión, en la que se señala que la finalidad del matrimonio es la de “perpetuar la especie”, y se ordena llevar a cabo una interpretación conforme de la porción normativa que establece que el matrimonio es entre “un solo hombre y una sola mujer”. Esas dos determinaciones generan, como consecuencia, que se declare nulo el oficio del Registro Civil que les niega a las quejas el derecho a contraer matrimonio.

Es importante advertir la manera de argumentar de la Suprema Corte, ya que se hace un uso muy atinado del concepto de “categoría sospechosa” para ir construyendo un test muy exigente de validez normativa (el llamado “escrutinio estricto”).³⁰ Este criterio se empieza a construir desde el 2004 (ver el Amparo Directo en Revisión 988/2004)³¹ y ha sido retomado en sentencias posteriores con

²⁹ Sentencia del Amparo en Revisión 9/2016 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>.

³⁰ Pou Giménez, Francisca, “Los criterios de la Corte sobre discriminación por estado marital. Las piezas que faltan”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, 2017, pp. 233 y ss.

³¹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 988/2004 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=66982>.

MIGUEL CARBONELL

mucho provecho (una de las más completas exposiciones sobre el concepto de “categorías sospechosas” puede verse en el Amparo en Revisión 152/2013).³²

También se toman en consideración los argumentos expresados en la sentencia que resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, en la cual se afirmó, por parte de la Suprema Corte, que la Constitución no limita la protección de la familia a la figura de la familia nuclear tradicional, construida sobre la base del matrimonio. La protección a la familia parte de una comprensión moderna de la realidad social y de las distintas formas de expresión de las relaciones familiares. Esa comprensión moderna desvincula la relación familiar de la función procreativa.

El reconocimiento del derecho de las parejas integradas por personas del mismo sexo a contraer matrimonio protege su derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero al mismo tiempo es una herramienta para tener acceso a otros derechos legalmente establecidos, de los cuales derivan beneficios fiscales; beneficios de solidaridad; beneficios de propiedad; beneficios hereditarios; beneficios en la toma de decisiones médicas, y beneficios migratorios, en el caso de que alguno de los contrayentes sea extranjero. En la sentencia se detallan cada uno de estos beneficios y se cita el respectivo fundamento legal.

En una parte muy interesante de la sentencia, la Suprema Corte cita dos famosos pronunciamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos: *Plessy v. Ferguson*, de 1896, y *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954. En la primera sentencia se estableció la doctrina de “iguales pero separados” para justificar el distinto acceso de personas blancas y de personas afrodescendientes a los servicios públicos (en el caso concreto se trataba del servicio de transporte por ferrocarril).³³ En

³² Sentencia del Amparo en Revisión 152/2013 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=150476>.

Un comentario sobre la sentencia del AR 152/2013 se encuentra en García Sarubbi, David y Quintana Osuna, Karla, “El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *op. cit.*, pp. 107 y ss.

³³ Un análisis de la sentencia “Plessy” puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos humanos. Génesis y desarrollo*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2019, pp. 346 y ss., con bibliografía adicional.

la sentencia *Brown* se deja atrás ese criterio y se ordena la integración racial en las escuelas. Esta sentencia, probablemente, sea la más famosa de entre todas las emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el siglo XX, dada su gran trascendencia.

Nuestra Suprema Corte también cita el importante precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo contra Chile*, en el que el tribunal interamericano afirma el criterio de la no discriminación basada en las preferencias sexuales. Este punto de vista será luego ampliado por la misma Corte Interamericana en la muy relevante Opinión Consultiva 24/17.³⁴ La OC 24/17 es importante porque se suma a los esfuerzos realizados en los ordenamientos jurídicos internos de diversos países que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicha opinión consultiva la Corte Interamericana reconoce el derecho de todas las parejas integradas por personas del mismo sexo a tener protegidos sus vínculos familiares sin discriminación y el deber de los Estados de salvaguardar su derecho al acceso a todas las figuras existentes en el ordenamiento jurídico nacional a favor de la familia, incluyendo el matrimonio igualitario.³⁵

En conclusión, puede afirmarse que el AR 581/2012 es una sentencia de la mayor relevancia, que viene a reconfigurar nuestra comprensión de esa figura tradicional del derecho de familia que es el matrimonio.³⁶

³⁴ Para ampliar la información sobre el tema sugiero revisar el documento “Compendio sobre la igualdad y la no discriminación. Estándares interamericanos”, preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.171), febrero de 2019, así como el “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 14: igualdad y no discriminación”. Ambos documentos están disponibles en internet. El abordaje teórico de los derechos de igualdad puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 6a. ed., 4a. reimp., México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2019, pp. 167 y ss.

³⁵ Costa Rica: Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, párrafos 200-229, Organización de los Estados Americanos, 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/5d7fd1b4a.html>.

³⁶ Para abundar sobre el tema sugiero la revisión de los distintos ensayos que forman parte de la obra colectiva *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, que ya fue citada.

MIGUEL CARBONELL

Amparo Directo en Revisión 1621/2010

Esta sentencia de la Suprema Corte es interesante porque nos permite observar la estrategia litigiosa de una persona que busca acreditar una causal para poder divorciarse. Es evidente que a partir de los criterios de la propia Corte sobre la inconstitucionalidad de las causales de divorcio previstas en la legislación civil, el tema de la acreditación de dichas causales ya no tiene interés para los litigios familiares planteados para obtener la disolución del vínculo conyugal, pero lo señalado por la sentencia es de gran interés y trascendencia para muchos otros temas.

El caso que resuelve la corte demuestra, entre otros elementos, la complejidad de los procesos judiciales en materia familiar, como consecuencia de la propia complejidad de las relaciones familiares. Llama la atención la problemática generada en la relación conyugal que da lugar al proceso judicial de origen, en la que se presentan infidelidades y supuestos adulterios, intromisión en la vida privada mediante la violación de correos electrónicos con apoyo en la fe pública notarial, supuestos perdones de un cónyuge al otro y demás cuestiones anecdóticas.

También merece ser puesto de manifiesto el punto de vista de alguna de las instancias inferiores que, haciendo a un lado la consideración de cómo fue obtenida la información, reprocha respecto a lo manifestado en unos correos electrónicos de uno de los cónyuges su contenido “obsceno, impúdico, libidinoso y lujurioso”.

Sobre la base de un anterior pronunciamiento de la propia Suprema Corte (ver la sentencia del Amparo en Revisión 2/2000),³⁷ se desarrolla una interesante argumentación sobre la violación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, tema al que hemos hecho referencia en el estudio preliminar que encabeza esta obra, a cuyo contenido remitimos al lector.

El enfoque adoptado por la Corte es interesante porque aporta un paso decisivo dentro de una serie de pronunciamientos en los que se reconoce la teoría de los efectos horizontales de los derechos fundamentales, tema que en otros países se había asentado desde hacía

³⁷ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 2/2000 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=32482>.

décadas. Este enfoque, a su vez, deja atrás la visión tradicional según la cual los derechos humanos —entonces llamados todavía “garantías individuales”— se aplicaban solamente en las relaciones entre particulares y autoridades. En otras palabras, se entendía que solamente una autoridad podía violar derechos fundamentales, pero no los particulares.

En pronunciamientos como el ADR 1621/2010 y otros, la Suprema Corte abandona esa visión tradicional y sostiene, atinadamente, que los particulares también pueden violar derechos fundamentales. Al hacerlo, incurren en un “ilícito constitucional” que es diferente a los clásicos y muy conocidos “ilícito penal” e “ilícito civil”.

En el caso concreto, se analiza la conducta de uno de los cónyuges, que, ante la presencia de una notaria pública del Estado de México, entra sin permiso en la cuenta de correo electrónico de su esposa, se impone del contenido de cientos de mensajes, los imprime y los presenta ante un juez de primera instancia para acreditar una causal de divorcio basada en las relaciones sexuales que su esposa había mantenido con un tercero y de las cuales daban cuenta los correos interceptados.

La Corte, a la vista de que quedó acreditado en juicio que el acceso al contenido de los correos se hizo de manera ilícita (puesto que no se contaba con el consentimiento de quien pudo haber dado la autorización para consultarlos), los declara nulos y aplica el mismo estándar a otras pruebas que se derivaban del análisis del contenido de los propios correos (pruebas periciales en materia de psicología, tendientes a acreditar que lo narrado en los correos permitía concluir que la infidelidad de la esposa se había consumado a través de relaciones sexuales reales y no había quedado como un conjunto de planteamientos románticos o puramente platónicos).

Aparte del efecto que el criterio de la corte tiene sobre el proceso judicial del que surge el problema, lo cierto es que lo que reviste el mayor interés es la construcción argumentativa que realiza la sentencia, ya que además de reconocer la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se afirman otros criterios relevantes, como los siguientes:

- a) Se hace una clara distinción entre el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad.

MIGUEL CARBONELL

- b) Se establece que la protección de las comunicaciones privadas opera solamente frente a terceros y no en relación con quienes intervinieron en el intercambio de mensajes.
- c) Se protege no solamente el contenido de las comunicaciones privadas, sino también los llamados “datos externos” (es decir, la lista de llamadas, la duración de las mismas, los números a los que se hicieron tales llamadas, etcétera).
- d) Se precisa que las comunicaciones están protegidas en el momento mismo en el que se realizan, pero también con posterioridad en el caso de que hayan sido almacenadas (como fue el caso de los correos electrónicos).
- e) Se indica que la privacidad de las comunicaciones opera respecto a cualquier tipo de dispositivo o mecanismo de emisión del mensaje.
- f) Se establece que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que se lleven a cabo a través de correos electrónicos opera con independencia de la propiedad de la computadora desde la que se enviaron, entre otros aspectos precisados por la sentencia.

Por todo lo anterior, estamos frente a un fallo de gran trascendencia de la Suprema Corte.

Amparo Directo en Revisión 183/2017

El derecho de familia aborda temas que tienen que ver con la vida íntima de las personas. Dentro de esa intimidad, un asunto de la mayor relevancia tiene que ver con el ejercicio de nuestra sexualidad. Se trata de un ámbito personal, familiar y social en el que confluyen posturas filosóficas, religiosas, morales y, desde luego, jurídicas.

Las pautas de conducta sexual han cambiado de manera importante en las décadas recientes, por un conjunto de factores que van desde el más fácil acceso a métodos de anticoncepción hasta las nuevas pautas de convivencia entre las generaciones jóvenes y el impacto que sobre tales pautas están teniendo las nuevas tecnologías.

Si revisamos el debate constitucional contemporáneo podremos observar que muchos de esos cambios de hábitos sexuales no se han producido sin luchas y tensiones. Por el contrario, con frecuencia a los tribunales han tenido que llegar temas que se podría pensar que deberían haber quedado resueltos en la intimidad de la vida familiar. Tomemos como ejemplo a los Estados Unidos. Los tribunales norteamericanos han tenido que resolver asuntos vinculados con temas como los métodos anticonceptivos, el matrimonio interracial, el aborto, la obscenidad, la pornografía, la sodomía, etcétera.

La literatura sobre los respectivos pronunciamientos judiciales, entre los que se incluyen las muy famosas sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos en los casos *Griswold v. Connecticut* (uso de anticonceptivos), *Loving v. Virginia* (matrimonio interracial), *Miller v. California* (pornografía), *Roth v. United States* (obscenidad), *Roe v. Wade* (aborto), *Bowers v. Hardwick* y *Lawrence v. Texas* (sodomía), es interminable.³⁸

La sociedad norteamericana ha librado verdaderas “guerras culturales” alrededor de estos temas, los cuales, además, han formado parte del debate político-electoral con frecuencia, impactando de manera ostensible en la política de elección y nombramiento de jueces tanto a nivel estatal como federal. Se trata de un ejemplo que ilustra la agitación que puede darse en un país en torno a temas vinculados con lo que, en principio, se pensaría que corresponden exclusivamente a la esfera íntima de las personas, como lo es la sexualidad.

Es precisamente en ese ámbito en el que se inserta la sentencia del Amparo Directo en Revisión 183/2017,³⁹ en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe resolver un caso en el que una perso-

³⁸ Obras que pueden servir para revisar el debate sobre los temas anotados son: Stone, Geoffrey R., *Sex and the Constitution*, cit.; Garrow, David J., *Liberty and Sexuality*, Berkeley, University of California Press, 1994; Dworkin, Ronald, *Life's Dominion*, Nueva York, Vintage Books, 1994, y Strub, Whitney, *Obscenity Rules*, Lawrence, Kansas University Press, 2013. Algunas de las sentencias citadas se encuentran parcialmente traducidas al español en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.

³⁹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 183/2017 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=209630>.

MIGUEL CARBONELL

na se entera —muchos años después— que su esposa le fue infiel y que de esa infidelidad nació una hija que durante décadas —más de 20 años— pensó que era su hija biológica. Esta persona reclama una indemnización de su, en ese momento ya ex esposa, y de su antiguo amante, ahora concubino de la ex esposa y padre biológico de quien suponía que era su hija.

La historia, como puede ver el lector, es enredada y toca algunas de las fibras más sensibles de la convivencia familiar, puesto que no se refiere —en el fondo— solamente a las relaciones entre dos cónyuges, sino también a la relación afectiva entre un padre y su supuesta hija.

Lo interesante es que la Corte hace una reflexión basada en la autonomía de la voluntad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad —el cual, por cierto, ha sido objeto de una interesante construcción conceptual a partir de la seminal sentencia dictada para resolver el Amparo Directo 6/2008 y que posteriormente se ha aplicado a una cada vez más larga lista de temas— y el derecho a la libertad sexual (el concepto de este derecho se retoma de lo señalado por la Suprema Corte en la sentencia del Amparo Directo en Revisión 1260/2016 y en la sentencia que resuelve la Contradicción de Tesis 211/2016).

El punto de partida de la argumentación formulada en la sentencia del ADR 183/2017 es la comprensión de la tradicional responsabilidad civil, que puede ser de carácter contractual o extracontractual,⁴⁰ así como la idea de que el matrimonio no es un contrato del cual se puedan desprender recíprocos derechos y obligaciones entre los firmantes, sino un “acto-condición”, lo que a su vez permite entender que el incumplimiento de algún deber en el ámbito matrimonial da lugar a una sanción que puede consistir en el divorcio, pero no a una indemnización por daño moral, tal como lo pretendía el cónyuge afectado, actor en el juicio civil original.

La Suprema Corte afirma que la fidelidad sexual que los cónyuges se deben guardar responde a un deber moral que tiene su origen en una

⁴⁰ Un panorama general del tema se encuentra en Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013. Sobre sus aspectos jurídicos específicos, recomiendo la lectura de Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 5a. ed., Madrid, Cuatrecasas-Dykinson, 2019, y el clásico estudio de Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

cierta comprensión social del tema, pero no se traduce en un deber jurídico que se pueda imponer de manera coactiva. En otras palabras, no se puede obligar a una persona a serle fiel a su pareja, cada persona debe decidir sobre su propia conducta sexual conforme al criterio con el cual quiera ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad en su faceta de derecho a la libertad sexual. En todo caso, si a una persona casada no le parece correcta la moral sexual de su cónyuge, puede solicitar el divorcio, pero no tiene derecho a obtener una indemnización por daño moral.

No cabe duda de que se trata de un pronunciamiento judicial que generará mucho debate y no estará exento de polémica, pero me parece que los argumentos que la Corte ofrece en la sentencia son bastante sólidos si dejamos a un lado cuestiones morales o incluso religiosas. Desde un punto de vista jurídico, me parece que nos encontramos ante un criterio garantista y progresista que trata a las personas como adultos y les reconoce ámbitos de decisión que les son propios acerca del rumbo de su vida, de sus concepciones morales, de sus relaciones con los demás y del ejercicio de su sexualidad.

Es interesante observar que la Suprema Corte precisa en la sentencia que sus consideraciones se aplican solamente al caso concreto, sin pronunciarse sobre otro tipo de reclamaciones que pudiera llegar a conocer en el futuro sobre, por ejemplo, las consecuencias jurídicas de un “ocultamiento doloso” sobre la paternidad de un hijo que sea producto de una infidelidad o sobre el contagio de enfermedades de transmisión sexual como consecuencia de esa conducta. Son temas que no fueron planteados por las partes y respecto de los cuales la Corte no se pronunció en el ADR 183/2017. Es importante tenerlo en cuenta para no extrapolar los razonamientos de esta sentencia a casos en los que concurren circunstancias diferentes, los cuales, seguramente, ameritarán una argumentación también distinta por parte de los tribunales que deban resolverlos.

Amparo en Revisión 852/2017

La filiación, es decir, el vínculo jurídico existente entre padres e hijos, es uno de los temas tradicionales del derecho de familia. También

MIGUEL CARBONELL

es una de las causas de muchos procesos judiciales, debido a factores culturales propios de la sociedad mexicana.

En el caso de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resuelve el AR 852/2017, el tema se enfoca bajo un prisma novedoso, que en buena medida hace a un lado la idea de que la filiación proviene de un origen biológico o se construye a partir de un procedimiento jurídico, como lo es, por ejemplo, la adopción.

En el caso concreto, la Corte atiende el reclamo de una pareja de dos mujeres que solicitan que se reconozca como hijo de ambas al descendiente al que dio a luz una de ellas. Los argumentos formulados por las quejas y recurrentes son muy interesantes, ya que involucran el tema de la igualdad y la no discriminación para parejas del mismo sexo (al que ya nos hemos referido en el comentario previo a la sentencia del Amparo en Revisión 581/2012, *supra*), pero agregan dos elementos de la mayor relevancia: el interés superior del niño y la forma en la que se debe concebir la filiación (incluyendo la manera en la que la autoridad verifica que la existencia del vínculo filial, en efecto, se corresponda con una realidad biológica).

El fallo de la corte aborda el tema de los deberes del Estado en la supervisión del reconocimiento de filiación, ya que las quejas argumentan que si una pareja heterosexual registra a un niño como suyo, la filiación respecto a la madre se acredita a través de la prueba del parto (normalmente por medio de una constancia médica de alumbramiento), y respecto del padre, se logra mediante una presunción legal si el nacimiento se produjo durante la duración de un vínculo matrimonial y por la simple manifestación de la voluntad del interesado o también por sentencia judicial (seguramente previo desahogo de una prueba pericial en materia genética). En cambio, cuando se trata de una pareja de dos mujeres, se solicita la acreditación del vínculo genético, condición imposible de cumplir dado que, como es obvio, tal vínculo solamente puede existir respecto de una de las dos integrantes de la pareja.

Lo anterior se debe al hecho, reconocido por la Corte en la sentencia, de que la filiación natural fue establecida en los códigos civiles a partir de una concepción parental heterosexual, excluyendo, en consecuencia, a las parejas homosexuales de la posibilidad de ejercer un

doble vínculo de paternidad o de maternidad. Dado que esa exclusión se basa en una categoría prohibida por la Constitución (las preferencias sexuales), la Suprema Corte la considera inconstitucional y en su lugar reconoce el derecho de una pareja compuesta por dos mujeres a ejercer la “comaternidad” de su hijo o hija, la cual no es diferente de cualquier otro ejercicio de crianza parental.

Para responder al conjunto de planteamientos que figuran en los agravios de las recurrentes, la Corte desarrolla un concepto novedoso, y que tendrá mucha aplicación en el futuro, cuando se hayan desarrollado a plenitud las técnicas de reproducción asistida; me refiero al concepto de “voluntad procreacional” como principio bioético de las personas. Esa voluntad se convierte en el factor determinante para el establecimiento del vínculo filial con el menor, de manera que a partir de su existencia se generan los derechos y obligaciones que tiene cualquier progenitor en la relación paternofilial. La voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea, dice la Corte en la sentencia.

La Corte también desarrolla el concepto y alcances del llamado “derecho a la vida privada y familiar”, tema que igualmente puede resultar aplicable a un número considerable de asuntos de derecho familiar. El fallo reitera la comprensión de la familia como concepto social y dinámico que el legislador está obligado a proteger, y no como un concepto ideal que se corresponda con una cierta visión religiosa o moral de las relaciones familiares, siguiendo la línea de diversos precedentes establecidos con anterioridad por la misma Suprema Corte.

Todo lo anterior nos permite afirmar que estamos ante una sentencia novedosa, que incluye diversos conceptos vanguardistas y, a partir de su dictado, de notable relevancia jurídica para la comprensión del nuevo derecho familiar mexicano.

Amparo Directo en Revisión 2293/2013

El derecho de alimentos es otro de los grandes temas del derecho de familia. Su alcance, como se sabe, no se reduce a aquello que es indispensable para sobrevivir, sino a lo que el acreedor alimentario ne-

MIGUEL CARBONELL

cesita para desarrollarse y vivir con dignidad, abarcando lo relativo a alimentación, educación, vivienda, esparcimiento, etcétera.

El origen de la obligación alimentaria está en el vínculo de solidaridad que debe existir entre quienes son familiares. Normalmente la obligación de proporcionar alimentos surge del parentesco y se satisface mediante la entrega de una pensión, o bien, a través de la realización de actividades que permitan cubrir las necesidades del acreedor alimentario.

La sentencia mediante la que se resuelve el Amparo Directo en Revisión 2293/2017 trata precisamente del deber de cubrir los alimentos, desarrollando la relación entre ese deber y el interés superior del niño, así como explicando el alcance y contenido de la propia obligación alimentaria. Pero no se queda en eso, sino que va más allá y entra el estudio de la aplicación retroactiva del pago de alimentos. Como podrá suponer el lector, se trata de un punto de vista que tiene un impacto potencial altísimo en un país como México, en el que existe una serie de dinámicas familiares de enorme complejidad que a veces generan que muchas mujeres cuiden y críen solas a sus descendientes, sin la menor ayuda de los progenitores.

El caso analiza concretamente dos disposiciones legislativas del estado de Sonora, que limitan los efectos de la pensión de alimentos cuando la paternidad es producto de una declaración judicial, para que dicha pensión se reconozca a partir de la fecha en la que fue presentada la correspondiente demanda.

La Corte señala que el vínculo paternofilial surge desde el momento del nacimiento, y que la sentencia que lo reconozca no tiene más que efectos declarativos, pero no constitutivos. Por tanto, la obligación se puede reconocer con carácter retroactivo, sin importar la fecha en la que fue presentada la demanda respectiva.

Es interesante observar que la Corte no hace un pronunciamiento de inconstitucionalidad de los artículos 18 y 19 del Código de Procedimientos Civiles de Sonora, sino que determina una “interpretación conforme” de los mismos, para que su aplicación se ajuste a lo establecido en la propia sentencia.

La argumentación de la Suprema Corte también se basa en los principios de igualdad y de no discriminación sobre los que ya hemos hecho algunas observaciones en los comentarios anteriores. Aquí lo novedoso

es que la igualdad se predica entre los derechos de los hijos que fueron reconocidos como tales por su progenitor desde el momento del nacimiento y aquellos que lo fueron en una etapa mucho más avanzada de su vida, mediante un proceso judicial y su correspondiente declaratoria de paternidad.

Si el mandato de igualdad se traduce en la obligación que tienen las autoridades, pero también los particulares, de no distinguir entre personas que están en situaciones iguales o muy semejantes, entonces no cabría establecer diferencias entre los hijos. Aquellos que fueron reconocidos como tales desde el momento del nacimiento seguramente nacieron de una relación matrimonial o de concubinato; quienes no lo fueron, es probable que hayan sido fruto de una relación extramatrimonial o de una unión no estable (en el caso que tuvo que resolver la Corte se trataba de lo primero: el padre estaba unido en matrimonio con una persona distinta a la madre del acreedor alimentario). Evidentemente, en aplicación del principio de no discriminación, se concluye que no existe ninguna razón válida para hacer distinciones entre los hijos, que lo son por igual y sin diferencia alguna de derechos respecto de su padre.

Lo anterior es importante en un país como México, en donde los hijos nacidos fuera del matrimonio o como resultado de relaciones extramatrimoniales han sufrido históricamente de una discriminación sistemática que, en ocasiones, ha producido incluso una especie de “invisibilización” o negación de su existencia. Por eso es que es positivo que la Corte afirme en la sentencia que en materia de filiación “rige un principio absoluto de igualdad”. En consecuencia, a ninguno de los hijos se le debe dar un trato inferior ni se le puede excluir de las oportunidades que tienen los demás.

Derivado de esa comprensión del principio de igualdad y no discriminación, es que la única conclusión admisible es la de retrotraer los efectos del reconocimiento de paternidad al momento del nacimiento, con todas las implicaciones que de dicho reconocimiento derivan en materia de pensión de alimentos.

Ahora bien, la Suprema Corte se da cuenta de las dificultades prácticas que dicha declaratoria judicial puede tener para hacerse efectiva, por lo que añade algunos matices importantes. Por ejemplo, la decla-

MIGUEL CARBONELL

ratoria de la obligación de alimentos retroactiva debe tomar en cuenta factores como si el padre sabía o no con anterioridad de la existencia de su descendiente, o incluso de su conducta procesal más o menos renuente al reconocimiento de sus obligaciones (lo que la Corte en la sentencia llama “buena o mala fe del deudor alimentario”). Esos elementos cobran relevancia para la determinación del *quantum* de la obligación alimentaria, de modo que se logre un equilibrio entre los factores relevantes para determinar el alcance de ésta.

En todo caso, la sentencia establece el deber del juzgador ordinario de analizar este tipo de casos bajo la metodología de la perspectiva de género, evitando incurrir en prejuicios o estereotipos respecto de los deberes maternos de crianza y cuidado. Esto significa, por ejemplo, que no puede entenderse que la madre hizo la aportación que le hubiera correspondido a ambos progenitores, ya que sobre ella no puede descansar el deber unilateral de manutención de los hijos. El juzgador debe darse cuenta de la especial situación de vulnerabilidad de las madres solteras y del contexto social que las rodea, tanto a ellas como a sus hijos nacidos fuera del matrimonio.

Como podrá imaginar el lector, los señalamientos de esta sentencia abren enormes posibilidades de nuevos planteamientos argumentativos en los procesos judiciales en los que se demande el reconocimiento de paternidad y la correspondiente satisfacción del derecho de alimentos.

Amparo Directo en Revisión 1958/2017

La sentencia del ADR 1958/2017⁴¹ aborda el tema de la guarda y custodia de menores en los casos de separación o divorcio de los padres. Pero trata también de otros asuntos, como por ejemplo, los prejuicios de género, la representación social del papel de padres y madres respecto a sus menores hijos y la forma en la que se deben argumentar decisiones tan relevantes para la vida de los hijos como lo es aquella que decide con cuál de sus padres van a vivir.

⁴¹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 1958/2017 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=213507>.

La idea que subyace a la sentencia y que es analizada por la Suprema Corte es la de que la madre es la más indicada para hacerse cargo de la crianza de los hijos. Pero dicha idea refleja, más bien, una serie de costumbres imperantes en el modelo tradicional de familia, que puede o no corresponder a la realidad de un caso concreto. Por eso es que el juzgador debe analizar caso por caso, y debe hacerlo, además, de manera desprovista de prejuicios, a fin de salvaguardar debidamente el interés superior del niño.

En el caso concreto, se dan algunas circunstancias que ameritan una observancia muy puntual de lo que se acaba de señalar, ya que ambos progenitores desplegaron sobre sus hijas conductas de violencia familiar (aunque en distinto grado) y ambas niñas estaban entrando en la etapa de la pubertad (cuestión que fue determinante para que en las instancias inferiores se decidiera que su desarrollo integral iba a estar mejor resguardado si la guarda y custodia se asignaba a la madre).

La protección del interés superior del niño exige tomar en cuenta las dinámicas del núcleo familiar de que se trate, en vez de realizar juicios abstractos o generales. Esto supone la obligación del juzgador de llevar a cabo un análisis de razonabilidad para determinar, a la luz de las circunstancias del caso concreto, qué es lo que más conviene para el bienestar de cada menor. El juez debe guiarse no por estereotipos o representaciones sociales de la idoneidad de cierto progenitor, sino que debe tener como elemento central de decisión el bienestar de los hijos solamente.

Decisiones como ésta son una llamada de atención sobre todo para los jueces de primera instancia, que en materia familiar están casi siempre saturados de trabajo y tienen una gran presión para resolver los asuntos sometidos a su consideración. El exceso de asuntos a veces tiene como consecuencia que decidan de forma atropellada, considerando los supuestos establecidos por la ley, pero sin añadir en su argumentación los elementos específicos del caso concreto que pudieran ser relevantes para tomar su decisión.

A partir de lo señalado por la Suprema Corte, los juzgadores que resuelvan asuntos familiares deberán ser más acuciosos en las argumentaciones de sus sentencias, incluyendo, desde luego, razonamientos basados en los derechos humanos de las partes, así como en

MIGUEL CARBONELL

principios de gran relevancia y de obligatoria observancia, como lo es el interés superior del niño.

Amparo Directo en Revisión 5490/2016

En esta sentencia la Suprema Corte aborda el tema de la violencia familiar, pero lo hace desde el punto de vista de la responsabilidad civil y no penal. El análisis judicial del contexto de violencia que se suscita en la dinámica de muchas relaciones familiares es de la mayor relevancia, ya sea para las determinaciones de responsabilidades penales o civiles.

Infelizmente, en México se producen millones de actos de violencia familiar, muchos de los cuales quedan en la más absoluta impunidad. Es importante que cada vez que llegue ante la mesa de un juzgador un asunto en el que pueda estudiarse el tema, no se deje pasar la oportunidad de ir más allá de formalismos y desarrollar a plenitud todas las competencias judiciales para remediar, en la medida de lo posible, el sufrimiento y aflicción de las víctimas.

Para hacerlo, dice la Suprema Corte en la sentencia mediante la que resuelve el ADR 5490/2016,⁴² que el juzgador debe tomar en cuenta la metodología de la perspectiva de género que le permite advertir la existencia de situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural entre cónyuges o convivientes. También se debe realizar una interpretación de las normas aplicables que no extienda o permita un contexto de discriminación de género, ya que a veces una regulación normativa, aparentemente neutral, en realidad supone una discriminación *de facto* (también llamada “discriminación indirecta”). En tercer lugar, el juzgador, al emplear la perspectiva de género, amplía sus capacidades de dirección del proceso hacia las cuestiones probatorias, de modo que, si el caso lo exige, habrá de ordenar el desahogo de material probatorio que las partes no le allegaron o no fueron capaces de presentar.

⁴² Sentencia del Amparo Directo en Revisión 5490/2016 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=204632>.

Una vez que la Suprema Corte construye la argumentación mediante la que se determina la aplicabilidad de la perspectiva de género al caso bajo análisis, la sentencia aborda el concepto de la figura de la “compensación” a la luz de la llamada “doble jornada” que muchas mujeres deben desarrollar en México.

La compensación busca, justamente, compensar el costo de oportunidad sufrido por la mujer que, habiéndose dedicado al hogar y a la crianza de los hijos, no pudo desarrollarse en el mercado convencional de trabajo dedicándole igual tiempo, intensidad y diligencia que su cónyuge. No se trata de una forma de sancionar al cónyuge que sí pudo trabajar a plenitud y obtener los correspondientes beneficios económicos, sino que el objetivo de la compensación es reparador y puede dictarse en beneficio de hombres o de mujeres en función de las circunstancias del caso concreto.

La sentencia también reconoce el valor del trabajo en el hogar, entendido no solamente como un trabajo material que hace de manera personal y directa cualquier persona, sino también como una labor de dirección y gestión del hogar a través de tareas organizativas y logísticas.

En el caso concreto, se trataba de una mujer que se había dedicado al hogar, pero también había incursionado en el mercado de trabajo. Ese hecho no la excluye de ser merecedora de la figura de la compensación, señala la Corte en su sentencia.

También se analizan —de manera vanguardista, desde mi punto de vista— los temas del derecho a una reparación integral y de la responsabilidad civil extracontractual por daño moral originado por hechos de violencia familiar.

En este último punto, la Corte aplica la doctrina tradicional de la responsabilidad civil extracontractual a la que ya nos referimos en el comentario de la sentencia que resuelve el ADR 183/2017, en el que se reclamaba una indemnización por daño moral originado por la infidelidad sexual de uno de los cónyuges.

Lo interesante es que la Corte considera que la violencia familiar sí puede dar lugar a una responsabilidad civil que se debe regir por los principios del derecho a recibir una justa indemnización. Esto abre la puerta a interesantes planteamientos argumentativos que podrán hacerse en

MIGUEL CARBONELL

casos futuros, en los que, dentro de asuntos que se tramiten ante una jurisdicción civil o familiar, se puedan acreditar elementos de violencia familiar.

La Corte señala que dicha responsabilidad civil se produce cuando se acredita la existencia de un hecho ilícito,⁴³ la generación de un daño y el nexo causal entre ese hecho y el daño producido.⁴⁴ Si se logran acreditar tales elementos, puede surgir el deber de otorgar una indemnización económica.

En el caso de violencia familiar, la Corte señala en su sentencia que se pueden producir daños indemnizables de carácter moral y patrimonial. Dichos daños pueden generarse en el cónyuge, en los hijos, o en ambos. En la sentencia se hacen algunos señalamientos para determinar el monto de la indemnización, lo cual es una tarea nada sencilla para los juzgadores que conocen de estos temas.⁴⁵

En todo caso, se trata de un pronunciamiento que nos permite observar líneas argumentativas novedosas que serán útiles para los lectores en la redacción de planteamientos para casos futuros, a la vez que nos ilustra sobre cuestiones complejas de la teoría tradicional del derecho civil (como lo es el tema de la responsabilidad civil) que se pueden aplicar perfectamente a los procesos familiares, junto con consideraciones que normalmente se formulan en procesos en los que se alegan violaciones de derechos humanos —me refiero, como es obvio, al derecho a la reparación integral, que se encuentra, como uno de sus fundamentos más conocidos, en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. ⁴⁶ Todo ello hace que esta sentencia sea una referencia indispensable en la moderna concepción del derecho familiar mexicano.

⁴³ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, 5a. ed., Madrid, Cuatrecasas-Dykinson, 2019, pp. 155 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 211 y ss.

⁴⁵ Ver al respecto la obra colectiva *El daño moral y su cuantificación*, 2a. ed., Barcelona, Bosch-Wolters Kluwer, 2017.

⁴⁶ Para una exposición muy completa del tema de las reparaciones en materia de derechos humanos, sugiero la lectura de la obra de García Ramírez, Sergio y Benavides Hernández, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2014.

Amparo en Revisión 518/2013

Cuando estudiaba el doctorado en España, a finales de los años noventa del siglo pasado, uno de los libros que más me impresionó fue *El derecho dúctil*, del profesor y magistrado constitucional italiano Gustavo Zagrebelsky, traducido al castellano por la profesora Marina Gascón y publicado por la prestigiosa editorial Trotta (la primera edición española es de 1995).⁴⁷ En la parte final del libro, Zagrebelsky narra un caso que llegó al conocimiento de los tribunales italianos y que generó una conmoción mediática: el caso *Serena*, que trataba de un complejo y muy disputado proceso de adopción internacional que, a la postre, fue anulado.

La niña Serena era de origen filipino, tenía tres años cuando acontece el debate judicial sobre su adopción, y había sido abandonada por sus padres biológicos en un cubo de basura de su ciudad natal. Fue adoptada por una familia humilde italiana que vivía en un pueblo cercano a Turín, pero en el proceso de adopción no se cumplieron los trámites que ordena la ley y que existen para evitar el nada deseable tráfico de infantes. A la postre los jueces italianos, en contra de la opinión pública mayoritaria y de la llamada de alarma de destacados personajes políticos (incluyendo al entonces presidente de la República), ordenaron devolver a Serena a su país de origen.⁴⁸

Se trataba de un caso trágico (Manuel Atienza ha escrito un conocido ensayo explicando el concepto de los casos “trágicos” y las dificultades de resolverlos), cuya solución hubiera obligado a prescindir de alguno de los principios aplicables: o se hacía prevalecer el interés superior de la niña Serena y se le dejaba con sus padres adoptivos a pesar de las violaciones que se produjeron en el proceso de adopción; o bien, se le daba mayor relevancia a las normas que impiden el tráfico de menores y se devolvía a Serena a Filipinas. No había punto medio, al parecer.⁴⁹

⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

⁴⁸ Sobre el caso hay un pequeño ensayo de la notable escritora Natalia Ginzburg que está traducido al español: *Serena Cruz o la verdadera justicia*, Barcelona, Acantilado, 2010.

⁴⁹ En Colombia la Corte Constitucional tuvo que decidir sobre un caso relativamente parecido. Ver la sentencia dictada en el caso T-292, de 2004.

MIGUEL CARBONELL

Lo anterior viene a cuento porque el caso que la Suprema Corte debe resolver en el AR 518/2013⁵⁰ guarda cierta semejanza con el caso *Serena*. Se trata de un proceso de adopción internacional por medio del cual una pareja italiana se lleva a vivir a Italia a tres menores de edad mexicanos que vivían en un orfanato desde hacía años. Estos tres menores tenían un hermano más pequeño que fue adoptado por una pareja de Guadalajara y que, en consecuencia, se quedó a vivir en México. Los hermanos, que habían convivido desde su nacimiento, fueron separados.

Los cuatro hermanos vivían en una casa hogar del municipio de Arandas, Jalisco, desde que tenían tres años, dos años, un año y tres meses de edad, respectivamente. Llegaron a la casa hogar llevados por su madre, quien constaba como tal en las actas de nacimiento, sin que se supiera nada del padre. Las autoridades locales promovieron y desahogaron un proceso de pérdida de patria potestad. Terminado ese proceso, se inició otro para permitir que los menores fueran adoptados, lo cual, finalmente, sucedió como ya se dijo.

Luego de aparecer una noticia sobre el caso en la edición de Jalisco del periódico *Milenio*, el abuelo materno de los niños promovió un juicio de amparo que, luego de recorrer las instancias competentes, llegó a la Suprema Corte. Ese es el asunto que se resuelve mediante la sentencia del AR 518/2013.

Además de lo llamativas y dolorosas que pueden ser las circunstancias del caso concreto, creo que tienen un gran interés los argumentos de la Suprema Corte sobre la forma en la que deben llevarse a cabo las adopciones (en las que debe observarse siempre el principio del interés superior del niño) y si en su desahogo se deben llamar o no a algunos familiares de los niños para que intervengan de la manera en la que lo consideren oportuno. En particular, la Corte analiza con detalle la forma en la que deben realizarse las adopciones internacionales, ya que pueden tener consecuencias mucho más difíciles de reparar que las adopciones nacionales.

⁵⁰ Sentencia del Amparo en Revisión 518/2013 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=157041>.

Al final, la Corte decide hacer una ponderación a través de la cual decide si debe pesar más el bienestar de los niños que ya vivían en Italia con su familia adoptiva, o el principio de no separar a los hermanos.

La solución a la que llegan los ministros es interesante: le dan más peso a la realidad familiar en la que ya viven los menores, asegurando su bienestar emocional, de modo que los que viven en Italia se quedan allá y el menor que fue adoptado por una pareja de Guadalajara se mantiene con sus padres adoptivos.

Amparo en Revisión 121/2013

En esta sentencia la Suprema Corte analiza un proceso judicial en el que chocan el derecho a la identidad (particularmente el derecho de una persona a conocer su origen biológico) y el derecho al debido proceso (en su vertiente de acceder a una impartición de justicia pronta y expedita, en la que se observen las formalidades esenciales del procedimiento).

La sentencia es interesante porque nos permite obtener una visión clara y actualizada de un derecho poco estudiado, como lo es el derecho a la identidad (configurado por la Suprema Corte en anteriores pronunciamientos, como por ejemplo en el Amparo Directo en Revisión 2750/2010).⁵¹ El fallo que comentamos también aborda el contenido y alcance del derecho al debido proceso, que sí ha sido objeto de un desarrollo más amplio tanto a nivel doctrinal como en la jurisprudencia de nuestros tribunales federales y en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵²

En el caso concreto se aborda el análisis de un proceso que se origina por la pretensión de una persona mayor de edad para conocer su

⁵¹ Sentencia del Amparo Directo en Revisión 2750/2010 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122919>.

⁵² Ver sobre el tema Carbonell, Miguel, *El debido proceso*, México, Tirant, 2019. Para una visión sobre la jurisprudencia interamericana en la materia, ver García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014.

MIGUEL CARBONELL

origen biológico por línea paterna. Para tal efecto se ofrece en el juicio la prueba pericial en materia genética, la cual es admitida y se sigue el trámite normal en estos casos para permitir su correcto desahogo. Sin embargo, el día fijado para la realización de la prueba, la perito designada por la parte actora no acude a la realización de la diligencia, sin que exista justificación alguna sobre su ausencia.

Eso genera un interesante debate sobre la manera en la que se debe resolver una eventual colisión entre las pretensiones de la parte actora para conocer su origen biológico y el debido proceso del demandado, a quien se le causa un perjuicio por el mero hecho de tener que atender un proceso judicial que se prolonga en el tiempo por razones ajenas a su voluntad (más bien, como resultado de la falta de esmero y cuidado de la parte actora).

Dado ese contexto de discusión, la Corte lleva a cabo una “ponderación” de derechos de la que el lector seguramente mucho aprenderá.⁵³ La lectura de la sentencia permite advertir que el logro de los objetivos que persiguen principios esenciales del derecho de familia (como el ya referido conocimiento del propio origen biológico, considerando la gran relevancia que eso puede tener en la vida de una persona) no puede hacerse al margen de otros principios generales del ordenamiento jurídico, que además tienen rango constitucional y están contemplados como derechos fundamentales (el derecho al debido proceso, en el caso que nos ocupa).

Una importante lección de la sentencia es que se debe estar muy atento a que se cumplan de manera estricta las formalidades del procedimiento. No es algo de lo que deban ocuparse solamente los jueces, sino que creo que es un mensaje que se aplica también —y de manera preponderante— a los abogados. Algo tan aparentemente menor en el

⁵³ Sobre las técnicas argumentativas de la ponderación y la proporcionalidad existe una abundante literatura especializada. Ver, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003; Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017; Montealegre Lynett, Eduardo et al. (comps.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a. ed., 3a. reimp., México, Porrúa-UNAM, 2019.

marco de un proceso judicial de alta complejidad, como lo es que el perito acuda a la audiencia en la fecha y hora señaladas por el tribunal, puede arruinar los esfuerzos que se hayan hecho para construir una gran argumentación. Todo abogado debe tenerlo presente.

Juicio de Amparo Directo 9/2016

México tiene una intensa y larga historia de migraciones. Durante diversos momentos de su historia ha sido un país de llegada de inmigrantes, de expulsión de personas que se han ido a vivir a otros países (sobre todo a los Estados Unidos) y de tránsito de personas hacia terceros países (en especial de migrantes de Centroamérica en su paso hacia Estados Unidos).

El tema de esa humanidad migrante es el cuadro de fondo que aparece en la sentencia que estamos comentando, puesto que todo se origina por la disputa que una pareja mexicana que vive en Estados Unidos tiene sobre su hija menor de edad.

La Corte analiza, en la sentencia del AD 9/2016,⁵⁴ el tema de la sustracción internacional de menores, donde perfila en su pronunciamiento un novedoso “derecho al contacto transfronterizo”, que resulta aplicable a casos en los que se ejerce el derecho de visita de los menores cuando sus padres viven en dos países diferentes, así como el papel que deben jugar las autoridades administrativas y judiciales en la garantía efectiva de los derechos de todos los involucrados.

Es interesante observar la manera en que la Corte aplica el principio de restitución inmediata que rige en los casos de sustracción de menores, pero dejando a salvo el derecho de visita a favor del padre y de su hija menor de edad, así como la detallada aplicación que realiza la sentencia del Convenio de la Haya de 1980 en la materia.

Hay también un minucioso análisis de la técnica procesal del amparo y, en concreto, de la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XVI, de la Ley de Amparo en el caso de actos que se hayan consumado de manera irreparable.

⁵⁴ Sentencia del Amparo Directo 9/2016 de la SCJN, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194791>.

MIGUEL CARBONELL

La sentencia del AD 9/2016 nos permite observar las condiciones en extremo complicadas que pueden suponer el ejercicio de los derechos que derivan de una relación paternofamiliar en el marco de un divorcio o separación de los progenitores. En el caso particular, por las circunstancias de los padres, que viven en dos países diferentes.

También podrá ver el lector que decida revisarla, los planteamientos que la sentencia hace sobre el grado de adaptación de la niña al entorno familiar del padre y sus demás familiares en México, así como la forma en la que dicha adaptación debe ser acreditada ante la autoridad judicial.

Por último, creo que es interesante ver el papel de la Secretaría de Relaciones Exteriores, no solamente respecto a su participación en los procesos judiciales en los que exista sustracción de menores, sino en la compleja tarea de dar seguimiento al cumplimiento de obligaciones generadas a partir del derecho al contacto familiar transfronterizo. El papel de la Cancillería mexicana es indispensable en este tipo de asuntos, y debemos asegurarnos de que se realice con una gran diligencia profesional, en tutela de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020