

Revista de Derecho Privado

Nueva época

vol. 11 • núm. 24 • julio-diciembre de 2023

ISSN (versión electrónica) 2448-7902

<https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2023.24>



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Revista de Derecho Privado, nueva época, vol. 11, núm. 24, julio-diciembre de 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: rdp.ijj@unam.mx. Editora responsable: Laura Mercedes Velázquez Arroyo. Número de reserva de derechos: 04-2016-021710000500-203. ISSN 2448-7902. Número de certificado de licitud de título: 5792. Número de certificado de licitud de contenido: 4471.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa de la publicación.

Cuidado de la edición: Enrique Rodríguez Trujano y Alejandro Montiel Velázquez

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Dra. Laura Mercedes Velázquez Arroyo
Directora

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca
Coordinación editorial

CONSEJO DE HONOR

Dr. Jorge Adame Goddard, Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma.

CONSEJO EDITORIAL

Hugo Alejandro Acciarri (UNS, Argentina), Dr. Jorge Adame Goddard (UNAM, México), Dra. Rosa María Álvarez (UNAM, México), Lic. Javier Arce Gargollo (UNAM, México), Lic. Fernando Barrera Zamorategui (UNAM, México), Lic. José de Jesús Barroso Figueroa (UNAM, México), Luciano Benneti Timm (PUCRS, Brasil), Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma (UNAM, México), Dr. Miguel Ángel Borja Tovar (UNAM, México), Lic. Carlos Loperena Ruiz (ELD, México), Alfredo Bullard González (PUCP, Perú), Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda (UNAM, México), Dr. Alfonso Jesús Casados Borde (UNAM, México), Lic. Emilio González de Castilla del Valle (ELD, México), Mtro. Fernando Estavillo Castro (UIA, México), Dr. Nader Hakim (U. de Bordeaux, Francia), Fernando Castillo Cadena (PUJ, Colombia), Dr. Andrés Cruz Mejía (UNAM, México), Dr. Juan Javier del Granado (UNAM, México), Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez (UNAM, México), David Enríquez Rosas (ITAM, México), Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos (UNAM, México), Dr. Imer Flores Mendoza (UNAM, México), Dr. Flavio Galván Rivera (UNAM, México), Lic. Eduardo García Villegas (UNAM, México), Dr. Francisco González de Cossío (UIA, México), Dra. Nuria González Martín (UNAM, México), Dr. Enrique Guadarrama López (UNAM, México), Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla (UNAM, México), Félix Huanca Ayaviri (UMSA, Bolivia), Mónica Infante Henríquez (PUCMM, República Dominicana), Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva (UNAM, México), Lic. Andrés Linares Carranza (UNAM, México), Juan Carlos Marín (ITAM, México), Dr. Fernando Medina González (UNAM, México), Bruno Meyerhof Salama (FGV, Brasil), Dra. Gloria Moreno Navarro (UNAM, México), Enrique Pasquel (PUCP, Perú), Carlos Patrón (PUCP, Perú), Christoph Paulus, (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania), Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (UNAM, México), Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México) Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Francisco Reyes Villamizar (ISU, EUA), Dr. Jorge Antonio

Sánchez Cordero Dávila (UNAM, México), Mtro. Guillermo Solórzano Leiro (UNAM, México), Dr. Javier Tapia Ramírez (UNAM, México), Dr. Óscar Vásquez del Mercado (UNAM, México) y Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Jaime Olaiz González (UP, México), Dr. Eduardo Montoya López (UNAM, México), Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez (UIA, México), Lic. Miguel Ángel Hernández-Romo Valencia (ELD, México), Lic. Consuelo Visoso Lomelín (ITAM, México), Dra. Carmen Quijano Decanini (UIA, México), Mtro. Fernando Marcín Balsa (UIA, México), Mtra. Carlota Peón Guerrero (UIA, México), Mtra. Maggie Hambleton (UP, México), Lic. Arturo Pueblita Fernández (UIA, México), Dra. Karla Roel de Hoffmann (UP, México), Lic. Sofía Gómez Ruano (UP, México), Mtra. María Audry Luer (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania).

CONSEJO DICTAMINADOR

Dr. Jorge Adame Goddard; Dra. Georgina Alicia Flores Madrigal; Dra. Sandra Liliana Serrano García; Mtra. Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny; Dra. María Teresa Lozano O'Reilly; Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco; Mtro. Eduardo Daniel Hernández Ríos; Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda; Dra. Irene López Faugier; Dra. María de Montserrat Pérez Contreras; Dr. Adolfo Eduardo Cuitlahuac Montoya Lopez; Dra. Raquel Sandra Contreras López; Dra. Soyla H. León Tovar; Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos; Dr. Ricardo Francisco Gallart de la Torre; Dra. Jazmín Maribel Vargas Rodríguez; Mtro. Fernando Marcín Balsa; Dra. Carla Roel Olvera; Mtra. María Audry Luer

Asistente: Rebeca E. González Ortiz

Revista de Derecho Privado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional* (CC BY-NC 4.0).

Primera edición: 28 de junio de 2024

2024. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN (versión electrónica): 2448-7902

Contenido

Artículos

Los derechos humanos y su impacto en el derecho civil: algunos apuntes	3
Mario Ignacio Álvarez Ledesma	
La igualdad sustantiva y la patria potestad	57
Elva Leonor Cárdenas Miranda	
Los derechos patrimoniales, económicos y morales, deri- vados de la filiación, en el marco del derecho positivo mexicano, partiendo de la regulación contenida en el Código Civil para el Distrito Federal, publicado el 25 de mayo del año 2000	79
Raquel Sandra Contreras López	
Aplicación del principio de inmediatez en el decreto de me- didas precautorias en caso de violencia familiar	101
Raúl Andrés García Lastra	
Alcances de la información <i>ad perpetuam</i> en torno a la po- sesión y la propiedad	125
Christopher Jean Ángel Parra	
Apuntes para entender la construcción del derecho de fa- milia desde una perspectiva feminista	157
Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña	

Artículos

Los derechos humanos y su impacto en el derecho civil: algunos apuntes

Human rights and their impact on civil law: some notes

Mario Ignacio Álvarez Ledesma

 <https://orcid.org/0000-0003-2483-8548>

Escuela Libre de Derecho. México

Correo electrónico: malvarez@eld.edu.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2023.24.19103>

Recepción: 10 de enero de 2024

Aceptación: 8 de abril de 2024

Resumen: El presente artículo explora la relación entre el derecho civil y los derechos humanos. Analiza las complejidades y desafíos que surgen al intentar aplicar los principios de derechos humanos en el ámbito de las relaciones privadas. Para abordar esta cuestión, se proponen tres criterios a considerar: la naturaleza del derecho humano en cuestión, el tipo de protección que se pretende aplicar y la modalidad o alcance de dicha aplicación. Se enfatiza la importancia de evitar la confusión entre lo público y lo privado en el derecho, así como la necesidad de adaptar las garantías de derechos humanos a las relaciones entre particulares de manera precisa y fundamentada.

Palabras clave: derechos humanos, derechos fundamentales, derecho civil, derechos de la personalidad, constitucionalización.

Abstract: This article explores the relationship between civil law and human rights, analyzing the complexities and challenges that arise when attempting to apply human rights principles in the field of private relations. To address this issue, three criteria are proposed for consideration: the nature of the human right in question, the type of protection sought to be applied, and the modality or scope of such application. The importance of avoiding confusion between public and private law is emphasized, as well as the need to adapt human rights guarantees to relations between private parties in a precise and well-founded manner.

Keywords: human rights, fundamental rights, civil law, personality rights, constitutionalization.

Sumario: I. *Introducción*. II. *¿Qué son y para qué sirven tradicionalmente los derechos humanos?* III. *La multidimensionalidad de los derechos humanos*. IV. *Algunas influencias o impactos de los derechos humanos en el Derecho civil*. V. *Sobre los riesgos de la traslación indiscriminada de los derechos humanos al derecho civil*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El 30 de agosto de 2021 tuve el honor de participar en el Congreso Nacional de Derecho Civil que organizaron el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y múltiples instituciones universitarias y escuelas de derecho de nuestro país. A solicitud expresa de los organizadores, mi participación versó sobre el tema que encabeza estas páginas: la relación entre el derecho civil y los derechos humanos.¹

En esencia, este trabajo refleja mi punto de vista en torno a tales relaciones, como expuse puntualmente durante mi ponencia. Empero, quiero subrayar que mi perspectiva sigue teniendo carácter indiciario, y seguramente volveré sobre ella más tarde, toda vez que el tema lo exige. Por esta razón, he apostillado este ensayo como apuntes; evidentemente, como un producto tentativo que es el resultado de lecturas y reflexiones previas en el marco de este complejo asunto.

Este artículo exhibe mi percepción de que la doctrina que se ocupa de estos menesteres suele incurrir en algunas generalizaciones e, incluso, tropieza con lugares comunes que no la llevan lo suficiente-

¹ Emplearé, en este trabajo, la expresión 'derechos humanos' como el género, y la de 'derechos fundamentales' como la especie de derechos humanos que se plasman o positivizan en los textos constitucionales. En mi criterio, los derechos humanos no son un concepto originalmente jurídico, sino de filosofía política que transita al derecho por razones de eficacia práctica. De tal guisa, los derechos humanos se insertan en los ordenamientos o sistemas jurídicos de diferente manera, empleando distintos estatutos técnicos instrumentales, es decir, como *principios*, como *derechos de la personalidad* y, claro, como *derechos fundamentales*. La elección del tipo de estatuto técnico no es aleatoria; depende de la naturaleza o tipo del principio o valor protegido por el derecho humano del caso y, consecuentemente, del tipo de garantía jurídica que demanda su judicialización. Al respecto me exployo en el capítulo IV ("La noción jurídica de derechos humanos: su estatuto técnico instrumental") de mi libro Álvarez Ledesma (2021a, pp. 120-166).

mente lejos. La doctrina sólo visualiza ventajas, pero ningún riesgo, en la relación entre los derechos humanos y el derecho civil.² Me explico.

Parece una obviedad afirmar que los derechos humanos constituyen un valladar contra el abuso del poder público y que hoy la premisa original de la génesis iusnaturalista-contractualista, donde aquellos nacen, ha debido matizarse, aunque el Estado y sus instituciones sigan siendo los primeros y más constantes responsables de violaciones graves a la autonomía y dignidad de las personas.

Es verdad que el reduccionismo imputable a la concepción clásica del Estado liberal de derecho saja demasiado radicalmente la distinción entre Estado y sociedad civil. Las relaciones entre el primero y sus gobernados son únicamente de tipo vertical. El Estado y sus instituciones tienen límites infranqueables: los derechos humanos. A su vez, las vinculaciones jurídicas entre los miembros de la sociedad civil son, únicamente, relaciones de coordinación; articulaciones jurídicas entre iguales, donde el consentimiento (que es la traducción del principio de autonomía de la voluntad a las reglas del derecho civil) sigue siendo —porque no puede ser de otro modo en una sociedad liberal— su centro de gravedad. Concepto y concepción estos de las relaciones del *ius privatum* que, ciertamente, debe actualizarse, e insisto, matizarse y ampliarse a la luz de las palpables transformaciones de la idea

² En torno a este tema podría hablarse de tres niveles de análisis. Un primer nivel sería el que abarcaría la vinculación jurídica que se da entre la teoría de los derechos humanos y el llamado derecho privado, mismo que comprendería las relaciones y tensiones que pudieran producirse entre aquellos derechos con todas las materias que componen el espacio del llamado *ius privatum*. Por ende, irían más allá de los contactos entre los derechos humanos y el derecho civil, pues impactaría, entre otras disciplinas adicionales, las áreas del derecho mercantil, bancario e, incluso, internacional privado. Un segundo nivel de diálogo, obviamente menos general, es el que se concentraría en la relación de los derechos humanos con cada una de esas materias, como es el caso de la vinculación entre derechos humanos y derecho civil. Y, evidentemente, el diálogo más localizado sería el que se reduciría, por ejemplo, a casos concretos de los derechos humanos, propios de cada una de las materias del *ius privatum*, por ejemplo, el referido al estudio de los contratos de los derechos humanos y los contratos privados. Esta taxonomía no es, pienso, artificiosa, en tanto que busca alertar sobre la necesidad de estudiar patrones y reglas generales en un ejercicio de inducción que vaya de lo particular a lo general, analizando en detalle y con cuidadosa técnica jurídica la aplicación o traslación de los beneficios que irradia la protección de los derechos humanos del ámbito de *ius publicum* a otro tipo de materias, pero sin alterar la naturaleza jurídica de éstas ni vulnerar su propia lógica, principios y criterios de aplicación y defensa.

de Estado, autoridad, poder³ y del propio consentimiento. Tal amplifi-

³ Una de las inaceptables generalizaciones a que me refiero antes es la relacionada con el concepto y la concepción del poder, es decir, con su definición y con su aplicación. Inquiramos de manera meramente exploratoria estas cuestiones: ¿El poder político, contra cuyo abuso surgen y nacen los derechos humanos, posee la misma naturaleza que el poder económico o tecnológico? Recordemos que lo que tenían en mente quienes gestaron la idea de derechos humanos —primero a través de su conceptualización como derechos naturales—, era producir un criterio de legitimidad para justificar dicho poder político, lo que en teoría implicaba necesariamente la solución de los problemas relativos a sus límites, medida y teleología. Problemas que pretendieron solventarse a través de la realización y vigencia de unos derechos naturales que se supone las personas poseían y que la ausencia de autoridad hacía inviábiles en el estado de naturaleza. Entonces: ¿Los propósitos y teleologías de esos otros poderes son los mismos que los perseguidos con y por el poder político? Ante las cuestiones anteriores no parece suficiente argumentar que lo que pretende asegurarse con la traslación de los principios y garantías de los derechos humanos a otro tipo de relaciones de poder es simplemente controlar su abuso y arbitrariedad, porque ese abuso y arbitrariedad se produce no por la naturaleza de esa relación, sino como resultado de que las originales relaciones de coordinación, *de facto*, se convierten en relaciones verticales, donde una de las partes se halla por encima de otra —precisamente por razones económicas, de posesión de información o instrumentos (científicos y tecnológicos) de los que carece y requiere una de las partes, o de creencias religiosas o morales— adoptando en los hechos una de esas partes el carácter de autoridad (de orden económica, tecnológica, religiosa, etc.). ¿Esa circunstancia hace equiparable o análogo el poder político a otros tipos o clases de poderes en las sociedades contemporáneas? ¿La asimetría de esas relaciones es original o simplemente se ha acrecentado con el devenir de los años? Parece claro que la equiparación entre un tipo de poder, el político, con otros tipos de poder es, por lo menos, superficial. Pues bien, quien ha indagado con singular profundidad estos temas es el profesor alemán Heinrich Popitz. Su obra sobre la fenomenología del poder es insoslayable, en tanto que su trabajo permite captar que la clase de relación que se da entre el poder político y los derechos humanos —por llamarla de algún modo, su relación original— no es necesariamente la misma que se produce entre los derechos humanos y otras clases o tipos de poder. Justo por lo anterior es que, la traslación de los propósitos y objetivos de la primera relación a la vinculación con otra clase de poderes debe llevarse a cabo con cuidado y con cuidada técnica jurídica. Popitz plantea, entre otros temas y para empezar, que la idea de autoridad (*auctoritas*) implícita siempre en las relaciones de poder, no conlleva un fenómeno que pueda delimitarse históricamente, porque los efectos de la *auctoritas* no han sido eliminados ni por la modernización, ni por la racionalización. Por ende, el concepto de autoridad no conlleva la idea de algo completamente bueno o malo, lo que suele suceder cuando de la autoridad se espera la salvación o de su supresión el automático advenimiento de un mundo mejor. Además, al tipo de vínculo que se establece entre las personas y los diferentes tipos de poder no posee idénticas razones: la causa por la cual un ciudadano acepta un mandato proveniente del poder político (generalmente a través de la ley), no es la misma que opera en otra clase de poderes, la cual puede tener sus orígenes en el miedo (las llamadas razones precautorias), o la simple disponibilidad de aceptar el mandato proveniente de ese poder por mera

cación consistiría en que deviene necesario que algunos de los principios protectores de la teoría y el derecho positivo de los derechos humanos se apliquen a otro tipo de poderes sociales, concretamente, a los abusos cometidos por estos. Me refiero, claro está, a los poderes corporativos (de orden económico, tecnológico, farmacéutico, político o religioso, entre otros), que han transformado en muchos casos las tradicionales relaciones de coordinación jurídica, típicas del derecho privado, en relaciones que, *de facto*, son de supra a subordinación, y que al no serlo *de iure* dificultan todavía más la protección de ciertos particulares implicados en esa multitud de relaciones jurídicas que los coloca en una posición de evidente asimetría y, por ende, a una de sus partes, en jurídica indefensión.⁴

Es innegable que en nuestras sociedades contemporáneas existen particulares o asociaciones de particulares que poseen un poder paralelo e incluso análogo al del Estado (piénsese en los grandes grupos trasnacionales y globalizados), colocando a otros particulares en franca desventaja. Preguntémosnos, sólo de forma indagatoria y para acercar a nuestra realidad mexicana este asunto, lo siguiente: ¿Qué tanto puede hacer un particular en México ante corporaciones como empresas telefónicas o instituciones bancarias, entre otros mu-

inclinación o decisión personal dada la aceptación y reconocimiento de quien posee u ostenta un valor superior (piénsese, al respecto, el tipo de relaciones que operan entre poderes religiosos y adeptos). ¿En estas otras relaciones de poder operan también los derechos humanos como criterios que las legitiman? Como puede verse, el tema de la equiparación del poder político con otro tipo de poderes para efectos de aplicar los derechos humanos a las relaciones con los segundos no es ni tan simple ni tan análogo y, por ende, ni tan generalizable como aparenta ser. Véase en torno a lo anterior y, entre otros, Popitz (1986).

⁴ “Como consecuencia, precisamente, de la quiebra de los principios de la generalidad de la ley y de la igualdad ante la ley, el dogma de la autonomía de la voluntad, en el que asentó su grandeza toda la construcción del derecho privado del Estado liberal, sufriría una conmoción más notable. Ante las situaciones de superioridad y preeminencia de unos sujetos sobre otros, que representan sin duda una de las características más significativas de la sociedad corporativista, difícilmente puede seguirse proclamado como dogma rector de las relaciones sociales la autonomía de la voluntad. Desde el momento en que comienzan a definirse y resolverse las relaciones, tanto las contractuales como las extracontractuales, desde posiciones de supremacía y de poder, se establecerá la inevitable ruptura con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía de la voluntad privada, cuyo fundamento último descansaba precisamente en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría (Pugliatti, Ferri)” (Vega García, 2002, p. 696).

chos prestadores de indispensables servicios en la vida moderna, que se encuentran en manos de poderosísimas organizaciones privadas, ya sean civiles o mercantiles? ¿Puede ese particular —ciudadano común— en caso de conflicto con alguna de esas empresas entablar un litigio, ya no se diga prologando? Estas organizaciones cuentan con ejércitos de abogados dedicados a que sus jefes, casi siempre, se salgan con la suya, haciendo prevalecer los intereses de la institución para la que trabajan, torciendo en muchos casos la ley o aprovechando la connivencia de los jueces a quienes, a veces y sólo a veces, tienen cooptados. Basta remitirse a las estadísticas y a lo que sucede en los tribunales mexicanos, donde se ventilan esas sordas y a veces sórdidas batallas.

Cabe decir, que si bien en la teoría las obligaciones y los contratos civiles en que se gestan esas relaciones, éstas siguen produciéndose entre personas jurídicas impulsadas por manifestaciones de la voluntad libre y, se supone, ausente de vicios e hipotéticamente en un plano de igualdad, en realidad la desproporción entre ambas es desde el principio evidente, al extremo de que muchos de esos contratos terminan por convertirse en meros convenios de adhesión, donde un particular literalmente se somete a las condiciones fijadas de forma unilateral por el otro. Por supuesto, se dirá que al final el particular goza de libérrima voluntad para no contratar esos servicios. ¡Pamplinas! Es sumamente difícil vivir, como particular, al margen de esos servicios (ahora se entiende la prohibición de los monopolios), dado que este asunto no es, ni con mucho, menor. De hecho, los gobiernos democráticos con algún acento de preocupación social, conscientes de esta problemática, han tenido que constituir un conjunto de instituciones (muchas de ellas, por cierto, bastante poco eficientes) que se supone protegen los derechos de esos contratantes en calidad de consumidores (entre nosotros la Procuraduría del Consumidor) o de usuarios de los servicios que brindan las instituciones bancarias que suelen padecer su ineficiencia y abuso, harto frecuentes en nuestro país y que ahora tienen como paladín una Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (mejor conocida por sus siglas como CONDUSEF). Una y otra institución estatal tratan de paliar, de algún modo, esa desproporción entre cierto tipo de *pueriles* particulares y la generalidad de los comunes y silvestres mortales; desproporción respecto de la cual hay plena conciencia, in-

sisto, y en la que una de las partes es, evidentemente, muy poderosa por cada vez más variadas razones ya sean económicas, tecnológicas, farmacéuticas, de influencia y gestión política, de movilidad social, de vinculaciones con entes extranjeros, etcétera.⁵

Estoy cierto, sin embargo, de que los ejemplos arriba citados padecen también de lo que antes he criticado, la generalización. Porque, si continuamos inquiriendo, estamos obligados también a preguntarnos: ¿Es posible que pueda haber vulneración de cualquier clase de derechos humanos entre particulares? ¿Todos los derechos humanos pueden o deben traducirse a las relaciones entre estos? ¿No existirán ciertos derechos humanos que por su naturaleza y efectos no pueden ni deben trasladarse, sin más, del orden público al privado? ¿En todas las relaciones entre particulares puede exigirse la misma eficacia de los derechos humanos como normas obligatorias directas? ¿O basta que esa protección sea indirecta a través de leyes o instituciones que, como antes se ha mostrado, tratan de atenuar la tensión de cierto tipo de relaciones entre particulares que evidentemente no son de coordinación?

Mi posición, según creo se infiere claramente, es que si bien coincido con que es posible (como de hecho ya jurídicamente lo es) y necesario ampliar la protección de los derechos humanos al ámbito del derecho privado, *las condiciones y características de dicha aplicación*

⁵ En muchos casos, este tipo de instituciones funcionan como una especie de *ombudsman*, paralelos o especializados, que tratan de lidiar con los abusos provenientes de ciertos ámbitos de la administración pública; o que se ocupan de servicios que dicha administración pública vigila, precisamente, como el consumo generalizado, los servicios bancarios y médicos, por ejemplo. Lo anterior en la inteligencia de atenuar la asimetría existente entre quienes prestan esos servicios y quienes los contratan. Cabe acotar que han surgido, dentro del ámbito del llamado derecho administrativo sancionador, otro tipo de organismos generalmente autónomos, que sí poseen facultades para imponer penalidades (multas, suspensiones en el servicio, etc.) a quienes, por ejemplo, llevan a cabo acciones monopólicas y que alteran la competencia, todo en perjuicio de los consumidores y del mercado mismo. En México cumple esta función la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). Los *ombudsmen* especializados emplean como técnica jurídica (de ahí el apelativo), los buenos oficios y la conciliación, e incluso pueden dar vista o de plano encabezar denuncias ante autoridades administrativas y/o penales. Empero, sus resoluciones no son vinculantes. En el caso de los segundos, sus decisiones son vinculatorias aunque, por supuesto, impugnables. Al respecto puede consultarse Valladares y Santistevan de Noriega (2001); para una referencia general al origen y propósitos, amén de la técnica *ombudsman*, puede verse Fairén Guillén (1982).

deben precisarse con mayor puntualidad y pulcritud jurídica. Lo que precede, en la inteligencia de hallar patrones o reglas más precisas y detalladas para tornar verdaderamente eficaz dicha protección.

Algunas de esas reglas y patrones ya están prescritas tanto en la ley (aunque a nivel constitucional, en principio, sólo la carta magna de Portugal de 1976 prevé la obligación directa de aplicar los derechos humanos, las libertades y garantías constitucionales a las personas y órganos públicos y privados),⁶ como en la *jurisprudencia* (ya sea de distintos tribunales constitucionales nacionales o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁷ y, por supuesto, en algún sector muy influyente de la *doctrina* alemana —la *Drittwirkung der Grundrechte*— de los años 50.

A pesar de lo anterior, pienso que esas reglas y patrones son aún insuficientes, porque en la práctica la generalización sin matices de la aplicación alegre de los efectos de los derechos humanos a los particulares que suele aplaudirse sin rubor (apoyada desde ramplonas posiciones “progresistas” acerca de lo políticamente correcto), ha venido acompañada de serios problemas prácticos que, antes que fijar las condiciones para que los ciudadanos puedan ejercer su proyecto vital sin obstáculos y con ciertos apoyos (al final de cuentas es lo que se intenta con los derechos humanos), han producido nuevos óbices y confusión, lo cual no redundará ni en la progresividad ni en la universalización del respeto y garantía de los derechos humanos.

Esta insuficiencia proviene de intentos, incluso estrambóticos (abrigados en la generalización, falta de matices y las posiciones políticamente correctas que cuestiono), de aplicar —con poca fortuna, dada la ausencia de técnica jurídica, conocimiento de los derechos humanos y una pizca de sentido crítico— la eficacia de estos derechos, por ejemplo, a los contratos de arrendamiento.

El caso epítome lo constituyó el absurdo artículo 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México, publicada el 18 de febrero de 2019, y que, más tarde, ante

⁶ Reza puntualmente el artículo 18 de la Constitución de Portugal de 1976: “Artículo 18. Alcance jurídico

1. Los preceptos constitucionales, relativos a los derechos, libertades y garantías, son *directamente aplicables y vinculantes respecto de las personas y órganos públicos y privados*” (énfasis añadido).

⁷ Véase Mijangos y González (2007)

el alud de críticas de juristas y no juristas, y ante la amenaza del aluvión de amparos que se venían, dada su franca inconstitucionalidad, finalmente se modificó algunos meses después, en modo *fast track*, el 7 de mayo de 2019. Ese artículo equiparó las garantías de los derechos humanos sin matiz alguno a los contratos de arrendamiento, colocando al arrendador en una posición jurídicamente absurda y prácticamente inviable que hacía nugatorio su derecho de propiedad y el de contratar su arrendamiento. Ocurrencia que también presagiaba efectos negativos en el mercado de arrendamiento en la Ciudad de México, lo que antes de ayudar perjudicaba a quienes buscaban una vivienda digna, pues las condiciones fijadas en la citada legislación, hacían nugatorio el derecho a ejercer la figura del desahucio, desincentivaban dramáticamente la oferta.

Desde otro ángulo, pero en la misma línea, es evidente que el constituyente originario de la Ciudad de México no columbró, ni por asomo, las singulares dificultades que comporta prescribir que el servicio notarial y la inscripción registral deban prestarse como un derecho humano, según prescribe, sin más, el artículo 6.C.3 de la Constitución Política de la Ciudad de México. Este es otro ejemplo de querer llevar con poco cuidado los derechos humanos al ámbito de las relaciones jurídicas privadas, en este caso, al de la fe pública delegada a particulares especializados, los notarios públicos.

En suma, que la generalización que trivializa materias como las que arriba refiero, no sólo es de suyo inaceptable por su sola ligereza y falta de solidez jurídica, sino incluso, según se ha podido comprobar, porque es jurídicamente peligrosa. Peligrosa bajo el predicado de que impacta negativamente el pleno ejercicio de los derechos humanos de una de las partes y hace abrigar expectativas falsas a la otra, incidiendo en la peregrina idea de que esos derechos son una panacea y sirven para remediar todos los entuertos jurídicos. Peligrosa, asimismo, porque puede tener efectos económicos o sociales insospechados que afectan el desarrollo de las relaciones entre particulares, haciéndolas más complejas y costosas desde diferentes puntos de vista.

Es necesario precisar, *in extenso*, qué consideraciones generales *a priori* deben tenerse en cuenta para poder predicar con seriedad la eficacia de los derechos humanos en las relaciones horizontales. En principio y desde mi particular punto de vista, es forzoso partir inicial-

mente de consideraciones técnico-jurídicas que funcionarían como criba (o test, según hoy se ha puesto de moda) para determinar, entre otros aspectos elementales, si a ciertas relaciones entre personas privadas le son oponibles los derechos humanos. Y, de ser el caso, cuáles de esos derechos humanos le son, cómo y con qué alcance jurídico. Pienso que tales criterios *a priori* serían, al menos, tres.

Así, sería menester considerar, antes de proyectar la aplicación de derechos humanos a las relaciones horizontales, lo siguiente:

- 1) Qué tipo o grupo de derechos humanos se pretenden hacer eficaces en determinadas relaciones frente a terceros o particulares. Esto porque, evidentemente, no todos los derechos humanos tienen cabida en las relaciones de derecho civil. Quedarían excluidos, por ejemplo, y entre otros, los derechos políticos; estos sólo resultan exigibles ante las autoridades estatales.⁸ A este criterio lo llamaré, tentativamente, *criterio de la naturaleza del derecho humano*.
- 2) Cuál es el tipo de protección o garantía de derechos humanos que se pretende aplicar a la relación frente a terceros. Esta puede ser, básicamente, inmediata o directa (*Unmittelbare drittwirkung*) o mediata o indirecta (*Mittelbare drittwirkung*). Empero, es un error técnico establecer, *a priori*, que toda la protección de derechos humanos a las relaciones horizontales deba ser de un tipo o de otra. Lo anterior depende:

Primero, del tipo de derecho humano que se pretenda hacer valer —es decir, la aplicación del criterio establecido en a)—; y,

Segundo, de aquello que se encuentre ya prescrito por la legislación o jurisprudencia que regula esa aplicación, de ser el caso.

La razón de ambas consideraciones debería estar directamente relacionada con la eficacia de la garantía jurídica a implementar, lo cual, por su parte, está sujeto a la naturaleza del

⁸ A propósito de lo anterior, y con mucha claridad, se ha escrito que la primera pregunta a responder en este ámbito sería “si existen derechos fundamentales que posean eficacia en las relaciones entre particulares y, si existieren, cuáles serían y con qué intensidad actúan”. Véase Pizarro (1988, p. 11).

derecho humano a proteger. Un aspecto que, increíblemente, suele pasarse por alto.

Obviamente, que la aplicación de los derechos humanos a los particulares esté prevista en la ley o en la jurisprudencia comporta innegables ventajas, aunque no asegura que la forma de regulación determinada por el legislador o el juez sea necesariamente la (más) adecuada. Al respecto hay múltiples ejemplos. Uno de ellos es que en México el artículo 5, fracción II, de la Ley de Amparo,⁹ considera que los particulares pueden ser autoridad responsable y que, por ende, los derechos humanos protegidos por el juicio de amparo son susceptibles de ser exigidos entre particulares cuando alguno de estos realiza actos *equivalentes* a los de una autoridad y sus “funciones” (*sic*) estén determinadas por una norma general. Es decir, debe tratarse, para empezar, de un derecho humano —de tipo derecho subjetivo público— reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, cuya satisfacción queda en manos de algún particular (piénsese en servicios educativos, de salud o, incluso, en materia de comunicaciones). Habría que preguntarse si esta regulación jurídica de protección de derechos humanos oponibles a particulares ha resultado realmente eficiente. En cualquier caso, para evitar dar por sentado que toda garantía de derechos humanos es necesariamente eficaz a las relaciones entre privados, es necesario recurrir a esta segunda consideración, a la que llamaré *criterio de la naturaleza de la garantía*.

3) Qué modalidad o alcance debe darse de la aplicación del derecho humano, cuando se trata de su aplicación horizontal. El sentido común jurídico indica que este ejercicio de trasladar un derecho

⁹ “Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

[...]

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los *particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.*” (énfasis añadido).

subjetivo público a relaciones que, en teoría, están concebidas como derechos subjetivos privados, demanda un ejercicio de ingeniería jurídica para determinar, por ejemplo: el alcance y, en su caso, la modalidad y graduación que deba tenerse en cuenta para determinar los efectos jurídicos y las responsabilidades que tendrá que asumir un particular, al que se le considera una autoridad o poder paralelo, a cuya actuación va a oponerse un derecho humano fundamental. A esta tercera consideración la llamaré *criterio de graduación*.

Debo añadir, para cerrar este apartado introductorio, que los anteriores temas que se dan en las relaciones entre los derechos humanos y el derecho civil son —nos guste o no— *problemáticos*, porque si se acepta —como acepto— la distinción entre lo público y lo privado en el derecho (a pesar de lo dicho por Kelsen y muchos más),¹⁰ la vinculación entre dichos derechos y la materia civil es, en cierto sentido, antinatural, ya que no debe perderse de vista que los derechos humanos no sólo son una teoría de la justicia, sino también una de la legitimidad política, es decir, se concibieron como una institución que determina el horizonte de certidumbre de la autoridad estatal y, en consecuencia, para oponerse a sus abusos y excesos. Son, por llamarlo de otro modo, la pauta de su funcionamiento; en efecto, su criterio de justicia.

Este último aspecto deviene de la mayor importancia, toda vez que la definición de derechos humanos que desde antiguo he propuesto (Álvarez Ledesma, 2021a), parte del presupuesto de que los derechos humanos son un criterio paradigmático en dos sentidos, a saber:

- Constituyen el principal *modelo de justicia* en sentido amplio (que, por tanto, intenta prevenir y remediar los casos de injusticia provocados por las autoridades estatales, como los imputables a poderes paralelos a estas); y
- Conforman el principal *criterio de legitimidad política*. De tal guisa, las injusticias provenientes de uno u otro poder dañan el derecho a mandar del Estado y sus autoridades; eso es lo que significa

¹⁰ Sobre la relación público y privado véase Álvarez Ledesma (2020, pp. 152 y ss.).

que los derechos humanos sean el central criterio de legitimidad política al que aquel deba responder. De hecho, para eso nacen y ejercen su poder las autoridades estatales (políticas).

Pero, aún hay más. El fin central del poder público es velar por la vigencia y eficacia de los derechos humanos. El fin de las relaciones entre particulares no es este en absoluto. Una cosa es que en las relaciones horizontales la ley exija que no haya vicios de la voluntad y otra que, en relaciones asimétricas de este tipo, en los casos donde un particular actúa como autoridad paralela, esta deba asumir como su objetivo central y que la legitime los derechos humanos. A lo más, puede exigirse a ese particular poderoso que, en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho, sus objetivos —por ejemplo, crematísticos, de investigación, de producción, etc.— no se lleven a cabo en demérito de los principios y valores que protegen los derechos humanos.¹¹ Más todavía: a esa entidad privada poderosa puede exigírsele, por ejemplo, que asuma un *compliance* de derechos humanos en general o para garantizar su sustentabilidad. Esta última circunstancia deviene enteramente distinta a obligar a los particulares a que asuman insoslayablemente que el objetivo de sus relaciones sea la observancia y garantía de los derechos humanos. Esta confusión, producto de la generalización y trivialización de este tema, está presente en las concepciones multidireccionales de los derechos humanos, provocando que quiera aplicarse, sin los ajustes técnico-jurídicos a los que aquí tantas veces he aludido, la concepción de los derechos humanos a todos los tipos de relaciones jurídicas.

Por otro lado, es asaz evidente, que los presupuestos teórico-fácticos, políticos y jurídicos en que se gestó la teoría de los derechos humanos se han transformado radicalmente en muchos aspectos. Y de esa transformación deja evidencia clara —pues los ejemplos son múltiples— que las vulneraciones a la autonomía y a la dignidad de las personas no sólo provienen, sobre todo en los tiempos que corren y en sociedades altamente corporativas y globalizadas, del poder estatal,

¹¹ Este tipo de cuestiones se ventilan, por ejemplo, en las relaciones que se dan entre los derechos humanos, la Ciencia y el desarrollo tecnológico, territorio en el que es relativamente fácil patentizar el papel que juegan dichos derechos como criterio de justicia que fija ciertas condiciones a los objetivos de aquellos. Al respecto, Álvarez Ledesma (2016a, pp. 75-97).

sino de otras formas de poder, ya sea económico, político e inclusive religioso, por caracterizar algunas de tales amenazas. Desafortunadamente, tales amenazas pueden equipararse —y quizás hasta en algunos casos hasta superar— los riesgos que derivan del ejercicio arbitrario del poder proveniente de instituciones públicas. Este hecho es innegable.

También es innegable que las teorías que plantean la aplicación directa de la protección de los derechos humanos a las relaciones entre particulares padecen, en mi criterio, y como he insistido, de una generalización endémica inaceptable desde el punto de vista técnico-jurídico, con consecuencias prácticas poco deseadas y demostrables. Las garantías que ofrecen los derechos humanos, aplicadas a las relaciones jurídicas horizontales, necesitarán de una cuidadosa matización apoyada, al menos, en los tres criterios que ya he propuesto (*de la naturaleza del derecho humano; de la naturaleza de la garantía; y, de graduación*). De ese modo, creo que es posible atemperar el excesivo entusiasmo que, de forma indiscriminada, pretende aplicar *vis a vis*, pero no *mutatis mutandis*, los derechos humanos al ámbito de las relaciones regidas por el derecho civil.

En tal virtud, al final de estas páginas aludiré brevemente a un caso concreto de aquello que el referido entusiasmo —muchas veces fincado en la ignorancia, que suele ser muy atrevida— ha provocado y provoca en la realidad, cuando, sin hacer los ajustes técnico-jurídicos y legales requeridos, pretenden trasladarse, insisto, sin el cuidado debido, las ventajas que comportan las garantías de los derechos humanos frente al abuso del poder político.

De tal guisa, en los incisos siguientes llevaré a cabo una sencilla y resumida exposición de mi concepción multidimensional de los derechos humanos, junto con la consecuente definición acuñada con base en esa conceptualización, misma que ampara perfecta y cabalmente las pretensiones jurídicas contenidas en la *Drittwirkung der Grundrechte*. Asimismo, señalo en consonancia con todo lo escrito hasta aquí, varios impactos o influencias doctrinales, legales y jurisprudenciales ya anticipados arriba, las cuales me permitirán dar cauce a mi aquiescencia a la aplicación horizontal o multidireccional de los derechos humanos, advirtiendo, al unísono, los riesgos ocultos o zonas de penumbra que están presentes cuando no se apuntala técnicamente y con la precisión jurídica necesaria las relaciones entre el derecho civil

y los derechos humanos en general, y la aplicación de estos a las relaciones con terceros privados, en particular. Veamos.

II. ¿Qué son y para qué sirven tradicionalmente los derechos humanos?

Los derechos humanos deben ser concebidos inicialmente, según antes dije, en tanto una teoría de la justicia y de la legitimidad política (Álvarez Ledesma, 2006). Teoría que se despliega en tres discursos o dimensiones principales: el filosófico-político, el ideológico-político y, finalmente, el jurídico. En tal virtud, los derechos humanos pueden conceptuarse como *aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios como los de autonomía moral, dignidad humana y universalidad, los cuales se han traducido, históricamente, en normas de derecho nacional e internacional, en cuanto parámetros de justicia y de legitimidad política de los actuales Estados democráticos y constitucionales de Derecho* (Álvarez Ledesma, 2021a).

La concepción básica de los derechos humanos, primero como teoría de la justicia, los presenta como *criterios paradigmáticos* para determinar lo que en una sociedad democrática se considera como justo o injusto, criterios cuyo propósito no es otro que *medir*, parafraseando a John Rawls (1980, p. 4),¹² el funcionamiento de las instituciones sociales, por ende, tanto públicas como privadas.

¹² En efecto, el concepto de justicia contenido en mi definición de derechos humanos se inspira, precisamente, en la concepción rawlsiana de justicia. Rawls sostiene, y yo con él, que la justicia es “la primera virtud de las instituciones sociales”, esto es, un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad, es decir, el mercado libre, la familia, la propiedad privada de los medios de producción, etc. Es por ello que, la justicia no se constituye como un asunto de mera moralidad, sino más bien como una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilita el desempeño de las instituciones sociales a cuyo cargo está la distribución de derechos y deberes fundamentales así como el reparto de ventajas que resultan de la cooperación. En consecuencia, los derechos humanos, como criterio de justicia, deben hacerse extensivos no sólo a las relaciones con el Estado, sino a las relaciones con cualquier poder equiparable a éste, teniendo el cuidado de aplicar en esta operación, al menos, los tres criterios aducidos en este artículo.

Es de la mayor importancia, cuando se lidia con esta materia, tener en cuenta que los derechos humanos se desenvuelven como un *criterio de legitimidad política*. Esta afirmación implica lo siguiente: si toda teoría de la legitimidad tiene por objeto ofrecer una justificación racional del poder político (del derecho a mandar), la legitimidad política que ofrecen los derechos humanos los coloca, ni más ni menos, como la base y el objeto de las instituciones sociales, según rezaba el artículo primero de nuestra Constitución Federal de 1857.¹³ Así las cosas, los modernos Estados democráticos y de derecho sustentan su legitimidad, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas en 1945, en el reconocimiento, respeto y promoción de los derechos humanos. Ciertamente, tales derechos, además de implicar un concepto de justicia, constituyen un criterio paradigmático que permite determinar si el Estado, a través de sus instituciones, cumple cabalmente con su función y, en consecuencia, si se halla justificado el ejercicio que aquel que hace del poder, el cual detenta por voluntad de sus ciudadanos; por lo tanto, e inclusive, para acotar en ciertos casos el poder acumulado por algunos de estos.

Ahora bien, los derechos humanos, como una teoría de la justicia de impronta deontológica,¹⁴ se sustentan en tres presupuestos teóricos centrales: la *autonomía moral*, principio que predica que los seres humanos son entes con capacidad de adoptar decisiones, y por lo tanto, con suficiencia intelectual para distinguir entre el bien y el mal (poseen sentido de justicia), y para diseñar proyectos de vida propios, que podrán modificar cuantas veces consideren menester en términos de su voluntad individual. Asimismo, los seres humanos están dotados de *dignidad*, es decir, deben ser tratados en función de sus decisiones autónomas; en consecuencia, son fines en sí mismos, nunca medios. Finalmente, el *lenguaje* en que se expresan los derechos humanos, epistémicamente hablando, es universal, no solamente por su ámbito de aplicación (su titularidad depende de la sola condición de persona humana), sino porque la comprensión de su fundamento racional puede ser colegido por cualquier ser humano, a más de que su predicado

¹³ “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

¹⁴ Sobre los detalles de esta cuestión, consúltese Álvarez Ledesma (2006).

deóntico, dada su corrección intrínseca, puede universalizarse. Lo que técnicamente significa que dichos derechos se predicán a través de oraciones imperativas universales que todo ser humano se encuentra en aptitud intelectual de entender. Estos presupuestos teóricos experimentan un tránsito que va de la dimensión filosófica a la política y finalmente a la jurídica, encallando en las constituciones nacionales y, más tarde, en los tratados internacionales.

Sin embargo, una inyección de realismo que permite trascender los aspectos teóricos que hacen incorrectamente suponer que los derechos humanos se desenvuelven en el éter, consiste en referirse, al mismo tiempo, a sus *presupuestos funcionales*. Con ello quiero decir, a las circunstancias sociales, políticas, económicas e históricas que condicionan y hasta determinan su realización.

En efecto, los derechos humanos conforman un tipo de teoría de la justicia deontológica que se verifica en un tiempo y momento histórico, y cuya realización sólo puede darse, nos guste o no, bajo una serie de circunstancias externas, sin las cuales dichos derechos simplemente no pueden implementarse, crecer y fructificar.

He sostenido, junto con otros autores (Ignatieff, 2003), que las condiciones funcionales que demandan los derechos humanos como teoría de la justicia son, principalmente, las siguientes:

- La existencia de un sistema político bien definido, es decir, una *democracia representativa*.
- Un cierto grado de *desarrollo económico*.
- La existencia de *pluralidad política y social básica*, acompañadas de un cierto grado de *desarrollo educativo*, así como de una mínima *cultura de la legalidad*; y, por supuesto,
- La vigencia de las bases mínimas de un *Estado de derecho* que los pueda garantizar.

Cuando no se satisface un cierto nivel de concreción y desarrollo de los anteriores presupuestos fácticos, los derechos humanos se encuentran destinados a su violación permanente y a su fracaso. Huelga decir que si no existen presupuestos funcionales es ciertamente insuficiente que los derechos humanos estén plasmados en bloques de constitucionalidad y convencionalidad (tratados internacionales). La positivización de los derechos humanos es una condición necesaria,

pero no suficiente, para garantizar su eficacia. Esta se halla directamente relacionada con los segundos presupuestos, pues su reconocimiento jurídico es sólo una condición mediata.

En México, verbigracia, gozamos de un amplio catálogo de derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las Constituciones locales —en particular, la ambiciosa Constitución Política de la Ciudad de México—, además de que somos uno de los países que más tratados internacionales ha suscrito en esa materia. Sin embargo, existe un abismo entre el texto jurídico, la exigibilidad y la garantía de tales derechos.¹⁵

Además, hay que entender que los derechos humanos se encuentran íntimamente ligados con las políticas públicas, en cuanto a cursos de acción estatal para realizar objetivos sociales valiosos, y el objetivo social valioso, por excelencia, se llama derechos humanos. Dicho de otro modo, si un Estado no cuenta con instituciones capaces de implementar eficientes y eficaces políticas públicas para concretar, en la realidad, los derechos humanos y resolver los ingentes problemas en materia de educación, salud, educación y buenos servicios públicos, entre otros, tendremos un hándicap y déficit permanente.

III. La multidimensionalidad de los derechos humanos

En mi libro *Acerca del concepto de derechos humanos* (Álvarez Ledesma, 2021a), sostengo que el nacimiento de los derechos humanos, del modo y manera en cómo los conocemos, es el resultado de tres etapas, dimensiones o discursos que histórica y epistémicamente, con ciertos desfases, van sucediendo.

En efecto, los derechos humanos surgen en la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII, ante la necesidad de contar con una vía alternativa al criterio de legitimidad monárquica que entonces prevalecía y que se fue diluyendo. Lo anterior quiere decir que el modelo de legitimidad política llamado “derechos humanos” (entendido entonces como “derechos naturales”) nace históricamen-

¹⁵ El siguiente análisis demuestra cómo la vulneración de los derechos humanos está relacionada más con sus déficits funcionales que con su reconocimiento normativo (Álvarez Ledesma, 2016b).

te para suplantar al modelo de legitimidad política del *ancien régime*. Este se asentaba en la siguiente idea: el derecho a mandar se deposita en un monarca o rey elegido por gracia de Dios, lo cual da origen a una familia real de donde, por herencia (*ius sanguinis*), todo monarca desciende. Un monarca que nace predestinado a gobernar y, en efecto, no necesita ser elegido.¹⁶ Por ello los reyes eran coronados por el Papa católico, dándole el toque de divinidad a su mandato. El monarca es, por ende, fuente de todos los derechos, de los cuales sólo gozan sus súbditos por decisión graciosa y soberana de aquel.

Los derechos humanos, como teoría de la legitimidad, representan un giro copernicano construido en el pensamiento de una pléyade de autores, según dije, iusnaturalista-contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, entre otros). Dicha teoría sostiene justo lo contrario a lo establecido por la teoría monárquica: los seres humanos, individuos y luego ciudadanos, nacen libres e iguales en dignidad y derechos en medio del llamado *estado de naturaleza*. Un estado pre-social, donde no priva autoridad alguna, pero en el que “rige” la *lex naturalis* (precepto general establecido por la razón que prohíbe al hombre hacer lo que pueda destruirle o privarle de los medios para conservarla u omitir lo que pueda perjudicarle). El tránsito del estado de naturaleza a un Estado social, con una autoridad designada (el *Leviatán* de Hobbes, por ejemplo), es el resultado del acuerdo (contrato social) entre individuos racionales que convienen en la creación de dicha autoridad para superar el caos y la ley del más fuerte, a cambio de renunciar al propio uso de la fuerza y depositarla en esa autoridad. Autoridad que, por su parte, se compromete a salvaguardar —esto es, hacer efectivos y garantizar— los derechos naturales que posee en el estado de naturaleza. Compromiso que, de ser cumplido, la justifica y legitima.

La segunda dimensión o tránsito de los derechos humanos, es la que va de la dimensión filosófico-política, a la dimensión política. Responsables de ese tránsito no son ya los filósofos políticos, los intelectuales de la época, sino la clase política del siglo XVIII. Los derechos humanos se convierten, entonces, en *ideología* y, por tanto, en un ins-

¹⁶ El libro más influyente al respecto y que desarrolla los aspectos neurales sobre la monarquía —una obra de la época, escrita entre 1620 y 1630— es *Patriarca o el poder natural de los reyes*, de Robert Filmer (2010).

trumento para alcanzar el poder. De ahí que los textos que emplearon los políticos del momento no fueron los grandes tratados filosóficos, sino las empáticas *declaraciones (políticas) de derechos humanos*. Dos de ellas devienen históricamente modélicas: la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 1776.

La importancia de las anteriores declaraciones radica en concretar el tránsito del discurso filosófico de los derechos humanos al discurso político. Esta circunstancia, como lo ha escrito Norberto Bobbio (2014), surte el efecto de mutar el lenguaje político-filosófico por el lenguaje persuasivo o lenguaje ideológico. La finalidad del discurso de los derechos humanos ahora sirve para legitimar, en la práctica, el poder político, adicionando a la expresión *derechos naturales*, la expresión *derechos ciudadanos*. Es decir, la evolución de los *natural rights* a los *legal rights*.

La última dimensión de los derechos humanos es la jurídica. El objetivo de este discurso es ahora enteramente complementario: convertir los denominados *natural* y *citizen rights* en *legal rights*, dotándolos, así, de garantías jurídicas y, por tanto, de eficacia.

Se infiere claramente de lo anterior, y de ahí sus dificultades de comprensión, que los derechos humanos poseen una naturaleza compleja, al menos caracterizadas en tres dimensiones o discursos, que explica su origen, su evolución y el papel que juega el Derecho en ese desarrollo. Por lo tanto, la dimensión jurídica de los derechos humanos posee una muy puntual misión: hacer eficaz y eficiente su positivización. Más exactamente: garantizar su cumplimiento. Entonces y automáticamente, ¿dicho discurso, principios y garantías pueden trasladarse *vis a vis* a las relaciones entre particulares que son estudiadas y analizadas desde la Antigüedad por el derecho civil?

He dicho antes, en la introducción de este trabajo, que el entusiasmo respecto de la aplicación horizontal de los derechos humanos —es decir, su *multidireccional*, no sólo circunscrita a las acciones u omisiones estatales o de sus agentes (*unidireccionalidad*)— debe ser cautelosa y ha de menester varias aclaraciones y puntualizaciones. Para empezar, los tres criterios que considero deben adoptarse como criba o *test* para afirmar la posibilidad efectiva y los alcances de esa aplicación.

En esta dirección, mucho ayudará analizar sucintamente las teorías y desarrollos legales y jurisdiccionales que se han desarrollado para concretar la multidireccionalidad de los derechos humanos.

IV. Algunas influencias o impactos de los derechos humanos en el derecho civil

En este apartado, primero que nada, me referiré a la singular influencia de la doctrina alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte*, misma que va acompañada de importantes resoluciones del Tribunal Constitucional de ese país y que ha impactado, decididamente, entre otras esferas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en tres momentos y concepciones distintas, según sostiene algún sector de la doctrina especializada como mostraré más adelante.

Posteriormente, aludiré a la peculiar posición de un connotado civilista mexicano del siglo pasado quien planteaba, siguiendo una corriente decimonónica italiana, que los derechos humanos provienen del derecho civil; más concretamente, que los derechos humanos son, originariamente, *derechos de la personalidad*.

Cerraré este apartado dedicando unas líneas a un movimiento doctrinario de la corriente *ius privatista* contemporánea italiana en torno a la aplicación horizontal de los derechos humanos. Esta corriente representada por un fenómeno jurídico denominado *the contractual enforcement of human rights* sostiene que el impacto de los derechos humanos en el derecho civil tiene su origen en un acelerado y franco proceso de *constitucionalización* de los códigos civiles modernos y, por ende, su consecuente *depatrimonialización* y *decodificación*. El referido *contractual enforcement*, no es sino la expresión más acusada de una concepción que modifica los paradigmas tanto del derecho civil como del derecho de los contratos, convirtiendo a estos últimos en un instrumento jurídico para hacer efectivos los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

1. La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*

El más singular impacto de los derechos humanos en el ámbito del derecho civil lo constituye una influyente doctrina alemana acuñada

en los años 50 del siglo pasado, la *Drittwirkung der Grundrechte*; expresión cuya traducción literal al español alude al efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. Es necesario decir, para abrir boca, que dicha doctrina parte de una revisión crítica de la dicotomía tradicional que se da con las categorías jurídicas de *res publica* y *res privatae*. La *Drittwirkung der Grundrechte*, en esencia, supone una reconsideración de la frontera que opera entre ambas nociones.

La tesis central de esta doctrina sostiene que los derechos fundamentales constituyen una técnica jurídica que resulta aplicable no sólo a la defensa del ciudadano frente al Estado, sino que, también, posee eficacia normativa y obligacional entre particulares. Esta eficacia puede ser de dos tipos, *inmediata o directa (unmittelbare drittwirkung)* o mediata o *indirecta (mittelbare drittwirkung)*. Vayamos por partes.

Pues bien, el autor alemán que desarrolla la concepción de la *unmittelbare drittwirkung*, es Hans Carl Nipperdey (1961), quien, curiosamente, antes que constitucionalista fue profesor de derecho del trabajo en la Universidad de Colonia y presidente del Tribunal Laboral Federal. Esta nota bibliográfica es importante porque delata que su visión está caracterizada, evidentemente, por una fuerte impronta de *derecho social*; es decir, la que supone que el Estado no debe desentenderse de cierto tipo de relaciones jurídicas que, si bien, son originalmente entre particulares, conllevan un fuerte impacto para la sociedad y en ellas debe intervenir la autoridad gubernamental para equilibrar relaciones ínsitamente asimétricas, como suele suceder, entre el patrón y sus trabajadores.

Para Nipperdey (1954), los derechos fundamentales son derechos subjetivos públicos, es decir, derechos plasmados en normas que resultan directamente oponibles frente al Estado y, también, frente a los particulares. Ello es así, precisamente, porque al tratarse de ese *tipo* de derechos —subjetivos públicos— toda clase de relaciones jurídicas está automática y directamente gobernada por los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Es este, según el criterio de Nipperdey, el modo más seguro de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los gobernados porque el texto constitucional posee, efectivamente, carácter *normativo*,¹⁷ esto es, regula directa-

¹⁷ Para este sector de la doctrina, el todo unitario del ordenamiento jurídico es la

mente relaciones jurídicas concretas. Corresponde al ordenamiento jurídico en su conjunto limitar los crecientes abusos del poder, provengan de donde provengan. De tal guisa, los derechos fundamentales poseen efectos *multidireccionales*, porque el libre desarrollo de la personalidad constituye un argumento fuerte que es oponible ante el Estado y ante los particulares.

La segunda derivación de la *Drittwirkung* considera que los derechos fundamentales si bien son aplicables a las relaciones jurídicas horizontales esta aplicación debe ser de naturaleza *indirecta*, toda vez que resulta *forzosa* la participación de una *autoridad* que se ocupe de interpretar y aplicar los derechos fundamentales del caso; predicar la eficacia directa de estos para tales relaciones de coordinación constituye una solución palpablemente radical. Esta postura es conocida como *teoría de la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales*, la ya referida *mittelbare drittwirkung*, cuyo principal exponente es otro jurista alemán, Günter Düring (1956, pp. 157-190). Para Düring esa autoridad estaría caracterizada por el legislador o el juez, quien, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, a través de la producción legislativa o la jurisprudencia, habrán de determinar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones de *ius privatum*, asegurando una correcta articulación entre el derecho humano y los bienes o derechos con los que podría entrar en conflicto. Esta es, en otros términos, la consideración que antes he llamado, en el primer apartado de este artículo, *criterio de la naturaleza de la garantía*.

En este contexto, por supuesto que es obligada la referencia a la sentencia emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán en torno a la *Drittwirkung der Grundrechte*, el famoso Caso Lüth del año 1958.¹⁸ Dicha sentencia, referida aquí en apretado resumen, alude a la resolución del amparo que revierte el fallo del Tribunal Estatal de Hamburgo, mismo que consideraba lícito que un ciudadano de nombre Erich Lüth (presidente de un club privado de

Constitución, un instrumento jurídico cuya finalidad esencial es hacer efectivos unos derechos fundamentales “que aseguren el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas singulares y solidarias y que, a la vez, permitan la decisiva participación de estos en el funcionamiento y en el control del sistema político”. Cfr. García de Enterría (1992, p. 47).

¹⁸ Cfr. Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]. <https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>

prensa de aquella ciudad) constriñera contractualmente a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas a no incluir en su programación una película de nombre *Unsterbliche Geliebte* (*Aman-te inmortal*), producida y distribuida en el territorio alemán por las de-mandantes. En pocas palabras, la sentencia dictada en el caso Lüth determinó que, en esa relación contractual entre particulares, una de las partes estaba obligada, en los hechos, a censurar la referida pelí-cula, lo que conllevaba una clara violación a la libertad de expresión y manifestación amparadas por los derechos fundamentales. La tesis central de la citada sentencia (BVerfGE 7, 198, p. 4) donde se refleja en todo su esplendor la esencia del razonamiento de la *Drittwirkung der Grundrechte*, es la siguiente:

La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los dere-chos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del orden público (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de relaciones ju-rídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el derecho público y lo complementan. Estas deben ex-ponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta —en especial— con las “cláusulas generales” que, como el § 826 BGB, remiten para la valo-ración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil e incluso extralegales, tales como el de las “buenas costumbres”. Así, para determinar el contenido y alcances de las exigencias sociales en un caso particular, se debe partir, en primer lugar, de la totalidad de las concep-ciones axiológicas que el pueblo —en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual— ha alcanzado y fijado en su Constitución. Por consiguiente, se ha designado con razón a las cláusulas generales como el “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el dere-cho civil. (Dürig, 1958, p. 525) (énfasis añadido)

Es evidente que el core de la resolución anterior plantea que los parámetros valorativos que amparan los derechos fundamentales plasmados en la Constitución permean todo ámbito de aplicación del derecho, sea público o privado. Porque esos derechos reflejan valores y principios que obligan a entender de diferente manera las relacio-

nes de coordinación, las cuales no deben ser ajenas a esos valores, entre los que está, por supuesto, el respeto irrestricto a la libertad de opinión y manifestación. Ciertamente, este no es el momento de profundizar en el que antes bauticé como *criterio de la naturaleza de la garantía*, y el cual tendría que dar respuesta a la forma de garantizar esos derechos fundamentales en la relación horizontal en litigio. Lo importante ahora es hacer hincapié que en el caso L \ddot{u} th el papel de intermediario de esa aplicación (*mittelbare drittwirkung*) lo desempeñó el Tribunal Constitucional. Este, además, como se puede ver en otra parte de esa sentencia, impuso al juez natural el deber de examinar si las disposiciones materiales de derecho civil aplicadas habían sido influenciadas por los derechos fundamentales.¹⁹

A. La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la *ColDH*

El impacto de la *Drittwirkung* ha sido ciertamente poderoso, si bien ha influido, en diferente grado, en nuestra comunidad jurídica latinoamericana. Quizás por ello la mejor manera de captar esa influencia sea a

¹⁹ Ciertamente, en otra parte de ese fallo, se sentencia lo siguiente: “El juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita; si esto es así, entonces deberá tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Éste es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales (art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no sólo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, violaría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase—sin perjuicio de la impugnación del error en las instancias civiles— se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo [...] El derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (*un desdroits les plus précieux de l’homme*, de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Hace parte del orden estatal democrático y libre, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su elemento vital (BVerfGE 5, 85 [205]). En cierto sentido, es el fundamento de toda libertad, *the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom* (Cardozo)”. (BVerfGE 7, 198, pp. 4-5).

través del estudio de su adopción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones irradian o deberían irradiar a los Estados parte del sistema interamericano.

La doctrina especializada ha dado puntual seguimiento de lo anterior (Mijangos y González, 2007), planteando que los efectos de la *Drittwirkung* han sido determinantes en tres momentos jurisprudenciales distintos de la Corte Interamericana. En los siguientes subincisos llevaré a cabo una breve alusión a dichos momentos, destacando sus principales acentos.

a. La tesis de la state action estadounidense para hacer efectivo al deber de los Estados prescrito por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El sistema constitucional norteamericano acepta, en primera instancia, al modo tradicional y vertical, que la violación a los derechos fundamentales salvaguardados por la Constitución Federal de 1879 sólo puede tener su origen en una acción del poder público estatal. Este criterio, sin embargo, viene flexibilizado o ampliado gracias a las sentencias emitidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el marco de los conflictos sociales provocados por la discriminación racial y el activismo contrario a ésta que se verifican en ese país principalmente en los años sesenta del siglo pasado.

A tales efectos, es singularmente importante la resolución del caso *Adickes v Kress*,²⁰ en la cual la Corte Suprema reconoce que la

²⁰ Se trata de un famoso caso de discriminación racial acaecido en 1964, en el que a la demandante, una maestra de escuela de raza blanca (*Adickes*), se le negó el servicio en un restaurante propiedad del Sr. *Kress*, donde pretendía almorzar acompañada por seis estudiantes negros. La maestra *Adickes* fue arrestada por la policía de Hattiesburg, Mississippi, cuando salía del restaurante, imputándosele supuesto “vagabundeo”, lo que no fue, sino, una excusa para ser detenida. Como respuesta, la mujer interpuso una demanda ante el Tribunal Federal de Distrito por daños, alegando la privación de su derecho humano bajo la Cláusula de Igual Protección a no ser discriminada por motivos de raza. La denuncia incluía dos conceptos de violación a sus derechos fundamentales: (1) Que se le había negado el servicio en el restaurant del señor *Kress* porque era una “caucásica en compañía de negros” (en virtud del cual *Adikes* buscaba probar que la negativa para atenderla se debió a una “costumbre de la comunidad de segregar razas en lugares públicos para comer”). (2) Que la denegación del servicio y el arresto fueron producto de una conspiración entre la demandada y

aceptación de la discriminación racial que pudiera asumir un particular forma parte de sus convicciones personales y, por lo tanto, tal aceptación se halla salvaguardada por la primera y decimocuarta enmiendas constitucionales. Empero, si esa conducta discriminatoria es secundada por una autoridad estatal, ésta vulnera derechos fundamentales, pues dicha conducta discriminatoria del particular produce efectos contra terceros gracias a la connivencia o tolerancia de la autoridad estatal.²¹ Así, la tesis central de la *state action* sostendría que:

la policía (*Adickes* argumentó que el policía que la arrestó estaba presente en el restaurante al momento de la denegación del servicio). Cfr. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/144/>

En efecto, sostiene el criterio de las cortes norteamericanas: “La participación de un funcionario estatal en tal conspiración proporciona claramente la acción estatal esencial (*state action*) para demostrar una violación directa de los derechos de igual protección de la Decimocuarta Enmienda del peticionario, ya sea que las acciones de la policía hayan sido oficialmente autorizadas o legales (*Monroe v. Pape*, 365 US 167, 81 S.Ct. 473, 5 L. Ed.2d 492 (1961); véase *United States v. Classic*, 313 US 299, 326, 61 S.Ct. 1031, 1043, 85 L. Ed. 1368 (1941); *Tornillos c. Estados Unidos*, 325 US 91, 107 –111, 65 S.Ct. 1031, 1038-1040, 89 L. Ed. 1495 (1945); *Williams c. Estados Unidos*, 341 US 97, 99–100, 71 S.Ct. 576, 578–579, 95 L. Ed. 774 (1951).

Además, una parte privada involucrada en tal conspiración, aunque no sea un funcionario del Estado, puede ser responsable según § 1983. “Personas privadas, involucradas conjuntamente con funcionarios estatales en la acción prohibida, están actuando «bajo el color» de la ley por propósitos del estatuto. Actuar «al amparo» de la ley no requiere que el acusado sea un funcionario del Estado. Basta con que sea un participante voluntario en una actividad conjunta con el Estado o sus agentes”, *United States v. Price*, 383 US 787, 794, 86 S.Ct. 1152, 1157 (1966). Véase <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/398/144>

²¹ La doctrina norteamericana define con puntualidad cuáles son los objetivos que la *state action* persigue, en la medida que ésta, al proteger los derechos fundamentales de los individuos, lo que también salvaguarda, y quizás principalmente y por extensión, son los valores democráticos y el tipo de sociedad en la que esos individuos quieren vivir: “Privately-owned restaurants do not have a constitutional right to discriminate on the basis of race; privately-owned utilities do not have a constitutional right to shut off a customer’s electrical service without notice and an opportunity to be heard; and private athletic associations do not have a constitutional right to infringe upon their members’ right to freedom of speech. Equal treatment, fundamental fairness, and tolerance among individuals may be mandated if the people, acting through the democratic process, choose to enact these principles into law. The state action doctrine does not protect the rights of individuals to be free of governmental control, but rather the right of the people to democratically determine, for themselves, what kind of society they wish to live in. It is not respect for the rights of the individual, but respect for democracy, that is at stake in the state action cases” (Huhn, 2006, pp. 1381-1382).

Aunque la conducta de las partes privadas está más allá del alcance de la Constitución en la mayoría de los casos, la autoridad gubernamental puede dominar una actividad hasta tal punto que se debe considerar que sus participantes actúan con la autoridad del gobierno y, como resultado, están sujetos a restricciones constitucionales.²²

Esta tesis es adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el primer momento de su acercamiento a la *Drittwirkung*, a través de sentencias como *Velázquez Rodríguez vs. Honduras* (1987), *Paniagua Morales vs. Guatemala* (1998), *Bámaca Velázquez vs. Guatemala* (2000) y *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (2003), cuyo telón de fondo lo constituye la acción de grupos subversivos levantados en contra de los regímenes dictatoriales de esos países latinoamericanos. A estos grupos armados de naturaleza paramilitar se atribuyen múltiples casos de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Evidentemente, la comisión de esos ilícitos es posible gracias a alguna clase de connivencia o tolerancia por parte de las autoridades estatales (*state action*), conductas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó como una violación a derechos humanos imputable a dichos particulares (los grupos subversivos). La participación —ya sea activa u omisiva— de autoridades públicas terminaron por conformar hechos ilícitos que sí pueden imputársele, por extensión, al Estado. Ello es así toda vez que tales grupos paramilitares, compuestos por civiles sublevados, incurrieron en conductas prohibidas, contando con el apoyo o tolerancia del poder público, por lo que esa actitud activa o pasiva imputable a las autoridades gubernamentales, constituye una evidente falta de debida diligencia para prevenir la violación a derechos humanos o darle cauce en los términos fijados por la Carta de San José.

Lo anterior, en consecuencia, constituye una flagrante violación al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según el criterio de la Corte Interamericana plasmado en los citados precedentes jurisprudenciales. El artículo vulnerado prescribe, en su parte conducente, lo siguiente:

²² Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 500 US 614 (1991).

Parte I. Deberes de los Estados y derechos protegidos

Capítulo I. Enumeración de deberes

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En suma, la Corte Interamericana hace suya, en este inicial momento de la aplicación de los criterios de la *Drittwirkung*, la tesis jurisprudencial norteamericana de la *state action*, no sin tantear los riesgos que conlleva adoptar la aplicación multidireccional de los derechos humanos, misma que colocaría a dicha Corte en la tesitura de convertirse en una especie de tribunal de apelaciones latinoamericano ocupado de revisar las sentencias de los órganos judiciales nacionales (Mijangos y González, 2007, p. 593). Este riesgo impulsa a la Corte Interamericana a buscar nuevos derroteros, según se verá ahora.

b. Los derechos humanos previstos en la CADH constituyen obligaciones erga omnes que, en consecuencia, se imponen a las relaciones entre particulares

Un segundo momento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que refleja la influencia de la *Drittwirkung*, parte de diversas tesis que surgen del contenido sustantivo de sus sentencias e, incluso, del voto particular de sus jueces.

El criterio central de este segundo momento se concentra en analizar el carácter o naturaleza que posee la norma violada que salvaguarda derechos humanos (Mijangos y González, 2007, pp. 594 y ss.). De tal guisa, para la Corte Interamericana los tratados internacionales en materia de derechos humanos —norma internacional vulnerada— consagran obligaciones de carácter objetivo y representan, por lo tanto, estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un orden público internacional. Esos estándares poseen el carácter de *jus*

cogens que, por consecuencia, comportan obligaciones *erga omnes* que impactan, incluso, a los actores no estatales. Por ello, para que los tratados internacionales de derechos humanos, en tanto norma de *jus cogens* se tornen eficaces, es menester que se apliquen, en ciertos escenarios, a las relaciones entre particulares.

Así las cosas, la Corte Interamericana, en este segundo momento de su jurisprudencia, adopta la multidireccionalidad como un rasgo característico de los derechos humanos que es predicable para los catálogos que de tales derechos dan cuenta los tratados internacionales.²³

c. Los derechos humanos gozan de eficacia directa entre los particulares: Opinión Consultiva 18/03

Finalmente, en la opinión consultiva señalada al rubro, promovida por el Estado mexicano para dilucidar la condición jurídica de sus trabajadores migrantes,²⁴ la Corte Interamericana de Derechos Humanos

²³ Las tesis que sostienen esta postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentran en la sentencia *Blake vs. Guatemala* y, especialmente, en el voto particular del juez CançadoTrinidad. Cfr. Mijangos y González (2007, pp. 594 y ss.).

²⁴ El origen de esta opinión consultiva se halla en el interés del Estado mexicano de proteger a sus millones de trabajadores migrantes contra el criterio que asentó la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs National Labor Relation Board*. Dicho precedente determinó que un trabajador indocumentado no tiene derecho al pago de salarios caídos a pesar de haber sido despedido ilegalmente por intentar hacer efectivos los derechos laborales otorgados por la *National Labor Relations Board*. Para la Suprema Corte americana, sobre el derecho de realizar actividades sindicales y gozar de los derechos que la sindicalización comporta, prevalece la prohibición prescrita por las leyes migratorias en el sentido de que un inmigrante indocumentado no puede trabajar sin la autorización respectiva. Evidentemente, el precedente de marras hace nugatorios los derechos laborales de los trabajadores indocumentados. En ese contexto, el 10 de mayo de 2002 México sometió ante la Corte Interamericana una solicitud de opinión consultiva sobre la “[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Además, la consulta trata sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho

sienta un nuevo precedente en materia de *Drittwirkung*. Sus tesis centrales son las siguientes:

El principio que predica la igualdad y la no discriminación constituye un principio de *jus cogens* en tanto imperativo del derecho internacional general, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En consecuencia, dicho principio es aplicable a todo Estado, sea parte o no de un tratado internacional, y genera efectos frente a terceros. Este principio de derechos humanos es un fundamento sobre el que descansa todo ordenamiento jurídico y, consecuentemente, deviene aplicable también a las relaciones entre particulares, como son aquellas que sostienen los trabajadores migrantes ilegales y las empresas norteamericanas.

Por ende, los derechos humanos contenidos en la CADH son expresión de un orden público interamericano, lo que quiere decir que los derechos humanos constituyen *normas imperativas* del sistema internacional en su carácter de *jus cogens*, cuya naturaleza multidi-reccionalidad abarca todos los actos jurídicos. Por ello, los derechos humanos contenidos en dicha Convención tienen eficacia directa en las relaciones entre particulares y constituyen límites directos a la actuación de estos.²⁵

2. Los derechos humanos como derechos de la personalidad

Para ciertos doctrinarios del *ius privatum*, el asunto del impacto de los derechos humanos en las relaciones de Derecho civil es un tema que se halla, desde sus orígenes, mal enfocado. Los derechos humanos, contrariamente a la doctrina y posiciones dominantes, constituye un tema de derecho privado y no de derecho público toda vez que la mejor manera de garantizar su eficacia es ubicarlos en el primer ámbito y no en el segundo. Ello es así porque se concibieron como *derechos*

internacional de los derechos humanos y su codificación”. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

²⁵ “En cualquier caso, las consecuencias de la Opinión Consultiva 18/03 van más allá de la obligación del Estado de disponer de los medios necesarios para evitar o reparar las lesiones de derechos en las relaciones privadas. La Corte Interamericana declara rotundamente y sin ningún género de dudas, como lo venía haciendo desde la segunda época de la jurisprudencia, que los «derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares»” Cfr. Mijangos y González (2007, pp. 604-605).

de la *personalidad* y una desviación desafortunada los llevó al ámbito del orden público afectando su eficacia.

Dadas las limitaciones de espacio, he de replantear aquí, resumidamente, los aspectos centrales de esta tesis y remitir al debate que sostuve en su momento con un magnífico y peculiar civilista mexicano, Ernesto Gutiérrez y González.²⁶

El maestro Gutiérrez y González, haciéndose eco de una doctrina italiana del siglo XIX que tenía entre otros representantes a Calogero Gangi y que predicaba la tesis antes esbozada, parte de una idea ciertamente válida y de suyo superadora de las ideas tradicionales: el patrimonio de las personas no está constituido única y exclusivamente por valores de índole pecuniario, sino también por valores morales y afectivos, estos últimos, de hecho y de derecho, ya se hallan protegidos jurídicamente en los ordenamientos modernos (Gangi, 1946, p. 703). De tal guisa, los valores humanos y afectivos que deben formar parte del patrimonio de las personas son los denominados *derechos de la personalidad*, concebidos “desde el ángulo del derecho civil” (Gutiérrez y González, 1995, p. 705). Los derechos de la personalidad, entonces, constituyen “derechos subjetivos que corresponden al ser humano en su calidad de tal, y ya no como meros reflejos del mal llamado «derecho público»”. De tal guisa, se enfocan más a la busca de una indemnización, cuando han sido violados, que al respeto de esos derechos, situación que no es admisible en una colectividad que se pretende civilizada (Gutiérrez y González, 1995, p. 705).²⁷

Al analizar los antecedentes de los derechos de la personalidad, Gutiérrez y González (1995) sostiene que, además del derecho romano, debe partirse de la escuela del derecho natural del siglo XVII, cuya tesis principal, con todo y su nobleza “se desvió de su inicial finalidad, y se unió a un sentimiento de reivindicaciones políticas que la transformó de manera insensible, en una postura de índole también política y revolucionaria: la de los derechos del hombre y del ciudadano, que

²⁶ Al efecto consúltase Gutiérrez y González (1995, pp. 711-712) y Álvarez Ledesma (2021a, pp. 135-141). Un desarrollo posterior y una ampliación de la posición de Gutiérrez y González se halla en Contreras López (2020).

²⁷ Debe apostillarse que el autor niega y critica severamente la distinción metodológica entre derecho público y privado. Negación que lo llevará a asimilar figuras como derechos humanos con derechos de la personalidad. Para una revisión sobre estas ideas véase Gutiérrez y González (1995), especialmente el capítulo primero.

culminó en la Asamblea Constituyente Francesa del 20 al 26 de agosto de 1789” (p. 705).

Sin embargo, no es sino hasta el siglo XIX, según el citado civilista mexicano, que el debate sobre los derechos de la personalidad se profundiza, dando pie a la discusión relativa a si los derechos de la personalidad deberían ser considerados verdaderos derechos subjetivos otorgándoles cabida en los ordenamientos civiles. Lo anterior haría inquirirnos si es o no suficiente la protección de los derechos fundamentales en las leyes penales, administrativas o constitucionales. Corresponderá a la doctrina italiana, según Gutiérrez y González (1995, pp. 708-709), otorgar a los derechos de la personalidad el estatus de verdaderos derechos subjetivos.

Bajo este esquema, nuestro autor concluye que los derechos de la personalidad si bien han sido tratados en otros ámbitos jurídicos, el lugar donde siempre debieron estar es el derecho civil, cuyo objeto se concretaría —dice siguiendo a Gangi— en el goce de bienes fundamentales de la persona, como la vida y la integridad física; bienes constituidos —insiste citando ahora a Castán Tobeñas— por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico (Gutiérrez y González, 1995, p. 720).

El propio Gutiérrez y González (1995, pp. 722-723) sugiere un catálogo de los derechos de la personalidad en función de los tres amplios campos que su protección ofrece, a saber: *derechos de la personalidad de la parte social pública*, que comprenderían el derecho al honor, al título profesional, al secreto o reserva, al nombre, a la presencia estética y a la convivencia; *derechos de la personalidad de la parte afectiva*, ocupados de proteger los derechos de afección (familiares y de amistad); y *derechos de la personalidad de la parte físico somática*, que amparan el derecho a la vida, la libertad, la integridad física, los derechos ecológicos, los derechos relacionados con el cuerpo humano y sobre el cadáver.

Ciertamente, es innegable que el objetivo de esta posición doctrinal, consiste en ofrecer una mejor garantía a las potenciales violaciones de derechos humanos, garantía (y con ello en buena medida quiero decir judicialización) que en principio podría devenir más expedita si se lidia con los derechos humanos en su condición de derechos de la personalidad. De hecho, como se verá adelante, las nuevas doctrinas civilistas europeas caminan en esa dirección, otorgándole a

los contratos, por ejemplo, un papel clave como instrumentos de implementación de políticas públicas orientadas a proteger ciertos derechos personales y colectivos. Por ende, sería un error suponer que los derechos humanos sólo se expresan jurídicamente como derechos de la personalidad porque, *de iure* y *de facto*, los derechos humanos se insertan en los ordenamientos jurídicos como derechos de la personalidad, pero no solamente como tales.

Si partimos del presupuesto de que los derechos humanos son primigeniamente exigencias éticas construidas en el contractualismo-naturalista, que transitan luego al discurso político (declaraciones de derechos) y, finalmente, al jurídico (a través de su constitucionalización), cuando ingresan a los sistemas jurídicos o derecho positivo, teóricamente no existiría, *a priori*, un estatuto técnico instrumental que determine si deben positivarse como derechos subjetivos públicos o como derechos subjetivos privados o, inclusive, como principios generales del Derecho. Tal decisión dependerá, básicamente, del grado de eficacia jurídica que pueda ofrecer una u otra figura jurídica, es decir, la mejor garantía a través de la cual pueda salvaguardarse y asegurarse el valor o bien jurídico tutelado por el derecho humano en cuestión.

En la propuesta doctrinal que se apoya la tesis de Gutiérrez y González, cierto tipo de bienes jurídicos quedan de mejor manera garantizados a través del derecho y código civil y, en consecuencia, demandan esa técnica jurídica. Esta tesis, por extensión, también supondría que los bienes jurídicos tutelados amparados por ciertos derechos humanos a través de su condición de derechos de la personalidad se ejercitan y están en juego (y en riesgo) principalmente en las relaciones jurídicas horizontales, con todo lo que ello desde el punto de vista sustantivo y procesal significaría. Este razonamiento se conecta con la revisión del derecho privado que se ha venido experimentando en Europa a partir de su proceso de unificación, revisión a la que, de alguna manera, Gutiérrez y González se anticipó.

3. La constitucionalización, depatrimonialización y decodificación del derecho privado

Probablemente, el más trascendente impacto que los derechos humanos han tenido en el derecho civil, luego del gestado por la ya explicada doctrina alemana de la *Drittwirkung*, es el que opera en el contexto

del proceso de integración europea que se desencadena a partir de la segunda parte del siglo XX. Este proceso pone en evidencia no sólo la crisis del derecho privado tradicional tocado por una serie de fenómenos que tienen una repercusión directa en sus presupuestos capitales, sino que obliga a repensar los criterios sacramentales en que se asientan las nociones clásicas de las relaciones jurídicas privadas. Roberto Cippitani ha escrito al respecto:

En la segunda mitad del siglo XX, el modelo del código, su contexto, los valores de referencia, su función, cambiaron de manera aún más radical. En particular, tres fenómenos cambiaron el destino de los códigos civiles: la constitucionalización, la depatrimonialización y la decodificación. (Cippitani, 2020, pp. 61-62)

Para entender el singular impacto de estos fenómenos, debe comprenderse, inicialmente, que el Derecho privado tradicional plasmado en la codificación civil europea, responde y se edifica sobre “una metáfora patrimonial e individualista” (Cippitani, 2020, p. 61), metáfora que se ve alterada por una visión que va más allá de un enfoque basado en el intercambio, la sucesión y la regulación de la circulación de bienes muebles e inmuebles, tal y como Gutiérrez y González (1995, p. 705) ya había avizorado en su concepto de patrimonio.²⁸

Así las cosas, el primero de estos fenómenos, la constitucionalización del derecho civil —que se detona al término de la Segunda Guerra Mundial y la promulgación de las constituciones nacionales—, convierte a estas en el centro de gravedad de los sistemas jurídicos por ser recipiendarias, ni más ni menos, que de los derechos fundamentales de la persona humana. *Ipsa facto*, estos derechos vienen a convertirse en la prioridad del Estado y, por ende, en los derechos preponderantes de los nuevos Estados de *derecho*.²⁹

²⁸ Recordemos que para este autor el patrimonio de las personas no está constituido única y exclusivamente por bienes de índole pecuniaria, sino también por valores morales y afectivos. En la misma línea, Cippitani (2016) reitera que “Private law traditionally concerns ‘patrimony,’ in other words, those sets of civil obligations and property rights which can be measured in monetary terms. This approach was formalized by European continental civil codes in the nineteenth and twentieth centuries, based upon the work of the Pandectist scholars who ‘recovered’ Roman law and founded modern private law” (p. 307).

²⁹ Respecto del tránsito del Estado liberal al Estado constitucional de derecho, véase Witker (2016), especialmente el capítulo “Estado constitucional de derecho”.

El segundo fenómeno, la depatrimonialización del derecho civil, conlleva en su esencia el cambio de paradigmas antes anotado: los derechos que se reconocen a los particulares no son únicamente de tipo patrimonial, como la propiedad, sino sobre todo los derechos personales (Perlinger, 1983). Estos derechos trascienden el ámbito de la negociación, son *inalienables* y, obviamente, no pueden transferirse con el mero consentimiento a través de los contratos.

Finalmente, la decodificación del derecho civil es, en realidad, consecuencia del primero de los fenómenos analizados, pues con el ascenso del proceso de constitucionalización los códigos civiles pierden su carácter protagónico, dejan de ser el centro de gravedad de los ordenamientos jurídicos en el nuevo Estado de derecho, al cual se califica, ya y por ello precisamente, Estado constitucional de derecho.³⁰

Debe subrayarse que estos tres fenómenos se verifican principalmente —aunque no exclusivamente, por supuesto— en el proceso de integración europea, donde la creación de un mercado comunitario como espacio sin fronteras, demandaba garantizar como *conditio sine qua non* de aquel proceso, la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, ante los cuales los conceptos tradicionales del derecho privado se quedaban cortos. Más aún, el referido mercado comunitario nunca se concibió como un espacio meramente crematístico, sino como un ordenamiento jurídico basado en la penetración no sólo económica, sino también jurídica de los Estados miembros (Cippitani, 2020, p. 63).

Las consecuencias producidas por esta triada de fenómenos son múltiples. Sin duda, la más importante de ellas consiste en determinar, sin ambages, que los derechos fundamentales deben aplicarse directamente a las relaciones horizontales o entre particulares. Esta

³⁰ Luigi Ferrajoli (2003) ha establecido las líneas que, en su criterio, caracterizan el Estado constitucional de derecho. Esto es, un Estado en el que opera “[la] subordinación de la ley a los principios constitucionales (lo que) equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representan un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionales establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa, porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático” (p. 19).

aplicación es el resultado de llevar a la práctica los tratados internacionales de la Unión Europea en materia de derechos humanos gracias a la interpretación que de estos ha efectuado, principalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El antedicho criterio fue sostenido desde 1963 con la expedición de la sentencia *Van Gend en Loos*, la cual consagra expresamente el efecto directo del derecho de la Unión Europea (y por ende de los derechos humanos ahí amparados). Derecho que no únicamente genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. Por consiguiente, estos pueden usufructuarlos y, con base en el derecho comunitario, invocarlos directamente ante los tribunales tanto nacionales como europeos con independencia de la existencia de normas de derecho nacional. El efecto de esta aplicación puede ser de dos tipos, vertical y horizontal. El efecto directo vertical opera en las relaciones entre los particulares y el país en cuestión, lo que significa que estos pueden acogerse a una disposición del derecho de la Unión Europea en relación con el Estado. El efecto directo horizontal opera en las relaciones entre particulares, de tal suerte que los particulares pueden acogerse a una disposición del derecho de la UE en relación con otro particular.³¹

Asimismo, la sentencia *Stauder* del año 1969, también emitida por el Tribunal de Luxemburgo, instituye que los derechos humanos son principios generales del derecho de la Unión Europea.³² Tal pronunciamiento ha dado lugar a una concepción muy amplia para su aplicación, habiendo sido menester construir, inclusive, conceptos y figuras jurídicas novedosas que facilitarían esa aplicación, cuyo objetivo primigenio no es otro que evitar la discriminación y proteger a los

³¹ Según el tipo de acto en cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite ya el efecto directo completo, es decir, un efecto directo horizontal y un efecto directo vertical, o el efecto directo parcial, que se limita al efecto directo vertical. Al respecto véase la *Sentencia Van Gend en Loos*. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963. NV Algemene Transport, en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa. Petición de decisión prejudicial: Tariefcommissie - Países Bajos. Asunto 26-62. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547>

³² Sentencia *Stauder*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969. Erich Stauder contra Stadt Ulm - Sozialamt. Asunto 29-69. Esta sentencia corrobora que “los derechos fundamentales de la persona (se hallan) subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029>

más débiles. De igual modo, deviene de la mayor importancia acotar que los derechos fundamentales aplicables a las relaciones entre particulares por parte de la Unión Europea se enfocan principalmente a cierto tipo de derechos (no a todos, claramente), como la libertad de expresión, los derechos de familia, los derechos laborales, la protección de la vida privada y la propiedad.

Queda claro que el objetivo último de este proceso de constitucionalización, depatrimonialización y decodificación del derecho civil consiste en avanzar hacia la igualdad sustancial y no sólo formal de los ciudadanos europeos.³³ Es por mor de la consecución de tal obje-

³³ Sentencia *Courage*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001. *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*. Petición de decisión prejudicial: Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) - Reino Unido. Asunto C-453/99. (1) Esta sentencia es muy importante porque el Tribunal de Justicia se ha pronunciado, una vez más, sobre el efecto directo del derecho comunitario y las consecuencias civiles de las infracciones a aquel en los siguientes términos: los particulares que han participado en una infracción del derecho comunitario de la competencia pueden ejercitar, ante el juez nacional, una acción indemnizatoria de daños y perjuicios contra los demás partícipes de dicha infracción siempre que los reclamantes de tales daños no hayan tenido una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia de que se trate. La libre competencia, como principio de la Unión Europea, y el derecho a participar en ella, constituye parte del libre comercio y es un derecho fundamental que puede hacerse valer entre particulares vinculados por la vía contractual. Dice la sentencia de marras: "Una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del artículo 85 del Tratado (actualmente artículo 81 CE), puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional («*relief*») contra la otra parte contratante" (véanse el apartado 36 y el punto 1 del fallo). (2) La plena eficacia del artículo 85 del Tratado (actualmente artículo 81 CE) y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. El artículo 85 del Tratado se opone a una norma de derecho nacional que prohíba a una parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido de la citada disposición, solicitar una indemnización por daños y perjuicios como reparación de un perjuicio ocasionado por la ejecución del citado contrato por el mero hecho de que el autor de la solicitud sea parte en éste. Sin embargo, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a

tivo, que el derecho comunitario también modifica la tradición civilista que prescribe que la interpretación deba enfocarse en las disposiciones específicas y no en las normas generales o principios; tradición que, evidentemente, reduce el impacto y alcance de las formulaciones constitucionales. Por ello, los jueces transnacionales de la Unión Europea proceden del modo exactamente inverso: aplicando directamente las normas constitucionales y los tratados internacionales a las relaciones horizontales, en la inteligencia de buscar la igualdad sustantiva, enfrentado la discriminación y empoderando por vía de los derechos fundamentales, a los más débiles.

El modelo más arquetípico de esta nueva concepción del derecho civil consiste en encomendar la aplicación directa de los derechos humanos al que se considera, desde esta óptica, el principal instrumento de tránsito de derechos: los contratos. Estos, en la concepción de los civilistas contemporáneos y los tribunales transnacionales europeos, constituyen la herramienta jurídica ideal para concretar la implementación de los derechos humanos. A esta corriente se le identifica como *the 'contractual enforcement' of human rights* (Cippitani, 2016, p. 320).

A. *The 'contractual enforcement' of human rights*

Conviene traer a colación lo dicho en el primer apartado de este artículo, en el sentido de que en el ámbito de los impactos y relaciones

recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). En tales condiciones, el derecho comunitario no se opone a que el derecho nacional deniegue a una parte, de la cual se haya comprobado que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de la otra parte contratante. En efecto, conforme a un principio reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que el Tribunal de Justicia ya ha aplicado, un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando este último haya sido comprobado.

En particular, incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición.

entre los derechos humanos y el derecho civil es posible considerar tres niveles de análisis, mismos que van decreciendo por virtud de su nivel de aplicación.

El primer nivel abarcaría la vinculación jurídica más extensa, conceptualmente hablando, y que sería la que operaría de modo general en la relación entre los derechos humanos y el derecho privado, impactando todas las disciplinas que éste comprende. Un segundo nivel de diálogo, menos general, consideraría de forma particular las relaciones de los derechos humanos con cada una de las materias del *ius privatum*, verbigracia, con el derecho civil, el mercantil y así sucesivamente. Finalmente, el diálogo doctrinal, legal y jurisprudencial más particular, es el que se aplicaría a la vinculación entre derechos humanos y las diversas instituciones de cada materia del *ius privatum*. Pues bien, el '*contractual enforcement*' of human rights, se mueve, precisamente, en este tercer nivel de análisis.

Con lo anterior quiero decir, que si bien puede predicarse *in genere* que en el ámbito del derecho privado puede exigirse la protección de los derechos fundamentales, esta afirmación tiene que filtrarse, a su vez, por los tres criterios sugeridos en el apartado introductorio de este trabajo. Estos criterios, de tal guisa, tendrán que ir precisando cómo es que los derechos fundamentales se aplican a cada caso concreto y de conformidad con el nivel de análisis en que nos movemos.

Los autores del '*contractual enforcement*' aducen, por principio de cuentas, que los contratos son el principal instrumento para implementar políticas públicas y proteger derechos e intereses personales y colectivos. Así, por ejemplo, en ámbitos como el derecho a la privacidad (*privacy*), la experimentación científica con humanos, o la protección del medio ambiente, las legislaciones nacionales proveen el establecimiento de distintos tipos de códigos de conducta y acuerdos que complementan el derecho internacional y las políticas nacionales (Cippitani, 2016, p. 320). Según puede verse, la materia de los derechos humanos involucrados en estos contratos, de acuerdo con esta postura civilista, lidian centralmente con aspectos que, si bien están en manos de particulares, su aplicación tiene singulares repercusiones para la sociedad. Casi podría afirmarse que nos hallamos ante contratos entre particulares que, directa o indirectamente, velan por bienes jurídicos tutelados por el derecho social (trabajo, medio am-

biente, salud, etc.) e, incluso, con derechos económicos, sociales y culturales en el sentido más amplio.

Esta percepción se ratifica con lo dicho por esa corriente civilista, en el sentido que la imposición (*enforcement*) contractual de los derechos humanos, opera en temas como los servicios sociales o el consentimiento informado en el ámbito de la prestación de servicios de salud que están en manos de particulares. Asimismo, la aplicación de ciertas figuras jurídicas contractuales como la responsabilidad civil y la correspondiente indemnización, de ser el caso, permiten garantizar más eficazmente los derechos humanos de las personas involucradas (Cippitani, 2016, pp. 318-ss.).

Por otra parte, si bien es cierto que algunos principios y reglas en materia contractual tradicional, originalmente pensados para regular relaciones patrimoniales, no están en aptitud jurídica para aplicarse a situaciones donde los derechos humanos se hallan involucrados, el derecho civil de la Unión Europea se ha dado a la tarea de redefinir o ajustar el predicado de nociones como *capacidad* para convertirla en *competencia*, así como reconsiderar las excepciones a principios como el *pacta sunt servanda* y aceptar que, bajo ciertas condiciones, donde están en riesgo los derechos humanos de alguna de las partes, el consentimiento entre estas puede ser retirado (*the right to withdraw consent*). Estos cambios sustantivos en la concepción de los contratos hacen que el predicado legal que del mismo dan cuenta los aún vigentes códigos civiles europeos, no coincida con la reconceptualización del contrato como instrumento para garantizar derechos humanos que priva en la perspectiva del Tribunal de la Justicia de la Unión Europea y su jurisprudencia.³⁴

³⁴ "In sum, contract law, originally devised to regulate patrimonial relationships between individuals, on the basis of formal parity, has changed significantly in terms of content and function. Human rights, as well as those principles established by domestic Constitutions to protect them (such as 'solidarity') are able to integrate with the rules of contract law. Today it would be difficult to argue that the definition of contract as provided by the various European civil codes can cover all such aspects of an agreement. Notions such as the formal equality of contracting parties, assumed contractual capacity, or the immutable nature of agreements, no longer hold the same level of influence. Current legal systems, both national and transnational, ensure that agreements are not aimed simply at enabling patrimonial exchanges: they are now facilitating governance and the implementation of public policies; regulating consent to medical treatments and participation in research activities" Cippitani (2016).

V. Sobre los riesgos de la traslación indiscriminada de los derechos humanos al derecho civil

La lectura de los anteriores apartados puede invitar a pensar —sin ser ese, por supuesto, su propósito— que el ejercicio de asimilación de los derechos humanos al derecho civil sea una tarea sencilla y acabada. Ni lo uno, ni lo otro.

Desde los apuntes introductorios de estas páginas he manifestado mis razonadas reticencias técnico-jurídicas en la materia y, por ende, la necesidad de implementar *a priori* una serie de, al menos, tres criterios que auxilien el bienvenido ejercicio de usufructuar los valores, principios y garantías de los derechos humanos para las relaciones entre particulares, claramente cuando existe entre estos, asimetría económica, política o de otro orden.

Para empezar, una advertencia: es menester tener en cuenta que el entusiasmo y el emocionalismo, tan presentes en el mundo de los derechos humanos en el que muchos legos opinan como doctas autoridades en la materia, puede inducir a la simplona adopción de corrientes, posturas doctrinales o políticas sólo porque están de moda o se consideran de avanzada. Adopción que suele hacerse, desgraciadamente, sin la reflexión y el cuidado que demandan.³⁵

Pues bien, la multidireccionalidad de los derechos humanos es uno de esos territorios donde la pulsión por la imitación de lo supuestamente progresista —propia de operadores jurídicos ignotos o incompetentes, cada vez más comunes entre nosotros, encarnados en entusiastas administradores públicos, jueces y legisladores— produce, a la sazón y con supina alegría, defectuosos y cuestionables criterios jurisprudenciales y sentencias, políticas públicas y leyes cuya emisión dichos operadores justifican amparados en sus buenas intenciones (¿cómo dudarlos?) y en el sacrosanto nombre de los derechos humanos que, suponen, todo lo justifica. Los calificativos que endilgo a esos guisotes jurídicos no son gratuitos, devienen de las corroborables consecuencias negativas que han acarreado y acarrearán en los hechos (y en el derecho, claro). Más aún, su impacto expansivo alcan-

³⁵ Uno de estos casos de adopción indiscriminada de figuras jurídicas “de avanzada”, es el de la justicia transicional, visualizada como una especie de panacea en materia de derechos humanos. Véase al respecto Álvarez Ledesma (2021b).

za a la economía y a los mercados con funestos resultados. Huelgan los ejemplos.

Dadas las consabidas razones de espacio, me ocuparé de mostrar sucintamente un caso, antonomástico por excelencia, de la errónea aplicación de la *Drittwirkung der Grundrechte* o del ‘*contractual enforcement*’ of human rights (según como quiera enfocársele) a los contratos de arrendamiento en la Ciudad de México.

Es el caso que, el 28 de diciembre de 2018 fue aprobada, por el Congreso de la Ciudad de México, y luego publicada el 8 de febrero del año siguiente en su *Gaceta Oficial*, la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías. Esta normativa secundaria complementa los afanes modernizadores y garantistas de la joven Constitución Política de la Ciudad de México, promulgada el 5 de febrero de 2017 y que, en lo particular, pretende reglamentar el punto 4 del artículo 9-E de esa carta magna. Este artículo constitucional prescribe el derecho a la vivienda como parte de los derechos humanos que permitirían hacer de la Ciudad de México una *ciudad solidaria*.³⁶ La disposición de referencia reza así:

E. Derecho a la vivienda

1. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada para sí y su familia, adaptada a sus necesidades.

2. Las autoridades tomarán medidas para que las viviendas reúnan condiciones de accesibilidad, asequibilidad, habitabilidad, adaptación cultural, tamaño suficiente, diseño y ubicación seguros que cuenten con infraestructura y servicios básicos de agua potable, saneamiento, energía y servicios de protección civil.

3. Se impulsarán planes accesibles de financiamiento, medidas para asegurar gastos soportables y la seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda.

4. Se adoptarán medidas, de conformidad con la ley, contra el desalojo arbitrario e ilegal de los ocupantes de la vivienda. (énfasis añadido)

³⁶ El concepto de *solidaridad* es uno de los más complejos e interesantes en el derecho de la Unión Europea y permea la interpretación en el ámbito de los derechos humanos. La idea de hacer de la Ciudad de México, por disposición de su Constitución, una *ciudad solidaria* es afortunada; como desafortunada es, en algunos de sus apartados, la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías que, para no variar, hace una penosa traducción de la idea de solidaridad como demuestra el artículo 60 de dicha Ley. Sobre el concepto de *solidaridad* puede consultarse Cippitani (2010).

Para detallar la aplicación de este artículo, la ley de referencia promulgó, entre otras, una disposición que, para la mayoría —especialistas y no— pasó desapercibida, el artículo 60. Éste, a la letra, rezaba así:

Para evitar que los *desalojos forzosos o lanzamientos violentos*, entre otros *derechos humanos*, el *derecho a una vivienda adecuada*, podrán llevarse a cabo sólo en casos excepcionales. Antes de realizarse, las personas que serán desalojadas tendrán derecho a: no ser discriminadas, que se estudien todas las demás posibilidades que permitan evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza, la debida indemnización en caso de ser privados de bienes y sufrir pérdidas inmateriales, y contar con las debidas garantías procesales

La sola lectura del artículo transcrito, con el énfasis agregado que me permite subrayar lo que de suyo es jurídicamente cuestionable, delata fehacientemente que en el derecho, en general, y en el de los derechos humanos, en particular, el camino hacia el infierno está empedrado de buenas intenciones. El burdo propósito de esa disposición por intentar proteger el *derecho a una vivienda digna* lesionaba claramente y menoscaba tanto la naturaleza de los derechos y obligaciones que conforman los contratos de arrendamiento, como, por extensión, el derecho de propiedad de los arrendadores de inmuebles en la Ciudad de México.

A todas luces, el artículo de marras ofrece material para escribir un tratado de lo que no debe ser la aplicación ni de la *Drittwirkung*, ni del '*contractual enforcement*' of *human rights*. Por ello me limitaré a aplicar para analizarlo, y a guisa de ejemplo, los tres criterios ya enunciados que considero deben tenerse en cuenta cuando se pretende hacer un ejercicio de traslación y/o equiparación de las garantías de los derechos humanos a relaciones jurídicas horizontales. Según apuntamos antes, tales criterios tratan de determinar previo a cualquier decisión en este ámbito, cuál es la naturaleza del derecho humano a aplicar; qué tipo de garantía de derechos humanos, en su caso, debería implementarse; y, qué criterio de graduación de las obligaciones en materia de derechos humanos debe seguirse.

Los referidos criterios deben aplicarse como *tests jurídicos*; cribas para determinar si el concepto o la figura en cuestión pasa la prueba

de aquello que se quiere hacer con éste. De tal guisa, lo que procede es llevar a cabo las preguntas pertinentes y argumentar para responderlas. Inquiriré, utilizando los criterios anotados, acerca de las cuestiones jurídicas más elementales que están implícitas en el predicado de la disposición normativa en análisis, ya que es evidente que las preguntas podrían ser más de una, en la inteligencia de poder argumentar profusamente al respecto. Cabe señalar, finalmente y en torno a tales criterios, *que éstos se hallan entre sí relacionados: sólo si se solventa satisfactoriamente el primero de ellos tiene sentido proseguir con los otros dos*. Es decir, si aplicando el primer test se concluye que la naturaleza o el tipo de derecho humano que se pretende hacer valer en relaciones horizontales no permite su aplicación a otra clase de relaciones jurídicas, carece de sentido lógico proseguir con los dos siguientes. Veamos.

Primer criterio: *criterio de la naturaleza del derecho humano*

Pregunta: ¿El derecho humano a una vivienda digna es un derecho fundamental cuyo predicado puede aplicarse y garantizarse en o a través de relaciones jurídicas entre particulares vía contratos de arrendamiento?

La respuesta en este caso es, no. Las razones, sólo algunas de ellas, son las siguientes:

(1) El derecho humano a una vivienda digna reconocido en el artículo 9-E de la Constitución Política de la Ciudad de México es un derecho humano de tercera generación, es decir, uno cuya satisfacción, en principio y dada su complejidad, es *oponible sólo ante el Estado, no ante los particulares*.

(2) La obligación del Estado, a través de las autoridades administrativas competentes, de diseñar e implementar una política pública en materia de vivienda digna es constitucionalmente indelegable; no puede lícitamente trasladarse a los arrendadores. Éstos, en todo caso, podrán coadyuvar en ese diseño y en la concreción de la política pública en la Ciudad de México, lo cual no releva de la responsabilidad principal a las autoridades facultadas para darle cumplimiento. Ratifican este argumento los puntos 2 y 3 del citado artículo 9-E de la Constitución Política de la Ciudad de México al prescribir obligaciones

directas a las autoridades de esa Ciudad en materia de vivienda digna, mismas que demandarían las correlativas políticas públicas que permitan cumplirlas en los hechos.

(3) La naturaleza de la mayor parte de las obligaciones fijadas en el artículo 60 denotan también lo anterior, en tanto que éstas sólo pueden concretarse —claro— a través de políticas públicas estatales, no de relaciones contractuales, como, por ejemplo, *realizar estudios para determinar las posibilidades de evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza (el desahucio)*. Además, esta obligación no puede jurídicamente garantizarse en instrumentos de derecho privado, ya que su cumplimiento sólo puede satisfacerse a través del *uso de fondos públicos, no de fondos privados*; menos todavía los del arrendador y estipulados en el contrato respectivo.

(4) Otras de las obligaciones establecidas en el artículo 60, como la de “contar con las debidas garantías procesales” o “indemnizar por privación de bienes materiales o pérdidas inmateriales que el desahucio provocaría” resultan ociosas y legislativamente mal reguladas en una ley secundaria de este tipo. Ello es así, toda vez que, por una parte, las garantías procesales en materia de contratos de arrendamiento ya están previstas en la legislación civil de la Ciudad de México y poseen el carácter de normas taxativas. Es decir, las partes no puede renunciar a ellas. Inclusive, de estipularse lo contrario, la cláusula contractual respectiva sería nula de pleno derecho. Por la otra, si en el procedimiento de ejecución del desahucio se provocasen daños materiales o daño moral, ambas circunstancias están ya también previstas en la legislación civil. Por ende, el modo en como dichas obligaciones se regulan en el artículo en análisis deviene redundante y falta de técnica legislativa. Pareciera que se pretenden inaugurar garantías en materia de derechos humanos que los ciudadanos de la Ciudad de México, al menos de *iure*, poseen desde antiguo gracias a providencias del *ius privatum*. ¿Cuál es, entonces, el sentido jurídico y práctico de esa reiteración? ¿Vuelve tales exigencias plasmadas en normas constitucionales secundarias judicializables por vía de procedimientos de ese orden? Evidentemente, no. El cumplimiento de estas obligaciones tendría que hacerse siguiendo las normas previstas en el proceso civil, lo cual quiere decir que su hipotético incumplimiento no

podría impugnarse a través, por ejemplo, de una acción de protección efectiva prevista constitucionalmente en el artículo 36-B, punto 3, de la Constitución local.

(5) La única garantía de derechos humanos, de las prescritas por el artículo 60 en comento, que podría imponerse a los contratos de arrendamiento, sería la de no discriminación. Ésta, sabemos y según hemos visto antes, funciona en los Estados constitucionales de Derecho como un principio que irradia todas las relaciones jurídicas de un Estado de esa naturaleza, y por supuesto, alcanza a las horizontales. Así, por ejemplo, si el arrendador, por razones de raza o religión, pretendiera imponer al arrendatario un monto de renta mayor a los que el mercado, por la oferta y la demanda impone, o quisiese establecer obligaciones adicionales a las contenidas en contratos de arrendamiento análogos, sólo porque la arrendataria es una persona migrante, ambas situaciones implicarían un trato discriminatorio y podría ser alegado por la arrendataria del caso ante la autoridad jurisdiccional.

Claramente, se infiere que nos hallamos, en los supuestos del artículo 60, ante una disposición que pretende aplicar erróneamente criterios de derechos humanos a las relaciones entre particulares a través de los contratos de arrendamiento. Ergo, los *criterios de la naturaleza de la garantía* y de *graduación* ya no son aplicables. Y no lo son porque carece de sentido inquirirse sobre la aplicación a las relaciones entre particulares de un derecho humano cuya naturaleza lo impide. Obviamente, tampoco tendría sentido preguntarse sobre su alcance.

Además, es jurídicamente claro que salvo el principio de no discriminación que es de aplicación directa a las relaciones contractuales entre particulares y que, procesalmente, en caso de incumplimiento, podría hacerse valer ante el juez competente, las demás obligaciones que impone la realización del derecho humano en materia de vivienda digna *no son oponibles ante particulares*.

Por otra parte, no pasa desapercibido que el derecho humano que dicho derecho posee, como estatuto técnico instrumental, es decir, el de derecho fundamental plasmado constitucionalmente como un derecho subjetivo público, deviene intraducible jurídicamente al lenguaje de los derechos subjetivos privados. Las razones esbozadas para

dar respuesta al primer criterio indican que el alcance y la modalidad de los efectos jurídicos y las responsabilidades de aquel derecho humano no es posible hacerlas asumir a un particular en un contrato de arrendamiento. Hay relaciones jurídicas de derecho privado que no devienen asimilables a las de derecho público, o viceversa. Además, tampoco es posible graduar sus efectos con la misma técnica, ni a través de los mismos procedimientos.

Además, tanto desde el punto de vista constitucional como convencional, está proscrito que un derecho humano pueda hacerse valer en detrimento de otro. El artículo 60 hace nugatorios derechos del arrendador respecto del arrendatario, como proceder legalmente contra él (salvo en los casos excepcionales que, por cierto, el artículo de marras no estipula), vía acción de desahucio.³⁷ Por lo tanto, tal disposición vulnera, por ejemplo y para empezar solamente, el artículo 30 de Declaración Universal de Derechos Humanos, misma que señala:

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

No debe olvidarse que, en el caso del derecho a una vivienda digna, y especialmente en los contratos de arrendamiento, uno de los particulares (salvo que quien subarriende no lo sea) suele ser el propietario. Este goza, respecto de los otros particulares, en el ejercicio de un derecho real, de efectivas relaciones jurídicas de coordinación,³⁸

³⁷ En materia de arrendamiento y el incumplimiento de los contratos que lo amparan, el desahucio constituye una figura toral, ya que habilita jurídicamente al arrendador (propietario o no del inmueble) a exigir la desocupación de éste por el incumplimiento en el pago de la renta. Esta figura está regulada por el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México en su artículo 2309, el cual reza: "El juicio de desahucio procederá cuando se reclama la desocupación de un inmueble por falta de pago de más de dos mensualidades". Los abusos de este derecho son sancionables del mismo modo y manera que cualquier otro abuso del derecho, lo cual no autoriza a eliminar dicha garantía civil contractual por ser supuestamente vulneratoria de derechos humanos, toda vez que éstos no operan en este tipo de obligaciones civiles.

³⁸ La estructura de las relaciones jurídicas y de las obligaciones a que dan lugar no es tan simple como a veces una visión superficial de la bilateralidad supone. Hohfeldh lo puso en evidencia al demostrar que debe matizarse entre los conceptos de *opuesto*

reguladas por el derecho de las obligaciones y en relación con las cuales el Estado actúa como árbitro o juez, vigilando que entre las partes prime la legalidad y los principios generales del derecho en pro de relaciones equitativas y armónicas. Y, en su caso, que no se vulneren principios como el de igualdad y, por ende, previniendo y castigando la discriminación.

Argumentar que hay una violación a derechos humanos cuando un particular ejerce legal y legítimamente una acción civil del tipo que sea (entre ellas el desahucio), cuando lícitamente procede por el incumplimiento de una obligación establecida en un contrato de derecho civil, significa, como en este caso que nos ocupa, trastocar la concepción jurídica de los derechos humanos en un Estado garantista. Lo anterior, porque se transgreden criterios técnico-jurídicos que deben considerarse previos a la determinación de la aplicación de derechos humanos a las relaciones entre particulares, haciendo que estos derechos se visualicen como una figura invasiva. Los derechos humanos son un criterio de justicia que abarca todo el ordenamiento jurídico, pero que no es aplicable de forma arbitraria e indiscriminada, sino que está sujeto a reglas de aplicación y de interpretación. Además, debo insistir, su implementación no puede fundarse solamente en el entusiasmo y la buena fe, acompañadas muchas veces de la rusticidad de la autoridad del caso.

Además, en la mayor parte de los contratos de arrendamiento, al menos en la Ciudad de México y salvo casos excepcionales, no se presenta una relación jurídica desproporcional. Generalmente estamos ante particulares que poseen normalmente más de un inmueble y obtienen ingresos principales o adicionales por esa vía, además, por sí mismas, las reglas del mercado, suelen establecer las condiciones del monto de la renta y las garantías (fianzas, depósitos, etcétera) que

jurídico y correlativo jurídico. Por lo tanto, un opuesto jurídico da lugar a un *deber jurídico simple y llano* (el no derecho a interferir con el derecho de propiedad de alguien, por ejemplo); el correlativo jurídico, a su vez, da lugar al surgimiento de una *obligación jurídica*, es decir, una especie de derecho subjetivo que implica diferentes y más profundos efectos jurídicos que surgen, verbigracia, de un contrato o la comisión de un hecho ilícito. El esquema de Hohfeld, por cierto, también desarrollado por Ernesto Gutiérrez y González en materia de obligaciones civiles, permite entender de manera mucho más rica las relaciones jurídicas horizontales. Al respecto puede verse Hohfeld (1991). Una explicación de la teoría de Hohfeld se halla en Álvarez Ledesma (2020, pp. 259-264 y 278-280).

suelen requerirse. Una oferta adecuada de vivienda, que es la que debería propiciar el Estado con una inteligente política pública, reduce sustancialmente las posibilidades de abuso y facilita su acceso a los particulares que la demandan. Política que, como he mostrado, está puntualmente prescrita en el artículo 9 de la Constitución Política de la Ciudad de México.

Afortunadamente, el 7 de mayo de 2019 se aprobó en un proceso legislativo *exprés*, por parte de la Asamblea Legislativa de la CDMX, la modificación del susodicho artículo 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías, dada su evidente inconstitucional e inconventionalidad. Actualmente, ese artículo, con más prurito jurídico, prescribe lo siguiente:

Ninguna persona podrá ser desalojada sin mandamiento judicial emitido de conformidad a las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto.

Las leyes en la materia establecerán los procedimientos y modalidades para garantizar el derecho de audiencia, respetar el debido proceso, y procurar, en todo momento, la mediación y la conciliación; además de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento.

Las personas afectadas por un acto de desalojo podrán solicitar a las autoridades correspondientes, su incorporación a los programas de vivienda.

Todo lo dicho pone en evidencia que el legislador no puede permitir, bajo la supuesta defensa del derecho humano a una vivienda digna, se afecten gravemente otros derechos fundamentales, como el de propiedad, o se le limiten de forma sustancial e inconstitucionalmente los derechos de los arrendadores. Aun aceptando sin conceder que hubiera asimetría entre arrendador y arrendatario, el derecho humano a una vivienda digna no es oponible a otro particular, sino al Estado. Ya se ha visto antes que la carga de su satisfacción en términos de lo prescrito por el artículo 60 supera, con mucho, las posibilidades jurídicas y económicas de la mayoría de los arrendadores.

Sería por demás ocioso enunciar ahora la suma de problemas y efectos negativos que, para los futuros contratos de arrendamiento, el derecho de propiedad en la Ciudad de México y su impacto en la oferta de alquiler de vivienda hubiese conllevado no modificar el multirreferido artículo 60.

VI. Conclusiones

Si partimos del presupuesto de que los derechos humanos son una teoría de la legitimidad política y de la justicia, no tendremos ninguna dificultad en entender que constituyen un paradigma de corrección que abarca la totalidad de las relaciones jurídicas que operan en el ordenamiento jurídico nacional y el derecho internacional, tanto público como privado. De tal guisa, los derechos humanos poseen una naturaleza multidireccional y, por supuesto, comprenden las relaciones jurídicas horizontales.

Empero, esa afirmación debe ser técnicamente matizada, porque es menester partir de un presupuesto adicional, a saber, que la operación o el ejercicio teórico y jurídico de trasladar los efectos positivos de los derechos humanos a otro tipo de relaciones jurídicas para las que originalmente no fueron concebidos requiere la adopción de una serie de providencias. A tales efectos sería conveniente aplicar, previo al antedicho ejercicio o traslación, tres criterios que permitan determinar: (1) si la naturaleza o tipo de derecho humano lo permite; y de permitirlo, (2) el tipo de aplicación, ya directo o indirecta, que ese derecho humano demanda; y, por supuesto, (3) el alcance que debe darse a la susodicha garantía o garantías de derechos humanos entre los particulares involucrados. De lo contrario, puede correrse el riesgo de que una aplicación incorrecta de los derechos humanos a relaciones horizontales afecte otros derechos humanos o fracture los presupuestos y técnica jurídica que operan en las disciplinas del *ius privatum*, vulnerando inadvertidamente aquello que se quería salvaguardar, la equidad y la justicia. Valdría la pena, también en este territorio —como diría Ronald Dworkin— tomarnos los derechos humanos un poco más en serio.

VII. Referencias

Álvarez Ledesma, M. I. (2006). Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia. *Derechos Humanos México; Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 1(1), 9-29.

- Álvarez Ledesma, M. I. (2016a). Derechos humanos y nanotecnología. Sucinta explicación de una relación conceptual necesaria. En F. J. Serrano-Bosquet y M. de la L. Casas Pérez (Eds.), *Nanotecnología. Una aproximación desde las humanidades y las ciencias sociales* (pp. -). Porrúa; Tecnológico de Monterrey.
- Álvarez Ledesma, M. I. (2016b). Un *approach* teórico-funcional a la situación de los derechos humanos en México. *Diritto e Processo, Annuario Giuridico della Università degli Studi di Perugia*, (2016), 5-58.
- Álvarez Ledesma, M. I. (2020). *Introducción al derecho* (4a. ed.). McGraw-Hill.
- Álvarez Ledesma, M. I. (2021a). *Acercas del concepto derechos humanos* (2a. ed.). Poder Judicial de la Ciudad de México, Anales de Jurisprudencia.
- Álvarez Ledesma, M. I. (2021b). *Justicia transicional. Acercamiento crítico*. Porrúa; Escuela Libre de Derecho.
- Bobbio, N. (2014). *L'Età del Diritti*. Einaudi.
- Cippitani, R. (2010). *La solidarietà tra pubblico e privato*. Università degli Studi di Perugia.
- Cippitani, R. (2016). The 'Contractual Enforcement' of Human Rights in Europe. En A. Diver y J. Miller (Eds.), *Justiciability of Human Rights Law in Domestic Jurisdictions* (pp. 307-332). Springer.
- Cippitani, R. (2020). El derecho privado en los tiempos de la integración europea. En J. A. Tito Añamuro (Dir.), *Derecho internacional privado. Un estudio de tratados, proyectos de unificación y leyes modelo* (pp. 61-91). Universidad del Norte.
- Contreras López, R. S. (2020). *Derecho de personas y teoría integral de acto jurídico* (2a. ed.). Porrúa.
- Fairén Guillén, V. (1982). *El defensor del pueblo, ombudsman: parte general* (Tomo I). Centro de Estudios Constitucionales.
- Ferrajoli, L. (2010). Sui fondamenti dei diritti fondamentali. Un approccio multidisciplinare. *Studi sulla Questione Criminale*, 5(2), 11-26.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo* (pp. 13-30). Trotta.
- Filmer, R. (2010). *Patriarca o el poder natural de los reyes* (Á. Rivero, Trad.). Alianza.
- Gangi, C. (1946). *Persone fisiche e persone giuridiche*. Giuffrè.

- García de Enterría, E. (1992). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional* (2a. ed.). Civitas.
- Gutiérrez y González, E. (1995). *El patrimonio*. Porrúa.
- Hohfeld, W. N. (1991). *Conceptos jurídicos fundamentales* (G. Carrió, Trad.). Fontamara.
- Huhn, W. R. (2006). The state action doctrine and the principle of democratic choice. *Hofstra Law Review*, 34(1), 1379-1458. <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol34/iss4/5/>
- Ignatieff, M. (2003). *Los derechos humanos como política e ideología* (F. B. Adell, Trad.). Paidós.
- Mijangos y González, J. (2007). La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, (20), 583-608. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/teoria-realidad/article/view/22783/20348>
- Nipperdey, H. C. (1954). *Dignidad humana*. Duncker y Humblot.
- Nipperdey, H. C. (1961). *Grundrechte und privatrecht*. Scherpe.
- Perlingeri, P. (1983). «Depatrimonializzazione» e diritto civile. *Rassegna di Diritto Civile*, 4(1), 1-5.
- Pizarro, C. (1988). Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la *drittwirkung*. *Gaceta Jurídica*, (221), 7-21.
- Popitz, H. (1986). *Phänomene der Macht: Autorität, Herrschaft, Gewalt, Technik*. J. C. B. Mohr.
- Rawls, J. (1980). *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University.
- Valladares, L. y Santistevan de Noriega, J. (2001). El ombudsman como canal de acceso a la justicia. *Revista IIDH*, (32-33), 35-58. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/1604>
- Vega García, P. de (2002). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*). En M. Carbonell (Coord.), *Derechos fundamentales y Estado; Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 687-707). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Universidad Complutense de Madrid; Fundación de Derecho Público; Fundación Editorial Jurídica Venezolana; Hispamer; Universidad Central de Chile; Universidad Exter-

nado de Colombia; Universidad de Lima. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/340/32.pdf>

Witker V., J. (2016). *Juicios orales y derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4262-juicios-orales-y-derechos-humanos>

La igualdad sustantiva y la patria potestad

Substantive equality and parental authority

Elva Leonor Cárdenas Miranda

 <https://orcid.org/0000-0002-5616-2303>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: cardenas.elva2017@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2023.24.19072>

Recepción: 15 de enero de 2024

Aceptación: 15 de abril de 2024

Resumen: El presente artículo versa sobre la necesidad de reformar el Código Civil para el Distrito Federal, enfocándose en la igualdad sustantiva y la responsabilidad parental. Se destaca que la igualdad entre mujeres y hombres es un derecho humano fundamental, especialmente en el contexto de la protección de los derechos de los niños. Se aboga por la sustitución de la patria potestad por la responsabilidad parental, institución que debe garantizar responsabilidades primordiales comunes hacia los hijos, y que permite a niños y adolescentes acceder a un trato equitativo y oportunidades igualitarias para el ejercicio pleno de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Palabras clave: igualdad, discriminación, patria potestad, convención.

Abstract: This article deals with the need to reform the Civil Code for the Federal District, focusing on substantive equality and parental responsibility. It is emphasized that equality between women and men is a fundamental human right, especially in the context of the protection of children's rights. It advocates the substitution of parental authority for parental responsibility, an institution that should guarantee common primary responsibilities towards children, allowing children and adolescents access to equal treatment and equal opportunities for the full exercise of their human rights and fundamental freedoms.

Keywords: equality, discrimination, parental authority, convention.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Igualdad*. III. *Igualdad sustantiva*. IV. *Antecedentes históricos de la discriminación y la desigualdad entre mujeres y hombres*. V. *La Patria potestad*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El presente artículo aborda el tema de la igualdad sustantiva y la patria potestad, y tiene por objeto subrayar la trascendencia de reformar el Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) para regular la responsabilidad parental en sustitución de la actual patria potestad. Aunque el título octavo, “De la patria potestad” —capítulos I, II y III— del vigente CCDF ha tenido diversas reformas y adiciones, sus disposiciones todavía no se ajustan a los principios de la *doctrina de protección integral de la infancia*, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, la patria potestad es una denominación que no refleja la igualdad sustantiva que debe prevalecer actualmente en su ejercicio.

Para comprobar nuestra hipótesis, a partir del método deductivo, abordamos en primer término las diferencias entre igualdad e igualdad sustantiva para, posteriormente, revisar algunos antecedentes históricos de la discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres, y resaltar los avances en la eliminación de la desigualdad en el marco jurídico internacional, nacional y de la Ciudad de México. En el siguiente apartado analizamos la patria potestad, así como las reformas y adiciones que ha tenido esta institución, para, finalmente, arribar a las conclusiones.

La reforma que se propone va más allá de un cambio de términos; responde a la imperiosa necesidad de modificar de fondo las disposiciones aplicables a esta institución jurídica, que tiene su origen en el derecho romano. En efecto, el ejercicio la patria potestad únicamente se atribuía al padre; sin embargo, en la actualidad, se debe centrar en una responsabilidad compartida con la madre, atendiendo a la igualdad sustantiva y buscando privilegiar el interés superior del niño.

II. Igualdad

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la *igualdad* es un “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones” (Real Academia Española [RAE], s. f. a).

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en su *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, señala que la igual-

dad puede entenderse como principio y como derecho. Como principio, fundamenta y da sentido semántico a todo el andamiaje jurídico —de origen nacional e internacional— y a los actos que derivan de él, ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos y judiciales. Esta dimensión implica que la igualdad debe utilizarse como una guía hermenéutica en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho. Como derecho, la igualdad constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia; es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de los derechos (SCJN, 2015, pp. 29, 30, 32). En suma, la igualdad —como principio y derecho— se traduce en una obligación a cargo del Estado que emana del mandato constitucional y convencional que respalda y fundamenta su actuar.

El *Protocolo* también enfatiza que, para comprender los requerimientos de la igualdad, es necesario aproximarse a ella a partir de una mirada integral, desde su concepción formal, material y estructural. La igualdad formal se contempla en la legislación; principalmente, al reconocer que todas las personas tienen los mismos derechos y obligaciones. La igualdad material alude a que, a pesar del reconocimiento formal, hay otras categorías —como sexo, género, preferencia sexual, raza, religión, entre otras— que determinan que no sea posible que las personas gocen efectivamente de los derechos. Finalmente, la igualdad estructural toma en consideración aquellos factores externos (de sometimiento, inaccesso histórico a los derechos, pertenencia a un grupo discriminado) que restringen las opciones y el poder de decisión autónoma a miembros de grupos tradicionalmente marginados: indígenas, mujeres, adultos mayores, personas de ascendencia africana (SCJN, 2015, pp. 34-35).

Por otro lado, en múltiples situaciones, independientemente del respaldo del marco jurídico, hombres y mujeres reciben un trato diferenciado. Por lo tanto, la igualdad también significa no recibir un trato discriminatorio. Esto se debe a que el derecho humano a la igualdad está estrechamente relacionado con el derecho a la no discriminación. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce, en su artículo 1o., no sólo el principio de igualdad formal, sino también la prohibición a toda forma de discriminación.

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

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

[...]

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

Por su parte, el artículo 4o. determina que “La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. De esta manera, podemos desprender que la igualdad formal está reconocida en nuestra carta magna. No obstante, no es suficiente. Es imprescindible alcanzar la igualdad sustantiva, que debe traducirse en tener las mismas oportunidades; como analizaremos en el apartado siguiente.

III. Igualdad sustantiva

Es importante destacar que no sólo se requiere una igualdad formal de derechos entre hombres y mujeres; la igualdad sustantiva implica que las mujeres tengan las mismas oportunidades en relación con los hombres, e igual acceso a estas oportunidades para estar en posibilidad de obtener la igualdad de resultados.

En consonancia con lo anterior, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (LGIMH) reconoce, en su artículo 1o., que el objeto de la ley es “regular y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la Nación hacia el cumplimien-

to de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado” (LGIMH, 2006, art. 1). Más adelante, el artículo 5, fracción V, define la igualdad sustantiva como “El acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

En el ámbito local, la Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres de la Ciudad de México (LISMHCM), dispone en su artículo 1o., que su objeto es “regular, proteger y garantizar el cumplimiento de obligaciones en materia de igualdad sustantiva entre el hombre y la mujer, mediante la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en los ámbitos público y privado”, así como establecer acciones afirmativas a favor de las mujeres (LISMHCM, 2007, art. 1o.). Los principios rectores de esta ley son

la igualdad sustantiva, la equidad de género, la no discriminación y todos aquellos aplicables contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución Política de la Ciudad de México, Tratados e instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, la legislación federal y de la Ciudad de México. (LISMHCM, 2007, art. 2o.)

En el marco del sistema universal de los derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (DUDH, 1948, art. 1o.). Mientras que el artículo 7o. indica que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección, contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (DUDH, 1948, art. 7o.).

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW (1979), desde su preámbulo destaca la importancia de favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. También enfatiza que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, y dificulta su participación en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social económica y cultural de su país.

De allí que, en su artículo 3o., inste a los países que la ratifican a adoptar todas aquellas medidas apropiadas, incluyendo las de ca-

rácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. El artículo 4 de esta Convención, en su párrafo 1, señala:

1. La adopción por los Estados Parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Con la finalidad de tratar de aclarar la naturaleza y el significado del párrafo 1 del artículo 4o. de la Convención, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1999) emitió, en su vigésimo periodo de sesiones, la Recomendación General núm. 25, cuyo párrafo 8 señala:

En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático, puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre.

Alda Facio, una jurista reconocida a nivel internacional por sus aportes a estudios de género y derecho, reitera que

la igualdad que busca la CEDAW no es igualar a las mujeres con los hombres, sino una igualdad en el reconocimiento goce y ejercicio de los derechos humanos de ambos. Para ello se debe lograr la igualdad de oportunidades, la igualdad en el acceso a las oportunidades y la igualdad de resultados. Esto implica que, en algunas ocasiones, dependiendo del impacto de los factores biológicos y sociales, las mujeres tendrán que ser tratadas idénticamente a los hombres y en otras ocasiones se tendrá que tratar a hombres y mujeres de forma distinta. (2006, pp. 38-39)

IV. Antecedentes históricos de la discriminación y la desigualdad entre mujeres y hombres. Avances para su eliminación en la legislación

Desde tiempos remotos, la mujer ha sido discriminada y colocada en un grado de inferioridad ante el hombre. Esta afirmación se sustenta con sólo revisar algunos pasajes de la historia del mundo y de nuestro país. En la antigua Grecia, las mujeres eran consideradas inferiores a los hombres, y estaban sometidas primero a la autoridad paterna y, una vez casadas, a la del esposo. Los principales filósofos griegos se referían a la mujer de manera despectiva. Como afirma Martha Patricia Irigoyen (2006),

En Roma, el sexo femenino existía sólo en el orden natural, como las plantas, la tierra cultivable o los animales de tiro y de carga. Su protagonismo histórico se identifica por razón de un destino: servir al amo y asegurar a éste la continuidad de su sistema potestativo. (p. 29)

La Revolución francesa de 1789 no sólo marcó el fin del viejo régimen, también implicó consecuencias jurídicas, sociales y políticas que se plasmaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. La Declaración, en su artículo primero, planteó la igualdad jurídica, pero sólo hizo referencia al hombre, no al término *personas*. Ante esta omisión, en 1791, Olimpia de Gouges redactó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, en la que denunció que la Revolución había olvidado a las mujeres en su proyecto igualitario y liberador. Como consecuencia de su pronunciamiento, fue guillotizada en 1793 (Irigoyen, 2006, p. 29).

Aunque el código civil de los franceses, o *Code Napoléon* de 1804, es el resultado de una especie de síntesis entre las ideas revolucionarias que deseaban cambiar la sociedad a través de las leyes y la necesidad de mantener las tradiciones y costumbres sociales que persistían después de los excesos y convulsiones de la Revolución, con respecto a la mujer olvidó sus postulados de igualdad y libertad. En consonancia con lo anterior, consagró la negación de los derechos de la mujer y decretó su total subordinación al varón (Talciani Hernán, 2004, pp. 51, 56 y 57). En su artículo 213, estableció que “El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido”.

En México, en la época prehispánica, la mujer mexicana dependía totalmente del padre o marido, aunque ocupaba un lugar preciso en la producción de acuerdo con la división del trabajo que le asignaba labores domésticas en la cocina, el hilado y tejido, la agricultura y la domesticación de animales. Su educación era impartida por la madre y versaba sobre las labores del hogar y el culto a los dioses. Con el Virreinato la situación no se modificó, pues se consideró a la mujer como encargada de su casa; la herencia indígena, aunada a la española, preservó la autoridad masculina.

Durante la primera mitad del siglo sólo se reconocía el matrimonio religioso; el divorcio se consideraba como separación de cuerpos. En muchos casos la esposa era víctima de violencia; sin embargo, debía soportar silenciosamente su calvario por temor al rechazo social que implicaba un divorcio.

El presidente Benito Juárez promulgó la Ley del Matrimonio Civil, el 23 de julio de 1859, con la finalidad de terminar con la injerencia que hasta entonces había tenido la Iglesia católica. Con esta ley se confirió una naturaleza contractual al matrimonio y se estableció su celebración ante la autoridad civil (Rico, 2020, p. 53). Sin embargo, en el código civil de 1870, el predominio del marido era definitivo, como puede desprenderse de la lectura de los numerales siguientes: “La mujer debe vivir con el marido” (artículo 199); “El domicilio de la mujer casada, si no está legalmente separada de su marido, es el de éste” (artículo 132); “El marido debe proteger a la mujer, ésta debe obedecer a aquel, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y la administración de los bienes” (artículo 201) (Chávez Ascencio, 1994, p. 386). El código civil de 1884 reitera que el matrimonio es un contrato. Este código representa la continuidad del código civil de 1870, y no incorporó avances significativos para los derechos de las mujeres, reflejando solamente cambios de trascendencia en materia sucesoria.

En su carácter de primer jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, Venustiano Carranza promulgó la Ley del Divorcio Vincular (1914) y la Ley sobre Relaciones Familiares (1917). Desde su parte considerativa, esta ley denota la postura de dejar atrás las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico con base en la autoridad absoluta del *pater familias* sobre los hijos y la mujer, por lo que señaló:

Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad de éstos y no en el imperio que como resultado de la *manus* romana ha otorgado al marido.

Por todo lo cual se ha creído conveniente determinar de un modo expreso que ambos cónyuges tienen derecho a consideraciones iguales en el seno del hogar [...]

En congruencia con lo anterior, el artículo 43 de esta ley concretó:

Artículo 43. El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo mismo, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928, incorporó una exposición de motivos alentadora para la igualdad del varón y la mujer. Dentro del Libro Primero, “De las personas”, el legislador expuso:

La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria en vista de la fuerza arrolladora adquirida por el movimiento feminista. Actualmente, la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales, y en muchos países toman parte en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil sustentada en el código anterior.

En su artículo 2o. determinó que “La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles”.

Actualmente, el artículo 2o. del Código Civil Federal vigente conserva la misma redacción, pero es de hacerse notar que no hace alusión a la igualdad, sino a la capacidad jurídica, por lo que, en opinión de José de Jesús Ledesma (2013, p. 6), “es preferible la redacción del Código Civil para el Distrito Federal que parece exagerar de ejemplificativa”, ya que éste determina:

Artículo 2o. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad, género, expresión de rol de posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.

Adicionalmente, en el Código Civil para el Distrito Federal encontramos otras disposiciones relacionadas con la igualdad, específicamente en el Capítulo III, “De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio”. Es importante considerar que el matrimonio puede celebrarse entre personas de diferente o del mismo sexo, según la reforma de 2009, que suprimió —de la definición de matrimonio— la referencia “hombre y mujer” e incorporó “dos personas”, publicada en la *Gaceta de Gobierno del Distrito Federal* el 29 de diciembre de 2009. En este tenor tenemos:

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

[...]

Artículo 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges en el cual disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales.

Respecto a la atención de las necesidades, sostenimiento del hogar, alimentación y educación de los hijos, el artículo 164 señala la igualdad de obligaciones entre cónyuges, con la siguiente excepción:

Artículo 164. Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independiente de su aportación económica para el sostenimiento del hogar.

En relación con la formación y educación de los hijos, el artículo 168 reitera la igualdad de obligaciones para ambos cónyuges:

Artículo 168. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

V. La patria potestad

Siguiendo las definiciones que nos proporciona el *Diccionario de la lengua española*, el término *potestad* significa “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”; mientras que *patria potestad* es el “conjunto de deberes y derechos que conforme a la ley tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados” (RAE, s. f. b).

De lo anterior se desprende, en primer término, el poder y dominio que imperó en la Roma antigua. En el derecho civil romano se reservaba, a favor del varón, libre, ciudadano romano e independiente, un *imperium* doméstico familiar que la ley reconocía como *potestas*, de modo que se convertía en el *paterfamilias*. Es aquí donde encontramos el origen de la patria potestad como un poder jurídico ilimitado, que se debía ejercer con las facultades absolutas que el *paterfamilias* tenía sobre sus hijos, con el fin de corregir, vender e, incluso, matar a su descendiente si así lo ameritaba la circunstancia.

Sin embargo, la patria potestad ha evolucionado hasta nuestros días y se ha convertido en una institución protectora de los derechos de los niños que, como se indicó líneas arriba, se ejerce de manera conjunta entre los progenitores. De allí que, como afirma Saldaña Pérez (2014, p. 255):

Hoy en día, la patria potestad no se configura como un derecho exclusivo del padre, ni mucho menos como un poder disciplinario o de disposición de la persona de los hijos, hemos de abandonar la vieja concepción que se tenía en la antigüedad, actualmente no se ejerce solo por el padre,

la ejercen de manera conjunta ambos progenitores, por tanto, ni es “*pater*” ni es “*potestas*”.

En ese mismo sentido se pronuncian Nicolás Espejo Yaksic y Daniel Delgado Ávila cuando sostienen: “afirmamos que, aun cuando se siga utilizando en algunos sistemas legales contemporáneos, la institución de la patria potestad ha perdido toda relación substancial con su origen conceptual o etimología” (2022, p. 298). En la patria potestad, la *patria* (padre) ha dejado de serlo, puesto que el poder exclusivo del padre es distribuido de manera equitativa a padres y madres. De igual modo, en la patria potestad la “potestad” (poder discrecional) del padre ha sido desplazada por las ideas de autoridad o responsabilidad, los cuales se justifican y ejercen en función de deberes orientados al bienestar y los derechos de los hijos (Espejo Yaksic y Delgado Ávila, 2022, p. 299).

En opinión del autor argentino Mauricio Luis Mizrahi, la denominación “patria potestad” es desafortunada, ya que, independientemente del tema semántico, es importante analizar que la autoridad se conecta con el poder mientras que la responsabilidad —palabra que le parece más adecuada— es inherente al deber. El poder evoca la potestad romana y pone acento en la dependencia del niño. Por su parte, el deber, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno y materno de orientar al hijo en el camino de la autonomía progresiva; esto es, que la directiva que deberán impartirle a sus hijos sea de conformidad con la evolución de sus facultades, tal como lo prevé el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que citamos más adelante (Mizrahi, 2018, pp. 237, 239, 240).

Para Rachel Taylor, una autora inglesa, el cambio de lenguaje por el que se sustituyen los “derechos parentales” por “responsabilidad parental” tiene una enorme importancia simbólica, ya que se considera que los niños no son una posesión de los padres, sino los beneficiarios de la responsabilidad de ellos (Taylor, 2019, p. 238).

Por fortuna, atrás han quedado aquellas concepciones equívocas en las que se considera a los niños como objetos; hoy se les concibe plenamente como sujetos de derechos que, además, tienen derecho a recibir cuidados y asistencia especiales. Este cambio trascendente es una de las grandes aportaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, un instrumento internacional adoptado por la Asam-

blea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En efecto, dicha Convención reconoce derechos a niñas y niños; los considera como individuos, titulares de derechos. Este cambio refuerza el reconocimiento de la dignidad humana de este grupo, así como la necesidad de garantizar desarrollo y protección integral.

Para Daniel O'Donnell (2006, pp. 1 y 3), la protección integral, a la que alude la Convención sobre los Derechos del Niño, detonó un intenso proceso de reforma legislativa en América Latina; lo que llevó a la transformación del concepto de protección integral en una *doctrina de protección integral*. Así, siguiendo el criterio de O'Donnell, tres son las bases sobre las cuales se construye la doctrina de protección integral: el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial, y el derecho a condiciones que permitan su desarrollo integral. También agrega un cuarto elemento esencial: el principio de la unidad de la familia y la corresponsabilidad de la familia, Estado y comunidad en la protección de los derechos del niño.

En referencia específica a la responsabilidad de padres y madres en la crianza de los hijos, el texto de los artículos 3, 5, 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos de Niño establecen literalmente:

Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

[...]

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 18

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

[...]

Artículo 27

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

[...]

Estas disposiciones dan sustento a la doctrina de la protección integral. Pero también corroboran el hecho de que hombres y mujeres tienen responsabilidades primordiales comunes hacia sus hijos; como lo señala la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que enmarca la igualdad sustantiva en el ejercicio de sus deberes de crianza.

Así lo confirma en su artículo 16, inciso d) que mandata a los Estados parte:

Artículo 16.

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...]

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

En México, la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada en 1990, y se inició en nuestro país el proceso de adecuación legislativa a principios de ese mismo año. En 2011 se reformó y adicionó el artículo 4o. constitucional, para elevar a rango constitucional el interés superior de la niñez y garantizar el derecho de niños y niñas a su desarrollo integral:

Artículo 4o.

[...]

En todas las decisiones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Asimismo, se estableció que los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar el cumplimiento de estos derechos y principios.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley reglamentaria de estos párrafos del artículo 4o. constitucional, se publicó en 2014. Este ordenamiento tiene por objeto: reconocer a las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, de conformidad con los principios de derechos humanos previstos en el artículo 1o. de la Constitución; garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; establecer los principios rectores y criterios que orientan la política nacional en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes; organizar la concurrencia y bases de colaboración entre los diferentes niveles de gobierno, y establecer las bases generales para la participación de los sectores privado y social en las acciones tendientes a garantizar su protección y el ejercicio de sus derechos. La referencia a la patria potestad la encontramos en diferentes artículos, sólo por mencionar uno de éstos, transcribimos el artículo 44.

Artículo 44. Corresponde a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes, la obligación primordial de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida suficientes para su sano desarrollo [...]

La igualdad sustantiva es uno de los principios rectores de esta ley, y en el capítulo quinto incorporó el derecho de niñas, niños y adolescentes a acceder al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Esta ley ha tenido diferentes reformas y adiciones, dentro de estas cabe mencionar la adición de una fracción VIII al artículo 47 —mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y del Código Federal publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 2021— que obliga a las autoridades de todos los niveles de gobierno a tomar todas las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos en que niñas, niños y adolescentes se vean afectados por castigos corporales. Con lo anterior se refrenda que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y crianza de su madre, padre o de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia.

De igual manera, se reformó la fracción IV del artículo 105, para prohibir que quienes tengan trato con niñas, niños y adolescentes no ejerzan cualquier tipo de violencia en su contra. Mediante este mismo Decreto se reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Civil Federal, para hacer valer el derecho de las niñas, niños y adolescentes a un sano desarrollo, libre de violencia; además se prohibió cualquier castigo corporal o tipo de trato humillante y eliminando el derecho de corrección en el que se justificaron los excesos del ejercicio de la patria potestad.

Con estas reformas, el Estado mexicano atendió la Observación General núm. 8, “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradante”, emitida por el Comité de los Derechos del Niño (2006) y en la que exhortó a los Estados Partes de la Convención a eliminar los castigos violentos y humillantes de los niños, mediante una reforma a la legislación.

En las legislaciones de cada entidad federativa la patria potestad se encuentra regulada en sus códigos civiles y familiares, como una institución jurídica derivada de la filiación. En el CCDF está contemplada en el título octavo, capítulos I, II y III, artículos 411 a 448.

En estos capítulos se atienden los efectos de la patria potestad, respecto de la persona de los hijos; los efectos de la patria potestad,

respecto de los bienes del hijo; y la pérdida, suspensión limitación y terminación de la patria potestad, respectivamente.

Algunos de los artículos que integran estos capítulos han sido reformados en aras de armonizar estas disposiciones con los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, así como con la legislación secundaria que se ha promulgado para garantizar la protección de los derechos de las niñas y niños. Dentro de estas reformas y adiciones al título octavo, capítulos I, II y III, del CCDF tenemos las publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* los días: 9 de enero de 1954, 30 de diciembre de 1997 y 28 de enero de 1970; en *Gaceta de Gobierno del Distrito Federal* los días: 25 de mayo de 2000, 9 de junio de 2004, 2 de febrero de 2007, 24 de junio de 2011, 1o. de junio de 2012, 18 de junio de 2013, 18 de diciembre de 2014, 13 de julio de 2016, 10 de junio de 2022, 10 de mayo de 2023 y 4 de agosto de 2023.

Empero, todavía subsisten disposiciones que no resultan acordes con la doctrina de la protección integral de la Convención sobre los Derechos de Niño; y, por otra parte, desde su denominación, no reconocen la igualdad de derechos y oportunidades de ambos géneros en su ejercicio.

Tan sólo por citar algunos ejemplos, el artículo 423 del CCDF refiere que quienes ejerzan la patria potestad tienen la facultad de corregirlos, aunque en el siguiente párrafo detalla que la facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica. En opinión del Comité de los Derechos del Niño, la sola mención de la facultad de corrección, implica una justificación para el uso de cierto grado de violencia a fin de “disciplinar” a los niños, por lo que ha conminado a los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño (2006, párr. 31) a eliminar de toda disposición que permita cierto grado violencia contra los niños.

Así, también las referencias a la “emancipación”, previstas en los artículos 412 y 442, deberán ser eliminadas, en virtud de la reforma de 2016 al artículo 148 del CCDF que fijó los 18 años como una edad mínima para contraer matrimonio, por lo que, en consecuencia, se eliminaron las excepciones de minoría de edad que ameritaban dispensa.

En el texto del artículo 413 se menciona la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común

y para toda la República en Materia Federal de 1991, una ley abrogada el 16 de junio de 2016, que respondía a la *doctrina de la situación irregular*, la cual contraviene la doctrina de protección integral.

Algunos países han realizado las adecuaciones conducentes a incorporar la responsabilidad parental. Tal es el caso de Argentina, que en su Código Civil y Comercial en el artículo 638, señala:

Artículo 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Y, en su artículo 639, establece los principios generales de esta responsabilidad parental:

Artículo 639.- Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- a) El interés superior del niño;
- b) La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en la ejecución de los derechos de los hijos;
- c) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Como podemos observar, la legislación civil argentina refleja la concepción actual de lo que debe ser el ejercicio del deber de ambos progenitores en la formación de los hijos.

No obstante, en nuestro país no hemos logrado concretar las reformas correspondientes. Los códigos civiles y familiares vigentes siguen contemplando la patria potestad.

VI. Conclusiones

La participación creciente de la mujer en los diferentes ámbitos sociales ha impulsado su empoderamiento, lo que les ha permitido superar

algunas de las desigualdades ancestrales de las que dimos cuenta en líneas anteriores. Las diferentes reformas legislativas son prueba de ello. No obstante, en materia familiar encontramos rezagos; uno de ellos se relaciona con el ejercicio de la patria potestad.

La igualdad entre mujeres y hombres es un derecho humano que nuestra carta magna establece en sus artículos 1o. y 4o., lo que debe reflejarse en tener efectivamente las mismas oportunidades en todos los ámbitos. La familia, como espacio primordial para la crianza de los hijos y su desarrollo integral, es uno de estos ámbitos.

En este sentido, la figura de la responsabilidad parental significa el reconocimiento de los deberes compartidos entre el padre y la madre, lo que contribuye a fortalecer la igualdad sustantiva.

Independientemente de que se han realizado reformas a la institución de la patria potestad en el CCDF, se considera que el título octavo, y sus respectivos capítulos, deben ser reformados para incorporar la figura de la responsabilidad parental, en sustitución de la patria potestad. Porque, más allá de la connotación semántica, sus alcances y ejercicio han evolucionado; son diferentes a la institución creada bajo la tradición romanista, donde imperaba el dominio del padre.

El cambio terminológico y normativo implicaría seguir avanzando en la eliminación de la familia patriarcal, en la que el padre ostentaba un poder sin límite sobre los hijos; y, por otra parte, reconocer la igualdad sustantiva de ambos progenitores en la crianza de los hijos, con base en su interés superior.

VII. Bibliografía

Chávez Ascencio, M. F. (1994). La familia en la legislación mexicana. *Jurídica; Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (23), 381-412.

Código Civil Federal (México). Última reforma publicada el 11 de enero de 2021. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf

Código Civil para el Distrito Federal (México). Última reforma publicada el 4 de agosto de 2021. https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/codigos/CODIGO_CIVIL_PARA_EL_DF_3.2.pdf

- Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf
- Comité de los Derechos del Niño. (2006). *Observación General núm. 8: El derecho del Niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*. UNICEF.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1999). *Recomendación General No. 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW*. [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 2021. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (1979). https://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contra_la_mujer.pdf
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Decreto de publicación DOF 25 de enero de 1991, entrada en vigor internacional, 2 de septiembre de 1990, entrada en vigor para México, 21 de octubre de 1990. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Corral Talciani, H. (2004). La familia en el Código Civil francés y en el Código Civil chileno. En I. Henríquez Herrera y H. Corral Talciani (Eds.), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855; Influencias, confluencias, divergencias* (pp. 51-67). Universidad de los Andes. <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extensi%C3%B3n-Jur%C3%ADdica-N%C2%B0-9-El-C%C3%B3digo-Civil-Franc%C3%A9s-de-1804-y-el-C%C3%B3digo-Civil-Chileno-de-1855.-Influencias-Conf-4.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 217A (III), del 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y del

- Código Federal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 2021.
- Espejo Yaksic, N. y Delgado Ávila, D. (2022). La responsabilidad parental en el sistema jurídico mexicano. En S. del C. Treviño y A. M. Ibarra Olguín (Eds.), *Curso de derecho y familia* (pp. 295-319). Tirant lo Blanch; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/curso-de-derecho-y-familia>
- Facio Montejó, A. (2006). La igualdad substantiva: un paradigma emergente en la ciencia jurídica. *Revista Sexología y Sociedad*, 14(37), 24-39. <https://revsexologiaysociedad.sld.cu/index.php/sexologiaysociedad/article/view/354/407>
- Irigoyen, M. P. (2006). *Historia del feminismo; una visión de género es de justicia*. Agencia Española de Cooperación Internacional.
- Ledesma, J. (2013). Comentario al artículo 2o. del Código Civil Federal. En R. M. Álvarez de Lara (Coord.), *Código Civil Federal comentado* (pp. 5-6). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12180>
- Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal (México). *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 15 de mayo de 2007 (última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 9 de agosto de 2013).
- Ley del Divorcio Vincular (México). (1914). <https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/1-Leydel29-dic-1914.pdf>
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (México). *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014 (última reforma publicada el 11 de diciembre de 2023). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf>
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (México). *Diario Oficial de la Federación*, 2 de agosto de 2006 (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2018).
- Ley sobre Relaciones Familiares (México). (1917). <https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf> (fecha de consulta: 7 de marzo de 2024).

- Mizrahi, M. L. (2018). *Responsabilidad parental: cuidado personal y comunicación con los hijos* (2a. reimpr.). Astrea.
- O'Donnell, D. (2006). La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. En J. C. Gutiérrez Contreras (Coord.), *Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes* (pp. 119-161). Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/28233>
- Real Academia Española (RAE). (s. f. a). Igualdad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 6 de marzo de 2024 de <https://dle.rae.es/igualdad?m=form>
- Real Academia Española (RAE). (s. f. b). Potestad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 6 de marzo de 2024 <https://dle.rae.es/potestad?m=form#3DMrbdM>
- Rico Álvarez, F. (2020). *Relaciones jurídicas familiares: familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*. Porrúa.
- Saldaña Pérez, J. (2014). La patria potestad en la actualidad. En J. A. Domínguez Martínez y J. A. Sánchez Barroso (Coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa* (pp. 251-269). Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/16.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2015). *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo realidad el derecho a la Igualdad* (2a. ed.). https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf
- Taylor, R. (2019). La responsabilidad parental en la Constitución británica. El caso Charlie Gard. En N. Espejo Yaksic y A. M. Ibarra Olguín (Eds.), *La constitucionalización del derecho de familia; perspectivas comparadas* (pp. 229-275). Tirant lo Blanch; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.

Los derechos patrimoniales, económicos y morales, derivados de la filiación, en el marco del derecho positivo mexicano, partiendo de la regulación contenida en el Código Civil para el Distrito Federal, publicado el 25 de mayo de 2000

The patrimonial, economic and moral rights derived from filiation, within the framework of Mexican positive law, starting from the regulation contained in the Civil Code for the Federal District, published on May 25, 2000

Raquel Sandra Contreras López

 <https://orcid.org/0000-0001-6181-0603>

Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: raquelcontreras59@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2023.24.19167>

Recepción: 15 de enero de 2024

Aceptación: 20 de mayo de 2024

Resumen: En el presente artículo se analizan las reformas al Código Civil del Distrito Federal de 1928, realizadas por la Asamblea Legislativa en el año 2000. Estas modificaciones, centradas en el derecho civil familiar, tuvieron como objetivo establecer igualdad entre los descendientes, independientemente del estado civil de sus progenitores. Se enfocaron en la regulación de la filiación y sus presunciones, tanto para descendientes nacidos dentro como fuera del matrimonio, y su reconocimiento. Sin embargo, las reformas no lograron plenamente sus objetivos de igualdad. También se explora el impacto de estos cambios en los atributos jurídicos de la persona física, tales como el nombre, la capacidad jurídica, el estado civil, el domicilio y el patrimonio, fundamentales para el reconocimiento del individuo en el sistema jurídico. Además, se analiza cada uno de los derechos que derivan de la filiación, como los derechos patrimoniales, económicos y morales.

Palabras clave: igualdad, filiación, derechos patrimoniales, derechos económicos, derechos morales.

Abstract: This article analyzes the amendments to the Civil Code of the Federal District of 1928 made by the Legislative Assembly in 2000. These amendments, focused on family civil law, were aimed at establishing equality among descendants, regardless of the marital status of their parents. They focused on the regulation of filiation and its presumptions, both for descendants born in and out of wedlock, and their recognition. However, the reforms did not fully achieve their equality objectives. The impact of these changes on the legal attributes of the natural person, such as name, legal capacity, civil status, domicile and patrimony, which are fundamental elements for the recognition of the individual in the legal system, is also explored. In addition, each of the rights deriving from filiation, such as patrimonial, economic and moral rights, are analyzed.

Keywords: equality, filiation, patrimonial rights, economic rights, moral rights.

Sumario: I. *Planteamiento del problema.* II. *Fundamento teórico.* III. *Análisis sustantivo del problema.* IV. *Bibliografía.*

I. Planteamiento del problema

Con la autonomía del Poder Judicial del entonces Distrito Federal — hoy Ciudad de México— y la creación de la Asamblea Legislativa, y el inicio de actividades legislativas a través de su Primera Legislatura en el año 2000, los integrantes de dicha asamblea, sin facultades constitucionales para ello, hicieron una serie de reformas al entonces Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, publicado en el año 1928. Las reformas eran de competencia federal, a través de los integrantes del Congreso de la Unión, las cuales fueron publicadas el 25 de mayo de 2000 en la *Gaceta Oficial* del entonces Distrito Federal.

Las reformas mencionadas se referían, principalmente, a la normatividad concerniente al derecho civil para la familia, con la finalidad de lograr una supuesta igualdad entre los descendientes, de forma que no se tuviera en cuenta, en la regulación concerniente a temas como la filiación, el criterio relativo al estado civil de sus progenitores, esto es, de si habían nacido de un matrimonio o fuera de él. Sin embargo, a pesar de las modificaciones, adiciones y derogaciones a la normatividad relativa a la filiación, y a sus efectos jurídicos, de forma desafortunada, en mi opinión, no se logró el objetivo buscado por los legisladores de la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, como lo hago ver adelante.

II. Fundamento teórico

Los temas sobre los que versó la reforma al Código Civil, de aplicación para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, llevada a cabo en el año 2000, fueron fundamentalmente con respecto a los temas de filiación, y las presunciones con relación a ella, tanto de descendientes nacidos de matrimonio como fuera de dicha relación convencional y su reconocimiento. En forma indudable, el tema de la filiación es una noción vinculada con la persona física; de ahí su vinculación con sus atributos jurídicos, a los que me refiero enseguida.

La persona física, como sujeto de derecho creado por el sistema jurídico, tiene una serie de atributos, como son el nombre, la capacidad jurídica, el estado civil, el domicilio, y el patrimonio. Por lo tanto, deberán entenderse por atributos las cualidades o derechos subjetivos mínimos, que un Estado moderno deberá reconocer y regular como parte de su sistema jurídico básico y fundamental (Contreras, 2020, p. 87).

En cuanto al atributo del nombre, este identifica e individualiza al ser humano con relación a cualquier otro individuo, a través de un nombre o nombres de pila y de los apellidos paternos respectivos, tanto del padre como de la madre, en el orden que los progenitores lo determinen en el momento del registro del descendiente.

Los apellidos paternos, tanto del padre como de la madre, además de ser una consecuencia de la filiación, determinarán a favor del descendiente el vínculo jurídico consanguíneo con relación a la familia consanguínea de sus progenitores. Esto es, establecerán el parentesco consanguíneo, consecuencia de compartir un vínculo de sangre común; o bien, un parentesco que surge a partir de la presunción de pleno derecho del legislador, con motivo del empleo de las técnicas de reproducción asistida, e incluso, de la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, conocida como maternidad subrogada y que prefiero, por razones de técnica jurídica, denominar “maternidad sustituta o gestante (Contreras, 2014, pp. 319-336); como también, asimismo, de la adopción plena, y finalmente, de la declaración judicial. Lo anterior, conforme a lo previsto en forma principal en los artículos 291 y 360 del Código Civil para el Distrito Federal, actual Ciudad de México.

Las presunciones de pleno derecho son producto de la *ficción jurídica*, una de las técnicas legislativas utilizadas por el legislador para obtener, a través de una norma general e hipotética, efectos jurídicos que de otra manera no se podrían lograr. Y se podría decir que ello es innecesario, como en su momento fue dicho por los detractores de la teoría de la ficción, defendida, entre otros, por Ducrocq (Rojina, 2011, p. 117), Savigny, Puchta, Boking, Barón, Unger (Ferrara, 2008, p. 54), en lo concerniente a la construcción y sistematización de la persona moral como sujeto de derecho. Entre otros antificcionalistas, se encuentra a Gierke (Rojina, 2011, p. 126), y posteriormente, a León Duguit (1912, pp. 61-79), quien fuera defensor de la teoría de la socialización del derecho y de la propia función social, corriente jurídica que influyera en forma determinante en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en 1917. Tal influencia se dirigió principalmente al contenido de los artículos 27 y 130; y más adelante a la elaboración del Código Civil, publicado en 1928, y que, por cuestiones de carácter político, comenzara a producir sus efectos jurídicos en el año 1932.

Si bien la teoría de la ficción ha tenido destacados detractores, es la base de creación de las nociones jurídicas fundamentales, verbi-gracia, las concernientes a la persona moral, a la representación y a la incorporación de un valor económico a un simple papel, entre otras muchas nociones jurídicas.

La persona física como sujeto de derecho —a partir de que nace en los términos previstos en el artículo 337 de los códigos civiles federal y local de la Ciudad de México, publicados en el año 2000, esto es, cuando el ser humano nace vivo y viable por desprenderse enteramente del seno materno, durante 24 horas, o bien, en ese plazo es presentado vivo para su registro ante el Juez del Registro Civil— tiene como parte de sus atributos, o derechos subjetivos mínimos, la capacidad jurídica. Es decir, la aptitud de ser titular de derechos subjetivos y deberes jurídicos, considerados ambos en un sentido amplio; y con la aptitud de hacerlos valer por propio derecho o a través de un representante designado por disposición del legislador o mediante un acto de voluntad, ya sea mediante una declaración unilateral de voluntad llamada poder, o bien, por medio de un contrato de mandato (Contreras, 2020, pp. 93-94).

Es necesario tener presente que tanto los derechos como los deberes jurídicos —consecuencias necesarias de todo hecho jurídico en

sentido amplio, ya se trate este de conductas del ser humano o de eventos de la naturaleza— constituyen, a su vez, subgéneros integrados con dos especies correlativas, tanto por deberes y derechos jurídicos en un sentido estricto, como por obligaciones y derechos de crédito en un sentido amplio. Y, como toda especie, comparten una esencia común con el género y entre ellas, pero con sus diferencias específicas. (Gutiérrez y González, 2020, pp. 35-80)

Respecto al atributo del estado civil, él mismo es una especie del estado jurídico, entendiéndose por este la situación jurídica que guarda o tiene una persona física con relación a la familia de la que forma parte, lo que se deriva del parentesco consanguíneo, afinidad o civil que le una a ella, o bien, del estado personal —de estar soltero(a), casado(a), en concubinato o asociado(a) en convivencia—, además de la situación que tiene con relación al país en el que se encuentre habitando, residiendo o simplemente transitando, esto es, el hecho de ser nacional o extranjero (Contreras, 2020, pp. 170-174).

Conforme al artículo 39 del Código Civil de la Ciudad de México, el estado civil de una persona sólo puede probarse con las constancias del Registro Civil. Ningún otro documento ni medio de prueba será admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, como más adelante se prevé en el supuesto de actas defectuosas, incompletas o falsas, de acuerdo con el artículo 341 del ordenamiento sustantivo en mención.

Ahora bien, con base en lo previsto en el artículo 340 del ordenamiento sustantivo civil en cita, la filiación de los descendientes se prueba con el acta de nacimiento.

En lo relativo al domicilio, la persona física tendrá, conforme a los artículos 29 al 31 del Código Civil de la hoy Ciudad de México, un domicilio convencional o legal.

En cuanto al patrimonio como atributo jurídico, tanto de la persona física como de la moral, se compone o integra de elementos económicos y morales; estos últimos llamados *derechos de la personalidad* o de la persona (Gutiérrez y González, 2018, pp. 65-69 y 774-1259), reconocidos de forma muy general a través de la regulación del daño moral en el artículo 1916 de los códigos civiles federal y local de la actual Ciudad de México, así como de los respectivos artículos de los códigos civiles del resto de entidades federativas que integran el Estado mexicano. Sin embargo, esta clase de derechos subjetivos de na-

turalidad moral ya han sido regulados, con dicha expresión, en varios códigos civiles y familiares del Estado mexicano. Entre los primeros (Contreras, 2018, pp. 701-773) se tiene:

- a) Al Código Civil de Coahuila de Zaragoza, en el que se les regula como un atributo más de la persona.
- b) Al Código Civil del Estado de México.
- c) En el Código Civil del Estado de Guerrero se hace mención de estos derechos subjetivos de contenido moral, en la *exposición de motivos* de dicho ordenamiento sustantivo civil.
- d) En el Código civil de Jalisco, aunque en dicho ordenamiento se les considera con un carácter extrapatrimonial.
- e) En el Código civil de Puebla de Zaragoza.
- f) En el Código civil de Quintana Roo.
- g) El Código civil de Tlaxcala fue el primer ordenamiento civil que en 1976, año de su publicación, reconoció que el patrimonio se integra con elementos materiales y morales; sin embargo, no se utilizó el término *derechos de la personalidad*, por cuestiones políticas concernientes al momento en que fue elaborado, y fundamentalmente por haber sido el primer ordenamiento civil mexicano en el que se reconoció que el patrimonio de una persona se integra con elementos económicos y morales.

Pero estos derechos de la personalidad también han sido reconocidos como derechos subjetivos de naturaleza moral, en ordenamientos sustantivos familiares, entre los que se encuentran los siguientes:

- a) La Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.
- b) El Código Familiar de Morelos.
- c) En el Código Familiar de San Luis Potosí.
- d) En el Código Familiar de Sinaloa.
- e) En el Código de Familia de Yucatán.

En total, en los cinco ordenamientos familiares listados, también se hace mención de esta clase de derechos subjetivos de carácter moral: en la Ley para la Familia de Coahuila y en el Código Familiar de Sinaloa, con la expresión “derechos de la personalidad”; en los códigos

gos familiares de Morelos, San Luis Potosí y Yucatán, con la expresión “derechos fundamentales”.

Ahora bien, la filiación, como ya comenté antes, fue el tema central de las reformas en materia de familia que sufrió el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, en el año 2000. Se trata de una noción jurídica mediante la cual se establece el vínculo jurídico entre un descendiente y sus progenitores. Sin embargo, para que surja esta, un ser humano deberá ser reconocido por sus progenitores, o bien, cuando la misma resulte de las presunciones de pleno derecho del legislador, o, finalmente, sea declarada mediante una autoridad judicial competente en una sentencia definitiva ejecutoriada.

Así, se instituyó la filiación, en efecto, la cual se presumía con relación a la madre por el solo hecho biológico de nacer de ella —conforme a lo previsto en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, ello antes de su reforma en el año 2000— según los integrantes de la Asamblea Legislativa de dicha entidad federativa, centro de los Poderes de la Unión. Sin embargo, luego de la reforma en cita, los derechos patrimoniales tanto de índole económica como fundamentalmente los de naturaleza moral, se derivarán del reconocimiento que se haga por parte de la madre y del padre del descendiente que hayan procreado en común.

Entre los efectos de carácter moral, que surgen de la filiación, se encuentran: el parentesco consanguíneo con la familia consanguínea de sus progenitores; el derecho a investigar y, en su caso, a impugnar la filiación paterna o materna, o ambas y, derivado de ello, el de llevar los apellidos paternos, de su padre o madre, en el orden en que estos lo acuerden; asimismo, como parte de los efectos patrimoniales económicos, el de tener derecho a recibir alimentos, como también el de heredar a sus progenitores, conforme a lo previsto en los artículos 389 y del 347 al 351 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México. Lo anterior, en relación con los descendientes de matrimonio. En cuanto a los descendientes nacidos de un convenio de concubinato, en los términos de los artículos 389, 376, 377, 386, 388 y demás respectivos del Código Civil antes citado.

De forma correlativa, los progenitores tendrán —de ser el caso— el derecho a investigar, impugnar o sólo contradecir la calidad de padre o madre mediante el ejercicio de las acciones correspondientes, confor-

me a lo previsto en los artículos 325, 326, del 329 al 333, 335, 336, 368, 378, 379, todos ellos del Código Civil de la Ciudad de México.

III. Análisis sustantivo del problema

Los legisladores que integraron la Primera Legislatura del Distrito Federal tuvieron en mente lograr una igualdad entre los derechos de los descendientes; sin embargo, lo pretendieron llevar a cabo mediante ciertas reformas, derogaciones y adiciones, sin realizar una modificación sistemática y, por lo mismo, científica de la normatividad relacionada con la filiación y sus efectos jurídicos. Entre esas modificaciones se encuentran las siguientes.

1. Reformas

A. El cambio de denominación de los Capítulos II y IV, ubicados en el Título Séptimo, Libro Primero, del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal, publicado en el año 1928.

En efecto, antes de la reforma del año 2000, el Capítulo II se denominaba “De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio”; mientras que el Capítulo IV se denominaba “Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio”.

Si bien los integrantes de la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal cambiaron la denominación de los Capítulos II y IV antes referidos, en sus normas se siguió haciendo una regulación diferente en cuanto al término de caducidad para que una persona pueda ejercitar en tiempo y forma la acción de investigación, o bien, de impugnación de su filiación paterna o materna, o de ambas. Así, se tiene que, en relación con los descendientes nacidos de matrimonio, la acción en cita, prevista en el artículo 347 del código sustantivo civil de la Ciudad de México, ubicada en el Capítulo II, no caduca en relación con el descendiente, ni tampoco con relación a sus respectivos descendientes. Por lo tanto, es incaducable.

En la disposición en cita se prevé que “La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes”.

Aquí me refiero a una acción de caducidad porque los derechos — cualquiera de ellos, sean sustantivos o adjetivos— caducarán cuando el titular de ellos no realice la conducta positiva prevista por el legislador. En cambio, las obligaciones —ya sean convencionales o indemnizatorias— prescriben por no haberse exigido en tiempo y forma, por parte del acreedor, el pago respectivo, extinguiéndose con ello, a cargo del acreedor moroso, el derecho adjetivo o procesal para echar andar la maquinaria estatal y hacer efectivo el pago, mediante los recursos o defensas previstas en la ley para tal efecto. Esto, cuando el deudor en forma previa haga valer a su favor, en vía de acción o excepción, la acción de prescripción liberatoria o negativa, y además, se resuelva procedente la misma en una sentencia definitiva que cause ejecutoria.

En cambio, cuando se trata de la acción de investigación o impugnación de un descendiente nacido fuera de matrimonio, ya sea producto de un convenio de concubinato o de una simple relación sexual de sus progenitores, y además no hubiera sido reconocido por su progenitor o progenitores durante su minoría de edad, tiene un término o plazo de sólo de 4 años, a partir de su mayoría de edad, para hacer valer la acción respectiva. Por lo tanto, su acción si es caducable. Es así como en el artículo 388 del Código Civil de la hoy Ciudad de México se prevé que:

Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos (*sic*) derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

El artículo 388 transcrito, se encuentra ubicado en el Capítulo IV, del Título Séptimo, denominado “De la paternidad y la filiación”, y que antes de la reforma al Código Civil, en el año 2000, se denominaba “Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio”.

En el artículo 360, con el que se da inicio al Capítulo IV, antes de la reforma del año 2000, se establecía lo siguiente:

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre solo se

establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

A partir de la reforma del año 2000, el artículo 360, tiene el texto siguiente: “La filiación también se establece por el reconocimiento del padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare”.

Más adelante, en el artículo 383, se regulaba y siguen regulando las presunciones de los descendientes nacidos de concubinato; por lo tanto, el texto del artículo 388 va acorde con la normatividad relativa a los hijos e hijas nacidos fuera de matrimonio cuando, además, no hubieran sido estos reconocidos por su progenitor, o incluso por su progenitora, o por ambos, al nacer o durante su minoría de edad.

Sin embargo, la regulación resultante de las modificaciones, derogaciones y adiciones del Decreto de reforma al Código Civil de la actual Ciudad de México, publicadas en la *Gaceta Oficial* del entonces Distrito Federal, el 25 de mayo del año 2000, en lo concerniente a la normatividad relativa a la filiación, no es —en mi opinión— armoniosa ni igualitaria y, por lo tanto, tampoco justa, considerando que las acciones de investigación o de impugnación de la filiación de un descendiente nacido de matrimonio es incaducable, mientras que el descendiente nacido de concubinato, no reconocido por su progenitor o progenitores, caduca en el término de cuatro años, contados estos a partir de la mayoría de edad del descendiente.

Si lo que pretendió el asambleísta del Distrito Federal, en el año 2000, fue derogar las diferencias en la regulación de la filiación entre los descendientes nacidos de matrimonio y de concubinato —reformando, por una parte, los títulos de los Capítulos II y IV; y a su vez derogando entre otras disposiciones las concernientes a la legitimación de los descendientes nacidos fuera de concubinato, contenidas en el Capítulo III, ubicados en el Título Séptimo, del Libro Primero “De las personas”—, en realidad no lo logró, puesto que no se impulsaron reformas, adiciones o derogaciones de forma sistemática y, por lo mismo, científica, a la normatividad concerniente a la filiación.

B. Otra de las reformas que la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, del año 2000, llevó a cabo para supuestamente lograr una regulación igualitaria y suprimir las diferencias entre los descendientes nacidos de un convenio de matrimonio y los nacidos de un

convenio de concubinato, fue adicionar el artículo 338-Bis, en el que se establece que: “La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen”.

Sin embargo, de lo expuesto en el numeral A, que sí existe una diferencia de esencia en el trato jurídico que se hace con relación a los descendientes cuando estos nacen de un convenio solemne de matrimonio o cuando estos nacen de un convenio consensual o formal de concubinato, o incluso, de una relación sexual entre dos personas sin ánimo de formar una familia.

C. Los asambleístas de la Legislatura I del Distrito Federal también modificaron el artículo 340, el cual, hasta antes de la reforma del año 2000, disponía que: “La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”.

Hoy en día el texto del artículo 340 prevé que: “La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento”.

D. De igual manera, se reformó el texto del artículo 360 que hace referencia al reconocimiento tanto de los descendientes nacidos de matrimonio como de los nacidos de concubinato, por lo que, a su vez, se modificó el texto del primer párrafo del artículo 369, en el que, antes de su reforma, se disponía que “El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:...”, para quedar como sigue: “El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:...”.

Hoy en día, en el numeral citado, se prevé que: El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes: ...”.

E. Además de las reformas anteriores, se agregó a la disposición del artículo 369 citada, un segundo párrafo, en el que se dispone hoy en día que “El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad”.

El párrafo adicionado, en mi opinión, se hizo de forma acertada, al establecer la sanción de inexistencia cuando alguno de los progenitores pretenda realizar el reconocimiento de un descendiente de formas diversas a las establecidas en el artículo 369, por lo que no producirá efecto alguno. Esto deberá interpretarse en el sentido de que no existe como un acto jurídico de reconocimiento, al faltarle la forma solemne,

consistente en llevar a cabo el reconocimiento de un descendiente, insisto, a través de cualquiera de las cinco maneras listadas en el artículo en comento. Por lo que, de hacerlo de forma distinta, sólo tendrá el valor o el efecto de un indicio, que se tomará en cuenta en la acción de investigación de paternidad o maternidad respectiva. En algunos códigos civiles y familiares se ha suprimido el párrafo en comento, dando como consecuencia una norma imperfecta.

Otras muchas disposiciones relativas al tema de la filiación fueron modificadas, mediante el Decreto de reforma publicado el 25 de mayo de 2000. Sin embargo, el texto actual de las disposiciones antes analizadas son las que, considero, dan una idea cabal de la falta de sistematización de la reforma en comento.

2. Propuestas

De las anteriores reflexiones, relativas a la reforma inconstitucional llevada a cabo por los integrantes de la Asamblea Legislativa, en su Primera Legislatura, al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, publicado en el año 1928, mismas que fueron publicadas el 25 de mayo del año 2000, se desprende:

- 1) Lo inconstitucional que fueron, en su origen, las reformas en cita.
- 2) Que, mediante las derogaciones, reformas y adiciones, llevadas a cabo, a la normatividad concerniente a la filiación, los legisladores no lograron —en mi opinión— una normatividad en la que se lograra la igualdad entre los descendientes nacidos de un convenio solemne de matrimonio y los nacidos de un convenio consensual o formal de concubinato. Y menos se hizo referencia a los descendientes nacidos fuera de una relación entre concubina y concubinario, ni a los derechos de los descendientes póstumos que no hubieran sido reconocidos por su progenitor durante el tiempo de la gestación. Tampoco se incluyeron disposiciones que permitieran a la madre, cuyo descendiente ha nacido fuera de matrimonio —esto es, como resultado de un convenio de concubinato, o incluso, fuera de esta relación convencional, y cuyo descendiente no hubiera sido reconocido por su progenitor—, promover en nombre de su descendiente durante la minoría de edad de éste, la acción

de investigación de la filiación paterna. Ni se establecieron, por último, disposiciones que reconocieran el vínculo de la filiación del descendiente nacido de la maternidad sustituta o gestante, o mediante inseminación o fecundación artificial, luego de la muerte del cónyuge o concubinario.

Por lo anterior, hago las propuestas siguientes (Contreras, 2014, pp. 207-254 y 263-295).

A. Reconocer la no caducidad (no su *prescripción*) de la acción de investigación e impugnación de la filiación, de manera independiente, de si el descendiente nació de un convenio de matrimonio o de un convenio de concubinato, o fuera de esta relación convencional, tal como se hace hoy en día, o bien, inclusive, de si nació póstumo al progenitor.

Los descendientes póstumos no tienen medio de defensa para establecer el vínculo de filiación, conforme lo establecido en el artículo 388 de los códigos civiles federal y local de la actual Ciudad de México, quienes tendrán que fundar su defensa conforme a los principios y derechos humanos fundados en el control de la convencionalidad y la constitucionalidad a la que se constriñó el Estado mexicano:

- a) Al haber ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el día 24 de marzo de 1981, y constituir el contenido de dicha Convención al unísono con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Suprema de la Unión, al momento de publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*, la aprobación por parte del Senado de la República de la ratificación hecha por el Estado federal, el 7 de mayo del mismo año, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la carta magna.
- b) A reconocer de forma expresa la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 1998, con motivo de los festejos del 50 aniversario de la Organización de Estados Americanos (OEA), documento que, posteriormente, fue ratificado por el Senado de la República mexicana, y depositada su ratificación ante la Secretaría General de la OEA, y, con ello, en opinión de Mireille Roccatti (1998), contenida en la introducción a la obra de Héctor Fix-Zamudo, titulada *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, se integra el Estado mexicano de

forma plena al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. La ratificación puede tener diversos alcances, incondicional o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos.

- c) Como consecuencia de la ratificación y del depósito del documento de aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte del Estado mexicano, éste puede ser demandado por la Comisión Interamericana o por otro país que también se hubiese sometido a la competencia contenciosa, por imputársele la violación de los derechos contenidos en la Convención Interamericana, por los hechos realizados con posterioridad a la fecha de ratificación.

Sin embargo, la propuesta al rubro, esto es, la no caducidad de la acción para investigar o impugnar la filiación y/o la calidad de progenitor(a), si bien no se encuentra aún contemplada en el Código Civil para el Distrito Federal de la actual Ciudad de México, ni tampoco en la mayoría de códigos civiles y familiares del Estado mexicano, ya se encuentra regulada en diversos ordenamientos sustantivos civiles y familiares (Contreras, 2014, pp. 343-462). Entre los primeros se encuentran los códigos civiles de Baja California (art. 385), Estado de México (art. 1177), Guerrero (art. 550), Quintana Roo (art. 924), Tabasco (art. 377) y Tlaxcala (art. 226). En los ordenamientos civiles en cita, el derecho para la investigación de la filiación, paterna o materna, no tiene término o plazo de caducidad.

En el Código Civil del Estado de Chihuahua, en su artículo 365, se permite la investigación de la filiación paterna del descendiente póstumo, sólo dentro del año siguiente del fallecimiento del progenitor.

En los códigos familiares de Sonora (art. 259) y Yucatán (arts. 235, impugnación; art. 241, investigación), también se permite la investigación de la paternidad y maternidad en todo tiempo.

B. Asimismo, propongo que en la normatividad respectiva al Código Civil de la Ciudad de México, y en los demás códigos civiles y familiares mexicanos, se promueva una igualdad real y verdadera entre el progenitor y la progenitora, y, por lo tanto, entre el hombre y la mujer que han procreado en común un descendiente, para interponer las acciones de maternidad y paternidad respectivas durante la minoría de edad de su descendiente.

Hoy en día, un hombre puede iniciar la acción de investigación, o impugnación o contradicción de su carácter de progenitor, durante la minoría de edad de su descendiente. En cambio, la mujer sólo puede contradecir el reconocimiento de su menor descendiente que se haya efectuado sin su autorización, el cual quedará sin efecto, mientras que la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente. Lo anterior, conforme a lo previsto en el artículo 379 de los códigos civiles federal, local de la Ciudad de México y los correspondientes a la gran mayoría de códigos civiles y familiares mexicanos.

A pesar de la constante afirmación de la igualdad de derechos entre un hombre y una mujer, sólo dos ordenamientos familiares reconocen el derecho de investigación de la filiación de un descendiente durante la minoría de edad de éste, tanto a favor del padre como de la madre. Esto, en representación de su menor descendiente; una acción que quedará a salvo a favor del menor cuando la madre no hubiere promovido dicha acción durante su minoría de edad.

Así, se tiene que la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo (antes se regulaba en su Código Familiar, pero sólo durante el término de un año luego del nacimiento de su descendiente, el iniciar la acción de investigación paterna de su menor hijo o hija), en su artículo 193, establece lo siguiente:

Si la mujer no ejercita el derecho mencionado en el Artículo 197 de esta Ley, el hijo podrá pedir la investigación de la paternidad en términos de lo dispuesto en el artículo 170 de este ordenamiento, excepto cuando el padre lo haga en forma voluntaria, por alguna de las formas señaladas en el Artículo 198 de esta Ley.

Luego, en el artículo 197, con relación a lo previsto en la norma contenida en el artículo 193, se prevé que:

La madre soltera tiene derecho a que el padre, reconozca al hijo en forma voluntaria, o por sentencia ejecutoriada que declare la paternidad, estando legitimidad para el ejercicio de dicha acción durante toda la minoría del hijo.

El segundo ordenamiento sustantivo familiar mexicano, el Código de Familia del Estado de Yucatán, reconoce el derecho de la madre

soltera para promover la acción de investigación de la filiación paterna, cuyo descendiente no fue reconocido por su progenitor, durante la minoría de su hijo o hija. En su artículo 235 se dispone que: “Los hijos e hijas pueden impugnar la paternidad o la maternidad, por sí o por medio de un representante legal, en todo momento”.

Además, en el artículo 241 se prevé lo siguiente:

Está permitido al hijo o a la hija y a sus descendientes por sí o por medio de su representante legal, investigar la paternidad y la maternidad, en cualquier tiempo y sin ningún requisito previo, independientemente del estado civil de la persona demandada.

Como se aprecia, de la transcripción de las dos disposiciones anteriores, el numeral 235 y 241 del Código de la Familia yucateco, el legislador fue todavía más allá de lo que se legisló en la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, pues determinó que el hijo o hija no reconocido por su progenitor lo podrá reclamar en todo tiempo a través de su representante, que podrá ser su progenitora, y, en caso de no serle posible a ella, física o jurídicamente, lo podrá hacer sus ascendientes paternos o maternos en ejercicio de la patria potestad. Y en el supuesto de que también a estas les sea imposible física o jurídicamente, entonces, podrá iniciar la acción de investigación de la paternidad la tutriz o tutor designado para tal efecto. Esto, durante la minoría de edad del descendiente no reconocido por su padre; o durante la mayoría de edad si la persona descendiente se encontrare en estado de interdicción, por tener alguna discapacidad mental que así lo amerite.

C. También forma parte de una regulación sistemática —y, por lo tanto, científica— de los códigos civiles y familiares mexicanos el que se reconozcan y regulen en ellos los derechos de la personalidad que permitan el libre desarrollo de la personalidad (declarado derecho humano y, por lo mismo, a cargo del Estado mexicano). Estos derechos, por su propia naturaleza, se encuentran a cargo y a favor de todo gobernado; e incluso, a favor y a cargo del Estado mexicano, a diferencia de los derechos humanos, los cuales —insisto— se encuentran a favor de todo gobernado, pero a cargo del Estado mexicano como su garante.

Por ello, como una propuesta más, está el regular, como parte del catálogo de los derechos de la personalidad, el derecho no sólo a la investigación e impugnación de la filiación y/o del carácter de progenitor o progenitora, sino también el derecho de procreación de toda persona, de forma independiente al derecho humano de todo gobernado a decidir el número de descendientes que desea procrear y al espaciamiento entre los mismos, previsto en el segundo párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El derecho a la procreación debe considerarse como un bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas y físicas del ser humano por medio de las cuales ejerce su derecho a reproducirse mediante la unión sexual con otra persona. O bien, si ello no fuera posible, mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida y, en su caso, con la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, de acuerdo con la normatividad aplicable y a los requisitos que se establezcan en cada época y región (Contreras, 2020, pp. 154-155).

Lo anterior, mediante las técnicas de reproducción humana, producto del avance de la ciencia y la tecnología que vaya acorde con el libre desarrollo de su personalidad. No sólo a través de la inseminación artificial o de la fecundación *in vitro*, sino incluso, con la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, por medio de un acuerdo de voluntades o convenio de prestación de servicios gestacionales entre los disponentes primarios del aporte genético y una segunda mujer, familiar o no, de los primeros; o bien, con el empleo del material genético ya fecundado, para después de la muerte del cónyuge o del concubinario. El empleo de técnicas de reproducción humana asistida, como una más de las fuentes de la filiación, derivada de las presunciones de pleno derecho del legislador mexicano, además de la adopción plena, ya se encuentra autorizada en diversos códigos civiles y familiares (Contreras, 2014, pp. 413-436), pero no en todas las entidades federativas que integran la federación mexicana. Entre los Códigos civiles, que la autorizan se encuentran los siguientes:

- a) Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.
- b) Código Civil del Estado de México.
- c) Código Civil de Jalisco.
- d) Código Civil de Puebla de Zaragoza.

- e) Código Civil de Querétaro.
- f) Código Civil de Tabasco

Entre los ordenamientos sustantivos familiares en los que se autoriza el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, se tienen los siguientes:

- a) Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.
- b) Código Familiar de Michoacán de Ocampo.
- c) Código Familiar de San Luis Potosí.
- d) Código Familiar de Sinaloa.
- e) Código Familiar de Sonora.
- f) Código Familiar de Zacatecas.

En lo concerniente a la autorización para el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, luego de la muerte del cónyuge o concubinario, se autoriza en el Código Civil de Tabasco, y en los ordenamientos sustantivos familiares siguientes:

- a) Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza;
- b) Código Familiar de Sinaloa;
- c) Código Familiar de San Luis Potosí.

En el Código Civil de Tabasco, como en los ordenamientos sustantivos familiares antes citados, se autoriza el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, para después de la muerte del cónyuge o del concubinario, siempre y cuando, ya exista un óvulo fecundado, el cual, deberá ser implantado al útero de la esposa o concubina, en el tiempo o plazo establecido en cada uno de esos ordenamientos civil y familiares, lo anterior, a efecto de que se entienda presumida la filiación, de no suceder así, entonces, se podrá impugnar la misma por cualquier interesado que le afecte la declaración del vínculo filiatorio.

Por último, el catálogo de los *derechos de la personalidad*, regulado en diversos códigos civiles y familiares mexicanos, tiene un carácter enunciativo y no taxativo. Por ello, resulta procedente mi propuesta de ampliar dicho catálogo, mediante la inclusión de los derechos de la personalidad relativos a la procreación por el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida; como también el derecho de toda

persona a investigar e impugnar la filiación, o su carácter de progenitor o progenitora, en todo tiempo. Esta es una propuesta que se ve reafirmada mediante la interpretación analógica del criterio concerniente al carácter enunciativo de las posibles conductas ilícitas que podrían dar lugar al daño moral, conforme lo previsto enunciativamente en el artículo 2,156, segundo párrafo, del Código Civil del Estado de México. Tales conductas pueden originar un daño moral en la persona, y su derecho a la indemnización respectiva, emitido recientemente por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis aislada 1a. XXXIX/2021 (10a), en materia civil, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, en su Época Undécima, el viernes 17 de septiembre de 2021, con número de registro 2023559, bajo el rubro:

DAÑO MORAL. LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 7.156, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO SON ENUNCIATIVOS, NO LIMITATIVOS.

Hechos: Una persona demandó el pago de una indemnización por daño moral a una empresa en la que laboraba su madre, pues esta última falleció en sus instalaciones. La parte actora consideró que la empresa incurrió en una conducta ilícita por: 1) no proveer la seguridad adecuada a su madre en el trabajo; 2) el retraso injustificado de su personal en la búsqueda y localización oportuna de su madre, así como en dar noticia del deceso a las autoridades; 3) la incertidumbre sobre las verdaderas circunstancias, motivos y lugar del fallecimiento; y, 4) la falta de atención, apoyo e información al actor y sus demás familiares con motivo de los hechos. En primera instancia se le dio la razón, pero en segunda instancia, la Sala civil revocó la sentencia y absolvió a la empresa, al considerar que no se acreditó la conducta ilícita. Inconforme, la parte actora promovió juicio de amparo, el cual fue negado por el Tribunal Colegiado bajo el argumento de que los hechos ilícitos en que sustentó su acción no se ubican en ninguno de los supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 7.156 del Código Civil del Estado de México. Por esta razón, el quejoso impugnó la constitucionalidad del citado artículo en el recurso de revisión.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que los supuestos sobre hechos ilícitos previstos en el artículo 7.156, párrafo segundo, del Código Civil para el Estado de México en relación con el daño moral son de carácter enunciativo y no limitativo, lo que salvaguarda los derechos a la dignidad humana y a una justa indemnización.

Justificación: El segundo párrafo del artículo 7.156 del Código Civil del Estado de México establece que, de conformidad con lo establecido por dicho ordenamiento, se consideran como hechos ilícitos: i) comunicar a una o más personas, la imputación que se hace a otra de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que cause o pueda causarle deshonra, descrédito o perjuicio, o exponerla al desprecio de alguien; ii) ejecutar una acción o proferir una expresión que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, pueda perjudicar la reputación del agraviado, fuera de una contienda de obra o palabra y con ánimo de ofender; y iii) imputar a otro falsamente un delito, ya sea porque el hecho es falso o inocente la persona a quien se imputa. Ahora bien, el artículo 7.154 del Código Civil del Estado de México define el daño moral como la afectación que una persona sufre en su honor, crédito y prestigio, vida privada y familiar, al respeto a la reproducción de su imagen y voz, en su nombre o seudónimo o identidad personal, su presencia estética, y los afectivos derivados de la familia, la amistad y los bienes. En ese mismo sentido, la doctrina divide el daño moral en la afectación a “la parte social o moral”, que comprende el honor, la reputación, la consideración que de sí misma tienen los demás, y en la “parte afectiva”, que toca a la persona en sus sentimientos y sufrimientos. Por tanto, interpretar en sentido taxativo el artículo 7.156, segundo párrafo, del Código Civil en cita implicaría sesgar el concepto mismo de daño moral, al excluir, injustificadamente, toda reclamación que se sustente en un menoscabo a la parte afectiva de una persona y cualquier otro que, fuera de los tres supuestos previstos en esa porción normativa, configuren hechos ilícitos que incidan en la parte social o moral de una persona. Además, no hay nada en la frase “se consideran” contenida en el texto de esa porción normativa que, semánticamente, permita concluir que se usa en sentido taxativo. Por el contrario, su interpretación sistemática con los artículos 7.145, 7.154 y 7.155 del Código Civil mencionado permite concluir que tienen un sentido meramente enunciativo.

Primera Sala.

Amparo directo en revisión 5505/2017. Cristian Jesús Díaz Vargas. 13 de enero de 2021. Cinco votos de las Ministras Norma Lucía Piña Hernández, quien está con el sentido, pero con salvedad en las consideraciones, y Ana Margarita Ríos Farjat, y los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat. Secretaria: Irlanda Denisse Ávalos Núñez.

Esta tesis se publicó el viernes 17 de septiembre de 2021 a las 10:26 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

IV. Bibliografía

- Código Civil para el Distrito Federal, México (1928).
- Contreras López, R. S. (2014). *Derecho civil para la familia; temas selectos: la filiación, la maternidad sustituta y los derechos de la personalidad en el marco de la teoría integral de la apariencia jurídica*. Porrúa.
- Contreras López, R. S. (2018). *La responsabilidad civil y un atisbo a la patrimonial del Estado mexicano*. Porrúa.
- Contreras López, R. S. (2020). *Derecho civil; derecho de las personas y teoría integral del acto jurídico* (2a. ed.). Porrúa.
- Duguit, L. (1912). *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* (2a. ed.; C. G. Posada, Trad.). Librería Española y Extranjera.
- Ferrara, F. (2008). *Teoría de las personas jurídicas (Colección Grandes Maestros del Derecho Civil,)*. Editorial Jurídica Universitaria.
- Fix-Zamudio, H. (1998). *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Gutiérrez y González, E. (2020). *Derecho de las obligaciones* (22a. ed.). Porrúa.
- Gutiérrez y González, E. (2018). *El patrimonio, el pecuniario y moral o derechos de la personalidad* (11a. ed.). Porrúa.
- Rojina Villegas, R. (2011). *Derecho civil mexicano; (15a. ed.)*. Porrúa.
- Tesis 1a. XXXIX/2021 (10a.) (2021). *Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época. Registro digital: 2023559.

Aplicación del principio de inmediatez en el decreto de medidas precautorias en caso de violencia familiar

Application of the principle of immediacy in the decree of precautionary measures in cases of domestic violence

Raúl Andrés García Lastra

 <https://orcid.org/0009-0001-3169-0193>

Universidad Anáhuac. México

Correo electrónico: rlastra@vertexlab.com.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2023.24.19139>

Recepción: 5 de marzo de 2024

Aceptación: 3 de mayo de 2024

Resumen: El presente artículo analiza la forma en la que actualmente se aplica el principio de inmediatez en los casos en que las autoridades deben dictar medidas precautorias cuando se presentan asuntos de violencia familiar en México. Asimismo, se propone como hipótesis que no es la falta de medidas dictadas en la legislación sustantiva y adjetiva lo que impide aplicar con eficacia el principio de inmediatez en el caso de medidas precautorias, sino la falta de implementación efectiva por quienes se encargan de la procuración y administración de justicia.

Palabras clave: principio de inmediatez, legislación sustantiva, medidas precautorias, violencia familiar, grupos vulnerables.

Abstract: This article analyzes the way in which the principle of immediacy is currently applied in cases in which the authorities must dictate precautionary measures in cases of domestic violence in Mexico. Likewise, it is proposed as a hypothesis that it is not the lack of measures dictated in the substantive and adjective legislation that prevents the effective application of the principle of immediacy in the case of precautionary measures, but rather, the lack of effective implementation by those who are in charge of the procurement and administration of justice.

Keywords: principle of immediacy, substantive legislation, precautionary measures, family violence, vulnerable groups.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Legislación vigente.* IV. *Implementación.* V. *Conclusiones y propuesta.* VI. *Referencias.*

I. Introducción

El presente ensayo incluye las siguientes partes: I. Antecedentes, en la que se expone el panorama actual en cuanto a casos de violencia familiar en México; específicamente, en contra de grupos vulnerables (mujeres y niños), y su incremento durante el último año. II. Legislación vigente, en la que se analizan las disposiciones a nivel local y federal dentro de las ramas del derecho administrativo, civil y penal que actualmente establecen medidas concretas de protección y precautorias, y la forma en la cual el justiciable puede acudir a las mismas. III. Implementación, que describe la problemática para la implementación práctica de las medidas precautorias en nuestro sistema actual y las consecuencias para los y las víctimas. IV. Análisis y propuesta, donde se efectúa un análisis a manera de conclusión, y se propone una solución a efecto de atender y otorgarle el derecho de acceso a la justicia a aquellas personas que requieren medidas de protección inmediatas en los casos de violencia familiar.

II. Antecedentes

Abril se encontraba en su domicilio el 4 de enero de 2019. En un ataque de ira, Juan Carlos, su esposo, le fracturó el cráneo con un bate de béisbol y trató de degollarla durante una pelea. Uno de sus hijos frenó el ataque. Abril pasó una semana hospitalizada. Otra hija publicó la agresión en redes sociales. Posteriormente, Abril dejó la Ciudad de México y se trasladó a Monterrey con su familia; asimismo, inició el trámite de su divorcio y un proceso penal por intento de homicidio. Sin embargo, el 25 de noviembre del mismo año Abril fue asesinada en la Ciudad de México, lugar donde había regresado para realizarse una prueba psicológica como parte de su proceso legal. Un hombre en una moto alcanzó el auto en el que ella viajaba y disparó directamente contra su cabeza (Reina, 2019). Todas las medidas precautorias solicitadas para evitar el feminicidio fueron insuficientes.

El anterior es tan sólo uno de miles de casos que se presentan diariamente en nuestro país. Al cierre de 2019 se presentaron ante los tribunales estatales un total de 858,928 controversias del orden familiar, lo que representa el 40.5 % de todos los expedientes judi-

ciales en México (INEGI, 2020). En 2020, durante la pandemia de COVID-19, cada hora se presentaron 25 denuncias por violencia familiar; lo que sumó un total de 220,028 para fin de año, el mayor número desde que se tiene registro. También hubo 689,388 llamadas de emergencia al 911 por violencia familiar; es decir, una cada 45 segundos (Areta, 2020). En ese mismo año los homicidios dolosos contra mujeres se incrementaron en un promedio de 11 %. En enero de 2021 se abrieron 17,392 carpetas de investigación por violencia familiar en todo el país (IIEG, 2021).

A nivel extra-judicial podemos analizar números derivados de estadísticas en internet. De enero a mayo de 2020 se registró un incremento en búsquedas relacionadas con temas de violencia en casa, violencia familiar y el llamado de ayuda, con picos de interés por arriba de los 75 puntos (García y Rojas, 2020).

Los números y estadísticas reflejan que la violencia familiar, como fenómeno en nuestro país, no sólo ha venido en aumento en los últimos tres años, sino que, a raíz del confinamiento derivado de la emergencia sanitaria, esta se ha incrementado de forma acelerada. Lo anterior nos obliga a analizar si las medidas precautorias a las que se tienen acceso para frenar los actos de violencia —antes y durante los procesos administrativos y judiciales— son suficientes y, más aún, si están siendo efectivas para proteger a las víctimas.

III. Legislación vigente

Dentro del sistema legal mexicano contamos con varias alternativas para que las personas puedan acceder a medidas de protección otorgadas por la autoridad en casos de violencia familiar. Podemos hacer una división preliminar entre las medidas otorgadas por autoridades a nivel administrativo y las medidas otorgadas por autoridades a nivel judicial. Asimismo, dentro de las medidas judiciales podemos diferenciar las que pueden otorgarse con base en la legislación civil dentro de su legislación sustantiva y las que pueden otorgarse con fundamento en las disposiciones contenidas en la legislación adjetiva.

1. Medidas obtenidas ante la autoridad administrativa

Es común que la persona que se considera víctima de actos de violencia familiar acuda directamente a centros de atención de víctimas administrados por dependencias de Fiscalías locales, las cuales fundamentan su actuar en diversas disposiciones legales federales y locales. A manera ejemplo, podemos analizar a la Ciudad de México, dentro de la cual resultan aplicables las siguientes normas jurídicas: Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, Código Nacional de Procedimientos Penales, Código Penal del Distrito Federal, Ley de Víctimas para la Ciudad de México, Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal. A continuación, desarrollamos cuáles son las medidas que cada una de estas disposiciones prevé, así como la forma en la que conceptualiza la violencia familiar.

A. Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar

Este ordenamiento define la violencia familiar como

Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño.

Asimismo, establece una clasificación de tres tipos de violencia familiar: a) maltrato físico, b) maltrato psicoemocional y c) maltrato sexual. Cabe decir que, a diferencia del Código Civil para la Ciudad de México, no se incluye el concepto de violencia económica como un subgénero de violencia familiar. Trataremos este tema más adelante.

En cuanto al maltrato físico, lo define como “todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control”. Es decir, que este tipo de maltrato constituye una agresión al cuerpo de

una persona, una lesión propiamente dicha, haciendo notar que dicha lesión se produce directamente en contra de un miembro de la familia: esposo(a), concubino(a), parientes consanguíneos, civiles o afines. En este caso, las lesiones deberán ser dictaminadas por un médico legista proporcionado por la autoridad; asimismo pueden tomarse en cuenta informes de médicos independientes que de acuerdo con la ley deben informar a la autoridad, como lo establece el artículo 19-V del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

Respecto al maltrato psicoemocional, la ley lo considera como un “patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad”. De la misma forma, debe considerarse que estos actos son llevados a cabo por un miembro de la familia en contra de otro, de acuerdo con lo dispuesto en el propio artículo. También es preciso destacar que las acciones que se describen siempre deben tener como consecuencia el deterioro, disminución o afectación a la estructura de personalidad de la víctima, por lo que, en la práctica cotidiana, es necesario acudir a la opinión de un perito en la materia —como lo es un psicólogo o psiquiatra autorizado por el Tribunal Superior de Justicia o por la Fiscalía— para que éste determine la existencia o no de tal afectación. Lo anterior resulta en uno de los pasos que podría dilatar el otorgamiento eficaz de las medidas precautorias en beneficio y protección de la víctima.

Por lo que toca al concepto de maltrato sexual, en la ley se le define como una conducta activa o pasiva que consiste en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser

la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño. Así como los delitos establecidos en el Libro Segundo, Parte Especial, Título Quinto, del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, contra la libertad y la Seguridad Sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual.

Respecto de estas últimas conductas, la ley es clara al mencionar que corresponde a la autoridad penal dictaminar sobre la posible comisión del delito, siendo competencia de esta sólo el ámbito “asistencial”. De esta forma, queda claro el enfoque de la ley, el cual es apoyar a la víctima durante sus actuaciones ante las fiscalías o tribunales competentes.

Cabe advertir que la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar no incluye el término “violencia económica”, como sí lo hace el Código Civil para la Ciudad de México, que la define como

actos que implican el control de ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia.

Lo anterior evidencia la falta de concordancia entre los conceptos de violencia familiar dispuestos por la legislación administrativa y la legislación civil. Esta observación debería tomarse en cuenta en el futuro para homologar conceptos y dar seguridad jurídica al individuo violentado.

Por otra parte, la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar prevé la existencia de Unidades de Atención a Víctimas, a cargo de las entonces llamadas “Delegaciones”, y les otorga facultades asistenciales para apoyar a la víctima mediante un acompañamiento en las diferentes acciones —administrativas, civiles y penales— que se decidan iniciar. Así, en su artículo 12, y en relación con medidas de protección, se establece que corresponde a las Unidades de Atención:

VIII. Atender las solicitudes de las personas que tengan conocimiento de la violencia intrafamiliar, en virtud de la cercanía con el receptor de dicha violencia; [...]

X. Avisar al Juez de lo Familiar o Civil, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, a fin de que se dicten las medidas provisionales que correspondan; y ...XI. Solicitar al Ministerio Público o a la autoridad jurisdiccional, según corresponda, la emisión de medidas de protección, tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de violencia familiar [...]

Conforme a las facultades otorgadas a las Unidades de Atención, encontramos que funcionan materialmente como oficinas que reciben a las víctimas en primera instancia, y las acompañan durante su proceso. En cuanto a las medidas cautelares, las Unidades de Atención gestionan a favor del afectado(a) las solicitudes ante el Juez de lo Familiar, o ante la Fiscalía competente, con la finalidad de que sea esta instancia quien dicte las medidas de protección tendientes a evitar que se continúen los actos de violencia familiar.

Es en esta primera instancia administrativa donde observamos acciones concretas para accionar a los órganos del estado y solicitar toma de medidas precautorias. Por lo tanto, y para efecto de contar con un acceso pronto e inmediato a estas medidas, es que se cuentan con instancias como el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI). Dicha oficina local presta los servicios de

Asistencia social, atención psicológica, asesoría legal, seguimiento jurídico en materia penal, atención médica de emergencia, tramitación de medidas de protección de emergencia previstas en la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México y como auxiliares de la autoridad ministerial y/o judicial, la elaboración de dictámenes psicológicos victimales. (CAVI, s. f.)

B. Código Nacional de Procedimientos Penales

El artículo 109, fracción XIX, del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) otorga a la víctima el derecho a “solicitar medidas de protección, providencias cautelares y medidas cautelares”. En cuanto a las medidas de protección, en el artículo 137 del CNPP se otorgan facultades al Ministerio Público para aplicar medidas de protección cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente contra la seguridad de la víctima, y define como “medidas de protección” varias que pueden ser aplicadas directamente en casos de violencia familiar. Estas son: 1) la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima; 2) la limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima o lugar donde se encuentre; 3) la separación inmediata del domicilio; 4) la entrega de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima; 5) la prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima; 6) brindar vigilancia en el domicilio

de la víctima; 7) protección policial de la víctima; 8) auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales al domicilio donde se encuentre la víctima; 9) traslado de la víctima a albergues temporales, así como a sus descendientes, y 10) el reintegro de la víctima a su domicilio (CNPP, art. 137).

Las medidas de protección mencionadas otorgan facultades a la autoridad administrativa (Ministerio Público o Fiscalía) para ejercer actos de autoridad de forma inmediata cuando “estima” que existen actos de violencia familiar. En ese sentido, la Unidad que acompaña a la víctima, o bien su abogado, deben proporcionar al Ministerio Público todos los elementos con que cuenten para que se logre una acción inmediata por parte de la autoridad, que proteja a la víctima en forma efectiva y en los tiempos necesarios. Respecto al acto de autoridad del Ministerio Público, es relevante mencionar que este es constitucional, aun cuando la contraparte no haya sido escuchada (esto es, el probable responsable del acto de violencia). Esta cuestión ya ha sido resuelta en diversas ocasiones por tribunales federales, como lo podemos observar en la resolución del Amparo en revisión 21/2012, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. En esta resolución el tribunal expresó que, tratándose de delitos de violencia familiar, el Ministerio Público —al integrar su averiguación previa— está facultado para decretar las medidas precautorias que considere necesarias para salvaguardar la integridad física y psíquica de la víctima, sin estar obligado a solicitar dichas medidas a un juez (Tesis: I.6o.P.18 (10a.), 2012, p. 2024). Esto obedece al criterio de que, al valorar dos derechos fundamentales —el de seguridad jurídica del ofensor y el de la vida e integridad física de la víctima—, debe prevalecer el derecho de la víctima.

2. Medidas obtenidas ante la autoridad judicial

En el ámbito judicial la posibilidad de obtener medidas precautorias contra actos de violencia familiar puede encontrarse tanto en la legislación civil como en la legislación penal. En cuanto a la legislación Civil, podemos encontrar estas medidas en los códigos civiles y familiares locales, así como en los códigos procedimentales locales. Lo mismo sucede con la legislación penal en la que los códigos penales establecen ciertas medidas de protección para el caso de delitos de

violencia familiar. Para efectos de este documento tomaremos como ejemplo la legislación vigente en la Ciudad de México.

A. Código Civil para el Distrito Federal

El Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), vigente en la hoy Ciudad de México, establece como principio de protección general el derecho de los integrantes de la familia a contar con “la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar” (CCDF, art. 323 ter). Esta disposición hace vinculante y obligatoria la atención y seguimiento que las autoridades administrativas deben ofrecer a las víctimas de violencia familiar en las unidades administrativas creadas para ello. Esta disposición pretende garantizar el acceso a la justicia a aquellas personas que son víctimas de violencia familiar, aun cuando no cuenten con un abogado que los represente ante los tribunales.

El artículo 323 ter del CCDF define a la violencia familiar como cualquier “acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño”. También se clasifica en cuatro subgéneros: violencia física, violencia psicoemocional, violencia económica y violencia sexual.

El código civil de la Ciudad de México define la violencia física como todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro. Es decir, que la disposición es coincidente con la definición contenida en la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar. Esta coincidencia de conceptos permite a la víctima acceder a medidas de protección y a medidas precautorias por medio de las unidades administrativas, o por medio de un procedimiento oral familiar ante los jueces competentes, ya que la legislación sustantiva (el CCDF) es coincidente con la legislación administrativa.

De igual manera, se define a la violencia psicoemocional y a la violencia sexual de una forma similar a lo establecido como maltrato psicoemocional y maltrato económico, contenidos en Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar.

Adicionalmente, el código civil agrega como forma de violencia familiar a la violencia económica, la cual se refiere a

actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con este Código tiene obligación de cubrirlas.

Este concepto resulta relevante en el caso de medidas precautorias, pues una de las medidas solicitadas ordinariamente es la de asegurar los alimentos y el pago de una pensión.

Aunado a la definición de violencia familiar, y a los subgrupos definidos por el código, se considera que cometen dichos actos no sólo los integrantes de la familia (cónyuges, concubino(a)s, parientes consanguíneos, afines y civiles), sino, también las personas que detentan la “custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa” (CCDF, art. 323 quintus). Con lo anterior se reconoce una realidad social mediante el concepto de familia extendida, y se amplía el acceso a la justicia para la víctima que no deberá acreditar lazos de consanguinidad, civiles o afines, para solicitar medidas precautorias en contra de los sujetos mencionados.

Cabe mencionar que los tribunales también han reconocido el concepto de familia extendida como una realidad social y su importancia en nuestra sociedad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación declara que, si bien este concepto está más pensado como una figura para apoyar el ámbito de solidaridad y de ayuda mutua, también debe considerarse para los casos en que ocurren actos de violencia; en especial en contra de aquellos que se encuentran en desventaja por su razón de edad o género. Por lo tanto, se considera correcto que el legislador admita a la familia extendida para que, cuando surjan actos de violencia, el Estado intervenga y, en consecuencia, se permita a la autoridad emplear el concepto de familia extendida en casos de violencia familiar, “no para justificar injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas, sino por la necesidad de emprender acciones

protectoras de la integridad de las personas que conviven en ese ámbito” (Tesis: 1a. CXXXVII/2017 (10a.), 2017, p. 502). Lo anterior resulta afín con la obligación del gobernante de garantizar, o por lo menos intentar garantizar, una vida libre de violencia dentro de la familia, respetando las disposiciones constitucionales y derivadas de las Convenciones Internacionales (Tesis: 1a. CXXXVII/2017 (10a.), 2017, p. 502).

Hablando de las medidas precautorias para atender los casos de violencia familiar, el artículo 282 hace una lista de las que pueden y —en ciertos casos— deben emplear los jueces para garantizar la protección de los individuos que sufren violencia dentro de la familia. El artículo divide las medidas precautorias en dos partes. En su fracción a) establece aquellas que son de oficio, y que deben ser dictadas aún antes de que la contraparte en la controversia sea escuchada. Dentro de esta fracción a) se incluyen las medidas que resultan urgentes por la naturaleza de los conflictos familiares, por lo que no pueden esperar los tiempos de un juicio ordinario. Así, la primera de las medidas dispone que cuando el juez lo considere pertinente, tomando en cuenta los hechos que se le expongan y los documentos que se le exhiban, tiene la capacidad para tomar “las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de dictar las medidas que protejan a las víctimas” (CCDF, art. 282, A-I).

Es en este momento procesal donde la capacidad y sensibilidad del juzgador resulta indispensable, ya que dentro de la norma se le conceden facultades amplias para proteger a la víctima. El juez no necesita ni siquiera la petición de la víctima o de su abogado, puesto que puede y debe ordenar las medidas precautorias atendiendo al interés de la persona o personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y desprotegidas. Utilizando la legislación de una forma integral, el juez de lo familiar debería acudir a la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, a los códigos procesales y a la jurisprudencia para traducir las medidas en órdenes concretas e inmediatas como pueden ser: a) órdenes de restricción para impedir que el generador de violencia se acerque al domicilio, intimide o se comunice con la o las víctimas; b) órdenes de separación inmediata del domicilio familiar; c) órdenes y oficios para que las instituciones policiales implementen acciones de protección o auxilio, vigilancia en el domicilio de la víctima y, en caso de ser necesario, auxilio inmediato al lugar donde

se encuentre la víctima; d) traslado de la víctima a albergues temporales, así como de sus descendientes, y apoyo para el reingreso de la víctima a su domicilio.

B. Código de Procedimientos Civiles Ciudad de México

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF) establece que las controversias relacionadas con violencia familiar se tramiten por la vía oral (Título Octavo, Del Juicio Oral Familiar) (CPCDF, art. 1019). Este tipo de procedimiento obliga al juzgador a observar los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediatez, contradicción, continuidad, concentración, dirección, impulso y preclusión procesal. En cuanto al principio de inmediatez, la fracción IV del artículo 1020 lo materializa mediante la obligación que impone al juez para: a) tener contacto directo y personal con las partes; b) recibir las pruebas en la audiencia de juicio, y c) ser él quien dicte la sentencia definitiva (CPCDF, art. 1020). La obligación del juez de tener contacto directo y personal con las partes permite que las víctimas de violencia puedan expresar sus inquietudes, las cuales dan sustento a las medidas de protección que, de forma precautoria, son solicitadas a quien resolverá su asunto. Por su parte, le permite al juez escuchar de fuente directa la problemática del asunto y así tomar decisiones eficaces sobre medidas precautorias. El principio de inmediatez, usado correctamente por el juez, es un elemento adicional que le permite implementar en forma directa y ágil las medidas precautorias que resulten convenientes para dar protección a las víctimas de violencia familiar.

El código procesal adjetivo reitera igualmente lo que establece el Código Civil en cuanto a medidas precautorias. El artículo 1040 señala que cuando el juez reciba una demanda, este debe pronunciarse sobre las medidas provisionales que se llegaren a solicitar desde el primer auto que recaiga sobre ella. Así, el juez tiene amplias facultades para decretar y modificar las medidas cuando lo considere necesario, pues el artículo menciona que el juez puede “modificar en cualquier momento del procedimiento y de forma oficiosa, las medidas provisionales que sean necesarias para preservar a la familia y proteger a sus miembros” (CPCDF, art. 1040). Esta misma disposición establece que el juez debe resolver las medidas “a más tardar” en la segunda fase de la audiencia preliminar.

Lo anterior permite al juez resolver de inmediato, o bien, esperar a la primera audiencia para resolver, dependiendo de las circunstancias concretas del caso. Entendemos que no es lo mismo una medida de restricción y acercamiento —para que el generador de violencia se abstenga de causar molestias o lesiones a la víctima— que debiera ser resuelta desde que se recibe la demanda, a una medida para decretar un régimen de visitas y convivencias, que bien puede esperar a escuchar a ambas partes en una audiencia preliminar. Es en ese momento donde el conocimiento, criterio, capacitación y recursos se hacen indispensables para que el juzgador pueda implementar la medida correcta en el momento idóneo.

C. Convenciones Internacionales

Sin entrar a profundidad, es relevante mencionar que existen diversas convenciones internacionales, de las que México forma parte, que establecen principios generales que soportan la inmediatez en la toma y decreto de medidas cautelares. Una de ellas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el derecho del gobernado a contar con el acceso a recursos judiciales accesibles, sencillos y rápidos, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. Esta Convención se complementa en materia de violencia familiar con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, donde se consideran también derechos para acceder a recursos sencillos y rápidos ante los tribunales competentes, que las ampare contra actos que violen sus derechos (CEAM, 2011).

3. Conclusión sobre las normas jurídicas aplicables

Del análisis efectuado sobre las disposiciones legislativas relacionadas con las medidas de protección y medidas precautorias en materia de violencia familiar, podemos concluir que, tanto a nivel administrativo como a nivel judicial, nuestro sistema legislativo local y federal cuenta con múltiples y amplias disposiciones que permiten a las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia decretar y aplicar las medidas que consideren más adecuada para

detener actos generadores de violencia y, en su caso, prevenirlos. La legislación en la materia y su jurisprudencia no es el lugar donde encontramos un impedimento para que las víctimas de violencia reciban justicia y accedan a medidas que puedan detener la violencia que sufren día a día.

IV. Implementación

Implementar o poner en funcionamiento las disposiciones de una norma jurídica es una tarea que corresponde a las autoridades competentes. En el caso de atención a víctimas y de toma de medidas precautorias, las autoridades administrativas y judiciales deben contar con la capacidad administrativa y los recursos para la implementación burocrática.

1. *Protocolos de implementación*

A nivel local se han elaborado múltiples protocolos de actuación e implementación, cuyo objetivo es poner en marcha y materializar las medidas de protección a víctimas de violencia familiar. A manera de ejemplo, podemos señalar tres documentos que reflejan formas de implementación de medidas precautorias en el país:

- a) Prontuario del Modelo Único de Atención del Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México. Este documento tiene como objetivo garantizar la debida diligencia y la efectiva atención a las mujeres, niñas y niños víctimas de violencia, por medio de “la aplicación del Modelo Único de Atención que deberá de ser utilizado por las servidoras y servidores públicos del Gobierno del Distrito Federal, así como por las instituciones sociales y privadas que se encuentren en la ciudad de México” (Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México [INMUJERES], s. f.).
- b) Protocolo de Actuación para la Implementación de las Órdenes de Protección del Estado de Campeche. Su objetivo es “establecer los requisitos y lineamientos a seguir desde la solicitud de las órdenes de protección hasta su seguimiento, para erradicar la violencia contra las niñas, niños, adolescentes y mujeres, este-

reotipos de género y discriminación” (Fiscalía General y Poder Judicial del Estado Campeche, 2017).

- c) Protocolo de Atención a Víctimas de Violencia Familiar del Poder Judicial del Estado de Sinaloa. Tiene como objetivo “estandarizar el procedimiento para ejercer el derecho a solicitar la orden de protección para víctimas de la violencia intrafamiliar” (Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, 2012)

Estos protocolos de actuación proporcionan lineamientos para las autoridades encargadas de implementar la legislación en materia de violencia familiar, las cuales se encuentran en la primera línea de interacción con las víctimas; y pretenden facilitar, tanto a al servidor público como al ciudadano, las formas en que deben llevar a cabo sus actuaciones para obtener medidas precautorias tendientes a detener los actos generadores de violencia.

Tomando como ejemplo a la Ciudad de México, encontramos que los protocolos de implementación establecen pasos a seguir tanto para el ciudadano como para el servidor público. Para comenzar, se solicita a las víctimas presentarse en los Centros de Atención a la Violencia Familiar (específicamente en la oficina de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México [FGJCDMX], ubicada en la calle Digna Ochoa y Plácido, s/n, Colonia Doctores, Alcaldía Cuauhtémoc), mientras que a la autoridad se le insta a escuchar la solicitud, informar brevemente sobre los servicios de orientación social, médica, jurídica y atención psicoterapéutica a las personas en situación de víctimas de violencia familiar. Posteriormente, se dirige a la persona al área jurídica con una abogada o abogado. Allí se le brinda asesoría en materia penal, respecto al delito de violencia familiar; y en materia familiar se le orienta, según el caso, y se le ofrece un oficio de canalización a la Defensoría Pública del Gobierno del Distrito federal (PJCDMX, s. f. b). Se ofrecen formatos únicos para el llenado de demandas y denuncias para facilitar las solicitudes de la víctima.

Por otra parte, en las diversas agencias del Ministerio Público se cuentan con guardias de Abogadas de las Mujeres que tienen la función de atender las 24 horas la tramitación de medidas de protección, y que se encuentran coordinadas por la Dirección General de Acceso a la Justicia y Espacios de Refugio de la Secretaría de las Mujeres (SEMUJERES) (GCDMX, 2020). Estas abogadas atienden las denuncias y

los casos de violencia familiar que pueden derivar en las solicitudes de medidas precautorias para las víctimas. En ese sentido, el ministerio público debe recibir las denuncias y, de ser el caso, decretar las medidas que considere pertinentes dentro de sus facultades, además de dirigir a las víctimas a los Centros de Atención a Víctimas para continuar con su acompañamiento en el proceso judicial.

Los casos que se atienden aumentan día a día desde 2020. De acuerdo con datos del Gobierno de la Ciudad de México, sólo en el primer trimestre de 2020, Abogadas de las Mujeres en agencias del Ministerio Público brindaron 6,297 atenciones, mientras que el número de carpetas de investigación iniciadas por violencia familiar fue de 9,455, es decir, 64 carpetas por día. Lo anterior representa un incremento de 11 % respecto de 2019, donde el número de carpetas iniciadas fue de 8,334 (GCDMX, 2020). La tendencia continúa en ascenso en 2021.

De acuerdo con los datos sobre medidas de implementación, protocolos y personas que se dedican a ejercerlas, continúa la duda sobre el porqué del retraso cotidiano al momento de aplicación de las medidas precautorias. ¿Por qué la dilación y falta de inmediatez? Es decir, por qué en el día a día una medida precautoria, que debería ser dictada de inmediato para proteger a las víctimas, puede tardar desde 24 horas hasta un número indeterminado de días, semanas y hasta meses. La respuesta no parece estar en la ley o en los medios de implementación.

2. Inmediatez

El principio de inmediatez puede considerarse como un criterio o un principio a tomar en cuenta por la autoridad al momento de implementar acciones para proteger a personas respecto de sus derechos fundamentales. Tal criterio implica que dichas acciones se interpongan en términos razonables, relacionados con el momento en que ocurre la amenaza o afectación a los derechos fundamentales de la persona que se encuentra en una posición de víctima. Este principio se entiende implícito y relacionado con el derecho a la seguridad jurídica que tiene toda persona, el cual se encuentra previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y

que ordena a la autoridad a actuar “de inmediato” (**Tesis: IV.1o.A.81 A (10a.)**, 2019, p. 2229).

En el caso de las medidas precautorias en casos de violencia familiar, el principio de inmediatez debe entenderse como el crédito preliminar que las autoridades deben otorgar a las declaraciones de las personas que acuden ante las instancias administrativas o tribunales judiciales en busca de protección. Quien es víctima de violencia familiar acude ante la autoridad en búsqueda de medidas, ante el temor de ser violentado o violentada en su persona, bienes o derechos o los de sus familiares más próximos. Normalmente no acude con un documento o acción cuidadosamente elaborada con tiempo; su sentido de la urgencia le insta a acudir a declarar lo que sabe y le preocupa para obtener medidas preliminares y precautorias que puedan asegurar su seguridad e inclusive su supervivencia.

Consecuentemente, de acuerdo con la inminencia de afectación de derechos en los casos de violencia familiar, el criterio de inmediatez procesal “entendido en el sentido de que permite atribuir cierto grado de verosimilitud a las primeras declaraciones del deponente” (**Tesis: 1a.CCLII/2018 (10a.)**, 2018, p. 333) debe aplicarse para permitir la implementación de medidas de protección en forma inmediata.

Así pues, tomando en cuenta el principio de inmediatez y la clara aplicación que dicho criterio tiene en el caso de medidas precautorias para evitar o contener casos de violencia familiar, podemos concluir que la autoridad administrativa o jurisdiccional cuenta con las herramientas legales y las facultades constitucionales necesarias para aplicar dicho principio y proteger a la probable víctima de violencia familiar.

3. Otros datos

No obstante, las facultades y poderes que se han otorgado, de acuerdo con la legislación vigente, a los ministerios públicos, fiscalías y al órgano judicial, existe una falta de implementación inmediata de medidas precautorias en atención a víctimas de violencia familiar. Esta carencia de efectividad en la aplicación al principio de inmediatez, en la toma de medidas precautorias, podría encontrar una explicación en dos factores: primero, la falta infraestructura y de personal suficiente

para atender la cantidad de casos relacionados con violencia familiar; y segundo, la falta de capacidad técnica de los encargados de la implementación. En ese sentido, analicemos algunos números.

Poder Judicial. Los juzgados familiares se encuentran constantemente con sobrecarga de trabajo. Como ejemplo, en San Luis Potosí los juzgados del ramo familiar representan el 40 % de los asuntos. Hay más de once mil asuntos de índole familiar por año, y cada juzgado familiar atiende por año dos mil trescientos asuntos (Morales, 2018). En la Ciudad de México, de acuerdo con la Dirección de Estadística de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia, entre enero y abril de 2021 se han ingresado 25,208 controversias del orden familiar (PJCDMX, s. f. a). Dentro de estas controversias se encuentran múltiples solicitudes de medidas provisionales que deben ser atendidas a la par de todos los demás asuntos.

Ministerios Públicos. La tasa de agentes y fiscales del Ministerio Público, a nivel local, es de 8.4 agentes por cada 100,000 habitantes. De las agencias especializadas, sólo el 2.0 % se dedican a la atención de delitos de violencia familiar. En los primeros seis meses de 2019 se han denunciado 140,000 delitos en la Ciudad de México, lo que representa casi el total de 2015. De cuatro años a la fecha se han incrementado de 169,000 denuncias a 234,000. En el primer semestre de 2019 aproximadamente tenemos 140,000 denuncias, esto es, casi la misma cantidad de lo que se inició en 2015. Por lo tanto, hay un crecimiento de más del 38 % (Ortega, 2019).

Policías. Según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, México cuenta con un déficit de 101,458 elementos policíacos a nivel estatal. Es decir, faltan 42 % de las policías preventivas estatales necesarias para alcanzar el estándar mínimo de 1.8 policías por cada 1,000 habitantes. Al finalizar 2020 se contaban con 130,136 policías, lo que daba una cobertura de 1.02 policías por cada 1,000 habitantes. Sin embargo, de estos elementos, únicamente 127,840 (98 %) habían sido evaluados en control de confianza, de los cuales 7,066 (6 %) obtuvieron resultado no aprobatorio. De tal manera que el estado de fuerza real operativo era de sólo 123,070 elementos, cifra que indica que el país tiene poco más de la mitad de los policías preventivos estatales que debería tener (Pérez, 2021).

Capacidad técnica. Entre 2008 y 2017, nueve de las treinta y dos entidades federativas en el país no destinaron presupuesto para capacitar a su personal. Desafortunadamente no en todos los estados existen procesos de capacitación permanente en el ámbito judicial; mucho menos en materias de derechos humanos o de víctimas de violencia familiar. Chiapas, por ejemplo, llevó a cabo cuatro actividades de capacitación en 2015, mientras que el resto de la década no reportó ninguna actividad de capacitación. Del total invertido en capacitación judicial a nivel nacional, la mayoría correspondió solamente a recursos del Poder Judicial de la Ciudad de México (Equis y Transversal, 2019).

V. Conclusiones y propuesta

Tomando en cuenta las disposiciones jurídicas analizadas y los protocolos de implementación de estas para llevar a buen término y ejecutar medidas precautorias en casos de violencia familiar, consideramos que la problemática actual no radica ni en la normativa vigente ni en los medios de implementación. Por el contrario, de los números y estadísticas analizadas, respecto a la cantidad de asuntos en materia familiar, la cantidad de denuncias relacionadas con violencia familiar *versus* el número de juzgadores, ministerios públicos y policías, podemos llegar a la conclusión de que el problema de la inmediatez en el otorgamiento de medidas precautorias en México se debe fundamentalmente a la falta de capacidad operativa de las instituciones locales de procuración de justicia y de administración de justicia. En términos sencillos: no hay suficientes jueces, ministerios públicos y policías para atender la creciente constante en casos de violencia familiar en nuestro país.

Lo anterior nos lleva a concluir que la solución debemos buscarla, primero, en lo pragmático, para trasladarla, después, a la norma jurídica. Si tomamos como premisa que uno de los problemas para la aplicación y efectividad del principio de inmediatez en el otorgamiento de medidas precautorias en México se debe fundamentalmente a la falta de capacidad operativa de las instituciones locales de procuración de justicia y de administración de justicia, una de las soluciones es analizar objetivamente cual es el déficit de personal y de presupuesto

para echar a andar el sistema, presupuestar y actuar en consecuencia otorgando las partidas necesarias a nivel local a las autoridades encargadas del proceso. La propuesta no es nueva, y cumple con las recomendaciones de reservar a los poderes judiciales un porcentaje del presupuesto, realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría Especial sobre la independencia de magistrados de la ONU (Pantin y Aguilar, 2020).

Durante 2020, únicamente ocho poderes judiciales recibieron montos equivalentes al 2 % o más del presupuesto del Estado. Algunas entidades, como Veracruz, Yucatán y el Estado de México, ya contemplan un porcentaje mínimo del 2 % para ser asignado al poder judicial. El homologar este tipo de medidas a nivel constitucional federal sería una primera medida transitoria para garantizar un presupuesto mínimo al poder judicial de cada entidad. Por otra parte, tendría que regularse el destino de los recursos para que estos se ocupen directamente al incremento de juzgados, personal, infraestructura y capacitación; y no como ha sucedido en otras ocasiones, que se destina al incremento en los ingresos de los magistrados de la entidad (Romero, 2020).

Así como ocurre con el Poder Judicial, también los ámbitos administrativos deberían asignarse mayores recursos destinados a las fiscalías especializadas en atención a casos de violencia familiar y elementos policíacos capacitados y designados a dichas áreas. De otra forma, con los números mostrados, el tiempo por persona (ministerio público o policía) matemáticamente no permite que se atiendan la cantidad de asuntos y en específico medias precautorias urgentes que en la presente época está demandando la población vulnerable.

Concluyo con una cita que representa el sentir del gobernado en la actualidad, respecto de la inmediatez en cuanto al otorgamiento de las medidas precautorias:

La demora excesiva obliga a la víctima a enfrentarse a una larga lucha por su derecho sin obtener siquiera cierta vindicación moral; reduce las posibilidades de éxito cuando finalmente se ordena investigar los hechos y sancionar a los responsables; mina la credibilidad del sistema y erosiona su eficacia disuasiva, ahuyenta a los potenciales denunciantes y siembra dudas sobre la competencia de los encargados del sistema... (García Ramírez, 2002, p. 134)

VI. Referencias

- Areta, I. (2020, noviembre 25). Octubre rompe récord de violencia familiar: hubo más de 20 mil denuncias en México. *Animal Político*. <https://www.animalpolitico.com/2020/11/octubre-rompe-record-de-violencia-familiar-hubo-mas-de-20-mil-denuncias-en-mexico/>
- Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), Fiscalía General de Justicia Ciudad de México (s. f.). <https://www.fgicdmx.gob.mx/cavi>
- Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género (CEAM), Cámara de Diputados, LXI legislatura. (2011, marzo 3). Medidas de protección en situaciones de violencia contra las mujeres. http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_*Estudio/ceameg/ias/Doc_29.pdf
- Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), México (1928, mayo 26).
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF), México (1932, septiembre 21).
- Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), México (2014, marzo 5).
- Equis, Justicia para las Mujeres y Transversal, Acción sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2019). La capacitación judicial en derechos de las personas con discapacidad. https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2019/09/La_Capacitacion_Judicial_en_Derechos_de_las_Personas_con_Discapacidad.pdf
- Fiscalía General y Poder Judicial del Estado Campeche. (2017). Protocolo de actuación para la implementación de las órdenes de protección del Estado de Campeche. <https://ayuntamientohopelchen.com/wp-content/uploads/2024/04/Protocolo-de-actuacion-para-la-implementacion-de-mas-medidas-y-ordenes-de-proteccion.pdf>
- García A. K. y Rojas V. (2020, mayo 24). La violencia sí incrementó en la cuarentena: las llamadas de auxilio y más búsquedas en Google. *El Economista*. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/La-violencia-si-incremento-en-la-cuarentena-mas-llamadas-de-auxilio-y-mas-busquedas-en-Google-20200524-0002.html>
- García Ramírez, S. (2002). Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana. *Universidad Nacional Autónoma de México*.
- Gobierno de la Ciudad de México (GCDMX). (2020, mayo 14). Presenta Gobierno de la Ciudad datos de atenciones a la violencia con-

- tra las mujeres durante la emergencia sanitaria. Boletín 11/2020. <https://www.semujeres.cdmx.gob.mx/comunicacion/nota/presenta-gob-cdmx-datos-de-atenciones-la-violencia-durante-emergencia-sanitaria>
- Instituto de Información Estadística y Geografía de Jalisco (IIEG). (2021, febrero 22). Violencia familiar, enero de 2021. https://iieg.gob.mx/ns/wp-content/uploads/2021/02/reporte_mensual_violencia_enero_2021.html
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). (2020). Resultados del censo nacional de impartición de justicia estatal (CNIJE) 2020. Comunicado de prensa (472/20). <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/EstSegPub/CNIJEstal2020dftv.pdf>
- Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México (INMUJERES). (s. f.). Prontuario del Modelo Único de Atención, Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México; Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del DF. <https://www.semujeres.cdmx.gob.mx/storage/app/media/Publicaciones/ProntuarioMUA.pdf>
- Morales, C. (2018, noviembre 20). Juzgados familiares con sobrecarga de trabajo: Almazán Cué. *Quadratin San Luis Potosí*. <https://sanluispotosi.quadratin.com.mx/principal/juzgados-familiares-con-sobrecarga-de-trabajo-almazan-cue/>
- Ortega, I. (2019, julio 13). Reprueban a PGJ por infraestructura. *Reforma*. <https://www.reforma.com/reprueban-a-pgj-por-infraestructura/ar1721974?v=2&referer=-7d616165662f3a3a6262623b727a-7a7279703b767a783a->
- Pantin, L., y Aguilar, A. (2020). Poderes judiciales locales: ¿el presupuesto los hará libres? *El Juego de la Suprema Corte*, Blog de la Revista Nexos. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/author/laurence-pantin/>
- Pérez, M. (2021, mayo 4). Identifican déficit de más de 100,000 policías en el país. *El Economista*. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Identifican-deficit-de-mas-de-100000-policias-en-el-pais-20210504-0014.html>
- Poder Judicial Ciudad de México (PJCDMX) (s. f. a). Expedientes ingresados por tipo de juicio, Oficialía de Partes común en materia oral familiar y en materia familiar. <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/datos-abiertos/>

- Poder Judicial de la Ciudad de México (PJCDMX). (s. f. b). Página de Atención a Víctimas del Delito de Violencia Familiar. <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/atencion-a-victimas/>
- Reina, E. (2019, noviembre 28). El exdirector de Amazon en México, principal sospechoso del asesinato de su exesposa. *El País*. https://elpais.com/sociedad/2019/11/28/actualidad/1574970067_000769.html
- Romero, A. (2020, enero 10). Exhiben a magistrados del Poder Judicial de Tlaxcala 'clavándose' la devolución de impuestos. *Quadratin Tlaxcala*. <https://tlaxcala.quadratin.com.mx/principal/exhiben-a-magistrados-del-poder-judicial-de-tlaxcala-clavandose-la-devolucion-de-impuestos/>
- Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. (2012). Protocolo de atención a víctimas de violencia familiar del Poder Judicial del Estado de Sinaloa. <http://stj-sin.gob.mx/assets/images/noticias/archivos/1348849110.pdf>
- Tesis IV.1o.A.81 A (10a.) (2019). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, libro 65, abril de 2019, tomo III, p. 2229.
- Tesis 1a. CCLII/2018 (10a.) (2018). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, diciembre de 2018, tomo I, p. 333.
- Tesis I.6o. P.18 (10a.) (2024). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, libro XI, agosto de 2012, tomo 2, p. 2024.
- Tesis 1a. CXXXVII/2017 (10a.) (2017). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, libro 47, octubre de 2017, tomo I, p. 502.

Alcances de la información *ad perpetuam* en torno a la posesión y la propiedad

Scope of information ad perpetuam on possession and ownership

Christopher Jean Ángel Parra

 <https://orcid.org/0009-0000-6425-3902>

Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo. México

Correo electrónico: parra_christopher@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2023.24.19109>

Recepción: 2 de febrero de 2024

Aceptación: 20 de abril de 2024

Resumen: El presente artículo aborda la problemática relacionada con la adquisición de la propiedad en México a través de dos vías legales: la prescripción positiva adquisitiva, también conocida como usucapión; y la jurisdicción voluntaria de información *ad perpetuam*. Mientras que la primera permite la obtención de propiedad de inmuebles inscritos en el Registro Público de la Propiedad, la segunda se aplica a aquellos sin antecedentes registrales. Sin embargo, este sistema legal presenta vacíos que generan un limbo jurídico, pues obtener un título supletorio de propiedad mediante la información *ad perpetuam* no siempre garantiza la adquisición definitiva de la propiedad. Este artículo explora las similitudes y diferencias entre ambas figuras legales, así como las discrepancias en los efectos jurídicos de las sentencias resultantes, destacando la necesidad de una adecuación legal para resolver esta problemática y adecuarla a la realidad social del país.

Palabras clave: prescripción, jurisdicción voluntaria, jurisdicción contemporánea, posesión, propiedad, dominio.

Abstract: This article addresses the problems related to the acquisition of property in Mexico through two legal channels: positive acquisitive prescription, also known as usucaption, and the voluntary jurisdiction of information *ad perpetuam*. While the former allows the acquisition of ownership of real estate registered in the Public Registry of Property, the latter applies to real estate without a registry record. However, this legal system presents loopholes that generate a legal limbo, since obtaining a supplementary title of ownership by means of information *ad perpetuam* does not always guarantee the definitive acquisition

of the property. This article explores the similarities and differences between both legal figures, as well as the discrepancies in the legal effects of the resulting sentences, highlighting the need for a legal adjustment to solve this problem and adapt it to the social reality of the country.

Keywords: prescription, voluntary jurisdiction, contemporary jurisdiction, possession, property, ownership, dominion.

Sumario: I. *Planteamiento del problema*. II. *Fundamentación teórica*. III. *Análisis sustantivo del problema*. IV. *Reflexiones personales*. V. *Bibliografía*.

I. Planteamiento del problema

Es de explorado derecho que las personas en posesión de bienes inmuebles, ya inscritos en el Registro Público de la Propiedad, pueden obtener la propiedad de estos mediante el transcurso del tiempo, cumpliendo con los requisitos y formalidades de ley. Ello en ejercicio de la figura de la prescripción positiva adquisitiva o usucapión. Ahora bien, por cuanto hace a los bienes inmuebles que no cuenten con antecedente registral, las personas pueden, a través de la jurisdicción voluntaria de información *ad perpetuam*, obtener un título supletorio de propiedad.

No obstante, cabe aquí puntualizar que, aun cuando una persona obtenga el referido título supletorio, esta no siempre podrá alcanzar la propiedad a través de la vía previamente descrita, dejándola, de tal suerte, en un claro limbo jurídico, el cual resulta imprescindible adecuar a la luz de la realidad social que vive nuestro país.

II. Fundamentación teórica

Podemos llegar a afirmar que la principal diferencia entre la usucapión y la información *ad perpetuam* estriba en la existencia de un antecedente registral. Lo anterior ha sido, de igual forma, sostenido por la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada de rubro INFORMACIÓN AD-PERPETUAM, INOPERANCIA DE LA, CUANDO EL BIEN SE ENCUENTRA INSCRITO EN EL REGISTRO PÚBLICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO), visible en el registro digital número 339199.¹

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 339199. Instancia: Terce-

Un criterio similar fue sustentado por el exmagistrado presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, José Fuentes García, en la *Revista de Derecho Notarial*, quien sostuvo:

Primero.- Si el inmueble poseído está inscrito a favor de persona determinada, nace a favor del poseedor una acción de naturaleza constitutiva, que tiene como finalidad transformarlo de poseedor en propietario. En este caso el actor es poseedor y el demandado propietario. Sin embargo, no estamos aquí frente a un caso de jurisdicción voluntaria, sino frente a un verdadero caso de jurisdicción contenciosa. Consecuentemente, la intervención notarial está excluida. Segundo.- Si el bien no está inscrito a favor de persona alguna, nace no una acción sino un derecho a una información *ad perpetuam*; actividad de jurisdicción voluntaria que se iniciará ante el notario con una solicitud a la que deberá unirse un certificado expedido por el jefe de la oficina del Registro Público de la Propiedad, mediante el que se acredite que el inmueble no está inscrito a favor de persona alguna. (Fuentes García, 1998, pp. 71-74)

Las similitudes que existen entre la usucapión y la información *ad perpetuam* son tan importantes que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ha sostenido en la tesis aislada cuyo rubro se titula “Información *ad perpetuam*, se requiere acreditar todos los elementos constitutivos de la prescripción positiva en la”, visible en el registro digital número 231457, que para la procedencia de la información *ad perpetuam* se requiere acreditar todos y cada uno de los elementos constitutivos de la prescripción positiva. Es decir, no sólo debe acreditarse la posesión en forma pacífica, continua y pública por más de cin-

ra Sala. Quinta Época. Materia(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXXIX, página 429. Tipo: Aislada. “INFORMACIÓN AD-PERPETUAM, INOPERANCIA DE LA, CUANDO EL BIEN SE ENCUENTRA INSCRITO EN EL REGISTRO PÚBLICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Habiéndose acreditado que un predio se encuentra inscrito en el Registro Público de la Propiedad a nombre de una persona, al promoverse la información *ad perpetuam* por otra, carece de base dicha información cuyo presupuesto al tenor del artículo 3023 del Código Civil del Estado de México, es precisamente el de la no inscripción del inmueble a nombre de persona alguna, ya que para el caso contrario, rige lo dispuesto por el artículo 1156 del mismo ordenamiento, o sea que el que hubiere poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas por ese código para adquirirlos por prescripción puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público, a fin de que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido, por ende, la propiedad”.

co o diez años, según si se entró en posesión de buena o mala fe, sino que además se debe acreditar que la posesión es en concepto de propietario; ello obliga a la parte promovente a comprobar la causa generadora de su posesión, pues de esta manera se podrá justificar si se le transmitió el dominio o solamente la ocupación, y desde qué fecha.

Del análisis de la precitada tesis, se llega a la conclusión de que el juzgador federal estimó que, para acreditar la procedencia de la información *ad perpetuam*, el promovente debe imperativamente acreditar los elementos de la usucapión, estimando que ello es así toda vez que, en esencia, la única diferencia entre la prescripción positiva adquisitiva y la información *ad perpetuam* es la existencia de un asiento registral previo.

A pesar de las numerosas similitudes que existen entre las dos figuras jurídicas en estudio, los efectos jurídicos de las sentencias que lleguen a resolver las problemáticas sometidas a la jurisdicción de un juez civil son, en algunas entidades federativas, diametralmente opuestos. Lo anterior es así debido a que, en el caso de la usucapión, la parte actora, al verse favorecida con una sentencia condenatoria en contra del demandado, obtiene el dominio pleno sobre el bien inmueble al convertirse en legítimo propietario.

Por cuanto hace a la información *ad perpetuam*, la sentencia que resuelve la jurisdicción voluntaria únicamente otorga al promovente el reconocimiento de derechos posesorios. Lo anterior ha sido sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia de rubro INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO), visible en el registro digital número 177599.

Se advierte un criterio jurídico similar en las tesis cuyos rubros se titulan: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)”, “ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN. LA RESOLUCIÓN RECAÍDA A LAS DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 731, FRACCIÓN II Y 734 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, ELEVADA A LA CATEGORÍA DE ESCRITURA PÚBLICA, NO CONSTITUYE UN JUSTO TÍTULO PARA QUE AQUELLA PROCEDA” y “JUICIO

REIVINDICATORIO. EL TÍTULO DE PROPIEDAD DERIVADO DE LA DECLARACIÓN EMITIDA EN UN PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN POR RESOLUCIÓN JUDICIAL, MEDIANTE INFORMACIÓN DE DOMINIO, ES APTO PARA DEMOSTRAR LA PROPIEDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO)”, visibles respectivamente en los registros digitales números 169394, 2019840 y 2001667.

III. Análisis sustantivo del problema

1. Antecedentes

A. Etimología

La información *ad perpetuam* se tramita en vía de jurisdicción voluntaria en virtud de que no se promueve cuestión alguna entre partes determinadas, tal y como lo señala el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 530.²

Sentada dicha premisa, resulta pertinente abocarnos, en un primer término, a la vía en la que se ha de tramitar la información *ad perpetuam*, a saber, la jurisdicción voluntaria. En ese orden de ideas, tenemos que el término *jurisdicción*, en voz del jurista José Ovalle Favela, “proviene del latín *iurisdicctio*, que se forma de la locución *ius dicere*, la cual significa “decir o indicar el derecho” (Favela, 1999, p. 123).

En la obra *Nociones de derecho positivo mexicano* se establece que el vocablo jurisdicción “proviene de *iurisdicctio*, *-onis*, poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes, o para aplicarlas en juicio” (Santos Azuela, 2002, p. 284).

B. Derecho romano

En el derecho romano, se advierte que el vocablo *jurisdicción* tenía un sentido amplio de aplicación e interpretación. En efecto, en palabras del doctor Eduardo Pallares sabemos que “en el derecho romano, la palabra jurisdicción significaba al mismo tiempo alguna de las facul-

² “Artículo 530.- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.

tades que ahora se atribuyen al poder legislativo y las que tienen los tribunales” (Pallares Portillo, 1998). A su vez, el precitado autor cita al jurista y senador francés, Louis Bernard Bonjean, quien aseguró que:

la etimología de la palabra jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido muy amplio, que comprende el poder legislativo, lo mismo que el poder judicial: en efecto, decir el derecho, es reglamentar las relaciones sociales de los ciudadanos, sea creando la regla o aplicándola. De hecho, es cierto que a los romanos no les repugnaba que sus magistrados, no tan sólo suplieran el silencio de la ley, sino que también con demasiada frecuencia modificaran la ley por medio de edictos generales, a los que colocaban entre las leyes propiamente dichas. (Pallares Portillo, 1998)

Ahondando en lo anterior, cabe puntualizar que, durante la monarquía romana (753 a. C.-509 a. C.), el rey ostentaba todos los poderes, entre los que destacan el legislativo y el judicial. Al ser expulsado Tarquinio el Soberbio, séptimo y último rey de Roma, el Senado abolió la monarquía y Roma se convirtió en una República (509 a. C.-27 a. C.).

Lo anterior implicó una división de poderes que pasó a manos de los cónsules y, posteriormente, a los pretores. Para los romanos, los magistrados, a diferencia del sentido que se le otorga en nuestra sociedad, eran altos funcionarios que tenían la potestad de decir el derecho y no sólo de dirimir controversias jurídicas. En efecto:

Para los romanos, la jurisdicción no era más que una de las facultades que tenían los magistrados dentro de su sistema procesal; el cual se dividía en dos fases o instancias llamadas *in iure* e *in iudicio*. La primera de ellas se realizaba ante un *magistrado* que gozaba de la *iurisdictio*, es decir de la ‘facultad de conceder o denegar una *actio*, es decir, de permitir o prohibir el acceso al arbitraje de jueces privados’ (Florin Margadant, 1998) y la segunda se llevaba a cabo ante un juez quien después de la presentación de pruebas y alegatos dictaba sentencia (*iudicatio*). (Licona Bernal, 2005)

Ahora bien, durante la etapa del imperio romano (27 a. C.-476/1453), las figuras de *magistrado* y del *iudex* se acercaron. “Al suprimir los jueces privados, un magistrado absorbía la función del *iudex*. Sin embargo, se continuaba aplicando el término *magistrado*

también a altos funcionarios que no pertenecían al poder judicial” (Floris Margadant, 1998).

C. Jurisdicción contemporánea

A lo largo de la historia contemporánea, el concepto de jurisdicción ha evolucionado poco. Entre los conceptos más recientes, caben destacar los emitidos por los eminentes Juristas Carlos Arellano García y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Para Arellano García (1999) la jurisdicción es:

el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas, a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia.

En tanto que para el doctor Alcalá-Zamora y Castillo (1992) la jurisdicción es:

La función desenvuelta por el Estado para a) conocer, b) en su día decidir y c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado supra partes, acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrían también haber mediado actuaciones preliminares o asegurativas. (pp. 57-58)

D. Jurisdicción voluntaria

Una vez aclarado el concepto de jurisdicción, es oportuno centrar nuestra atención en la “jurisdicción voluntaria”. A diferencia de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción voluntaria no encuentra sus raíces en el derecho romano, sino que se remonta a la Edad Media, según lo afirmó el jurista Giuseppe Chiovenda.

Sin embargo, el jurista francés Dominique le Ninivin (1983) señaló que “los juristas de la antigua Roma conocían algunos procedimientos en los que se solicitaba al juez, no resolver un litigio, sino acordar medidas individuales acordes al orden público” (pp. 1-2). Sin embar-

go, el mismo autor reconoció que “la noción de jurisdicción graciosa³ no existía; sólo ocasionalmente se dirigían al juez que se concebía como un órgano tutelar, fuera de un conflicto que resolver”.

El doctor Becerra Bautista (1992) retoma la teoría de Chiovenda, que refería que la jurisdicción voluntaria era:

Aquel complejo de actos que los órganos de la jurisdicción realizan frente a un solo interesado, en virtud de acuerdo de varios, *in volentes*; y el nombre sirvió también para designar entre esos actos, aquellos que con el tiempo pasaron de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios.

En la jurisdicción voluntaria no existe debate entre partes; lo anterior es así ya que el objeto de ésta es documentar una situación en la que no existe controversia. En otras palabras, “la jurisdicción voluntaria puede entenderse como un procedimiento judicial en el que no hay litigio” (Fernández Ruiz, 2013). Esta puede llevarse ante un juez o, en algunos Estados de la República, ante un notario público.

A la luz de las anteriores consideraciones, se arriba a la conclusión de que la información *ad perpetuam* encuentra, de forma justificada, su tramitación en la vía de jurisdicción voluntaria, en virtud de los antecedentes jurídicos previamente descritos. Esto se debe a que en una información *ad perpetuam* un sujeto, *motu proprio*, acude ante una autoridad facultada para decir el derecho, es decir, investida de jurisdicción para poder conocer, decidir e imponer su decisión, a efecto de tutelar sus intereses, como acontece en la jurisdicción voluntaria tal y como lo manifestó el jurista Alcalá-Zamora y Castillo (1992) al señalar que “la jurisdicción voluntaria no es una providencia de justicia, sino tutela de interés”.

³ Término empleado en la doctrina francesa para aludir a la jurisdicción voluntaria. Cf. Artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles francés. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/

3. La posesión y la propiedad derivada de la información *ad perpetuam*

A. Estudio comparativo entre diversas entidades federativas

Existe la creencia popular de que la información *ad perpetuam* es el medio idóneo a través del cual una persona puede adquirir la propiedad de un bien inmueble. Sin embargo, lo cierto es que ello no siempre es así.

En efecto, a la luz de la jurisprudencia cuyo rubro se titula: “INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)”, visible en el registro digital número 177599,⁴ emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es dable advertir que la protocolización derivada de una información *ad perpetuam* no resulta ser oponible a tercero. Ello a la luz de la interpretación de los artículos 1252⁵ del Có-

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 177599. Instancia: Primera Sala. Novena Época. Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 91/2005. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXII, agosto de 2005, página 86. Tipo: Jurisprudencia. “Informaciones *ad perpetuam*. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). De la interpretación conjunta de los artículos 731 y 734 del Código de Procedimientos Civiles y 1252 del Código Civil, ambos para el Estado de Guanajuato, se advierte que la declaración hecha en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre diligencias de información *ad perpetuam*, sólo tiene el alcance de acreditar que se ha tenido la posesión de un inmueble, pero en ningún caso que se acreditó la propiedad y pueden servir de base para que en un juicio posterior se decida sobre la propiedad, siempre y cuando se reúnan las condiciones legales necesarias para ello. Esto es así, porque la propiedad es un derecho *erga omnes* por definición, mientras que la declaración hecha en las informaciones *ad perpetuam* sólo es oponible respecto de algunas personas. Por ello, de dichas diligencias no puede desprenderse un derecho de propiedad que no sea oponible a los demás. De igual forma, la declaración emitida en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no tiene efectos constitutivos, sino sólo declarativos, pues en ellos no existe una contención entre las partes. De esta manera, la propiedad sobre los inmuebles sólo puede acreditarse mediante el juicio contencioso en el que se han reunido las condiciones legales requeridas, por lo que las diligencias de información *ad perpetuam* resultan ineficaces para probar el elemento de propiedad necesario para ejercer la acción reivindicatoria”.

⁵ “Artículo 1252. El que hubiere poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas por este Código para adquirirlos por prescripción, puede promo-

digo Civil, y 731⁶ y 734⁷ del código adjetivo civil todos del Estado de Guanajuato.

La confusión en comento, sin duda alguna, es atribuible a dos elementos. El primero de ellos, es que la Autoridad Jurisdiccional suele fundamentar el fallo que resuelve la información *ad perpetuam* planteada, en la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo rubro se titula “INFORMACIÓN AD PERPETUAM, SE REQUIERE ACREDITAR TODOS LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

ver juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público de la Propiedad a fin de que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido, por ende, la propiedad. Comprobada debidamente la posesión, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y tal declaración se tendrá como título de propiedad y será inscrito en el Registro Público previa su protocolización. Cuando no se esté en el caso de deducir la acción que se menciona en el párrafo primero, por no estar inscrita en el Registro de la propiedad de los bienes en favor de persona alguna, se podrá demostrar ante el Juez competente, que se ha tenido la posesión, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles”.

⁶ “Artículo 731. Las informaciones *ad perpetuam* podrán recibirse cuando no tenga interés más que el promovente y se trate: I. De justificar algún hecho o acreditar un derecho; II. De justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble. Al darse entrada a la promoción el juez ordenará: que se dé publicidad a la solicitud del promovente por medio de dos avisos que se publicarán en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, de ocho en ocho días, y en los lugares públicos y que se pida a cargo del promovente, un certificado del Registro Público, del último registro del inmueble de que se trate. La información se recibirá con citación del Ministerio Público y de los colindantes; los testigos deben ser por lo menos tres de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiere. Estimada la prueba, en su caso, el juez hará la declaratoria que se menciona en el artículo 1252 de Código Civil y ordenará la protocolización. III. De comprobar la posesión de un derecho real. En este supuesto, la información se recibirá con citación del propietario o de los demás partícipes del derecho real; y en el caso de la fracción I, con la del Ministerio Público. El Ministerio Público y las personas con cuya citación se reciba la información, pueden tachar a los testigos por circunstancias que afecte su credibilidad”.

⁷ “Artículo 734. En el caso de la fracción II del artículo 731 si el promovente demuestra que ha tenido la posesión del inmueble, con los requisitos que exige el Código Civil para adquirirlo por prescripción, el juez dictará resolución en tal sentido; pero dicha resolución no surtirá efectos contra persona ajena al procedimiento, ni la información testimonial rendida en jurisdicción voluntaria podrá ser estimada como tal en juicio contradictorio. En los casos de las fracciones I y III del precepto legal mencionado, el juez dictará resolución, declarando acreditando o no el hecho o el derecho, materia de la información, o por comprobada o no la posesión de un derecho real con las salvedades apuntadas en el párrafo anterior. Las informaciones en que haya recaído resolución favorable al promovente, se mandarán protocolizar en el protocolo que aquél designe”.

DE LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA EN LA”, visible en el registro digital número 231457⁸ y, por ende, se ha prestado a que las personas creen que la información *ad perpetuam* tiene los mismos alcances que la prescripción positiva.

El segundo de ellos corresponde al hecho de que en diversas entidades federativas, a lo largo de la historia, se contemplaba que aquel que promoviera una información *ad perpetuam* y que hubiera poseído el bien inmueble por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlo, satisfechos los requisitos de ley, se convertiría en propietario en virtud de la prescripción; y tal declaración se tendría como título de propiedad y sería inscrita en el Registro Público.

Así, por ejemplo, de la interpretación de la legislación civil del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, vigente hasta el 21 de diciembre de 1998, se desprende que, de conformidad con el artículo 2849,⁹ la protocolización de informaciones *ad perpetuam* cons-

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 231457. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materia(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo I, Segunda Parte-1, enero-junio de 1988, página 351. Tipo: Aislada. “Información *ad perpetuam*, se requiere acreditar todos los elementos constitutivos de la prescripción positiva en la. Es inexacto que para la procedencia de diligencias de información *ad perpetuam*, sólo deba acreditarse la posesión en forma pacífica, continua y pública, y por más de diez años en el evento de que sea de mala fe, porque si uno de los requisitos que establece el artículo 1151 del Código Civil para el Distrito Federal, es que la posesión sea en concepto de propietario, ello obliga a la promovente a comprobar la causa generadora de su posesión, pues de esta manera se podrá justificar si se le transmitió el dominio o solamente la ocupación, y desde qué fecha, ya que conforme al artículo 826 del código de comento, la única posesión susceptible de producir la prescripción, es la que se adquiere y disfruta en concepto de dueño, por el término y condiciones a que se refiere el diverso artículo 1152 del indicado cuerpo de leyes”. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁹ “Artículo 2849. El que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlos, y no tenga título de propiedad o teniéndolo no sea inscribible por defectuoso si no está en el caso de deducir la acción que le concede el artículo 1073 por no estar inscrita en el Registro la propiedad de los bienes en favor de persona alguna, podrá demostrar ante el Juez competente que ha tenido esa posesión, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles. La información se recibirá con citación del Ministerio Público, del Representante del Fisco del Estado, y de los colindantes, en su caso. Los testigos deben ser por lo menos cinco de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiere. No se recibirá la información sin que previamente se haya dado una amplia publicación por medio de la prensa y de avisos fijados en los lugares públicos, a la solicitud del promovente. Comprobada debidamente la posesión el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la pres-

tituían un título de propiedad y, por ende, eran aptas para ejercitar la acción reivindicatoria. Dicha interpretación ha sido, de igual forma, compartida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, en la tesis cuyo rubro se titula: “INFORMACIONES AD PERPETUAM. CONSTITUYEN TÍTULO DE PROPIEDAD Y SON APTAS PARA EJERCITAR ACCIÓN REIVINDICATORIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)”, visible en el registro digital número 185996.¹⁰

Asimismo, después de la reforma al código sustantivo civil de 1998, en septiembre de 2010, se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, una tesis cuyo rubro se titula: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. LAS DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA SOBRE INFORMACIÓN TESTIMONIAL AD PERPETUAM, SÍ ACREDITAN EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)”, visible en el registro digital número 163898.¹¹ Del análisis de esta, se infiere que

cripción y la primera copia certificada de las diligencias originales que se expida o el primer testimonio del Notario, cuando aquellas fueren protocolizadas, se tendrá como título de propiedad y será inscrito en el Registro Público en la forma que establece el artículo 26 de la Ley sobre Reorganización del Registro Público de la Propiedad en el Estado, vigente”.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 185996. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: XI.2o.119 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XVI, septiembre de 2002, página 1380. Tipo: Aislada. “INFORMACIONES AD PERPETUAM. CONSTITUYEN TÍTULO DE PROPIEDAD Y SON APTAS PARA EJERCITAR ACCIÓN REIVINDICATORIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Aun cuando el más Alto Tribunal de Justicia de la Nación ha sostenido en diversas ejecutorias que las diligencias de información ad perpetuam, en su carácter de actuaciones en jurisdicción voluntaria, se reciben fuera de toda contención y que, por tanto, no pueden tener valor probatorio por sí solas para demostrar la propiedad de un inmueble, sin embargo, las mismas no son aplicables en la legislación del Estado de Michoacán, por existir, dentro del capítulo relativo a las informaciones de dominio, disposición expresa en contrario, como es el normativo 2849 del Código Civil de la entidad, categórico al establecer, entre otras cosas, que comprobada debidamente la posesión, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y que la primera copia certificada de las diligencias originales que se expida o el primer testimonio del notario, cuando aquellas fueren protocolizadas, se tendrá como título de propiedad y será inscrito en el Registro Público en la forma que establece el artículo 26 de la Ley sobre Reorganización del Registro Público de la Propiedad en el Estado y, por tanto, aptas para ejercitar la acción reivindicatoria”. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 163898. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: XI. T. Aux. C.13 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXXII, septiembre de 2010, página 1151. Tipo: Aislada. “ACCIÓN REIVINDICATORIA. LAS DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN

la información *ad perpetuam* sí constituía un título de propiedad oponible a terceros, es decir, que el legislador michoacano mantuvo en el Código Civil la posibilidad de adquirir un título de propiedad mediante la información *ad perpetuam*.

Sin embargo, el 3 de febrero de 2012 se derogó el artículo 2156 del Código Civil de Michoacán, que daba pie a la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado Auxiliar en materia civil con residencia en Morelia, Michoacán, y a partir de ese momento entró en vigor la Ley del Registro Público de la Propiedad del Estado de Michoacán de Ocampo, cuyo artículo 63¹² sigue reconociendo que la protocolización derivada de diligencias de información testimonial *ad perpetuam* sigue teniendo el carácter de título de propiedad; ello en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1171¹³ del Código de Procedimientos Civiles de dicha entidad federativa.

VOLUNTARIA SOBRE INFORMACIÓN TESTIMONIAL AD PERPETUAM, SÍ ACREDITAN EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). El artículo 2156 del Código Civil para el Estado de Michoacán prevé la prescripción de bienes inmuebles cuya propiedad no se encuentre inscrita en el Registro Público de la Propiedad Raíz y del Comercio del Estado, a favor de alguna persona y establece como efecto de tal acción que, comprobada la posesión el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario, en virtud de la prescripción y la primera copia certificada de las diligencias originales que se expida o el primer testimonio del notario, cuando aquellas fueran protocolizadas, se tendrá como título de propiedad y será inscrito en el registro de referencia. Por tanto, el título de propiedad así obtenido es apto y suficiente para ejercer la acción reivindicatoria, ello sin prejuzgar sobre el vicio de origen que ese título pudiera tener, pues en todo caso corresponde al demandado acreditar tal extremo. Con la interpretación anterior no se desatiende el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenido en la jurisprudencia 1a./J. 53/2008, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, julio de 2008, página 11, de rubro: «ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)», en razón de que la legislación que se interpretó al emitir esa jurisprudencia, prevé que el título derivado de la información *ad perpetuam* es demostrativo sólo de derechos posesorios y no de propiedad, como ocurre en la ley que impera en esta entidad federativa”. TRIBUNAL COLEGIADO AUXILIAR EN MATERIA CIVIL CON RESIDENCIA EN MORELIA, MICHOACÁN.

¹² “Artículo 63. La primera copia certificada de las diligencias que se expidan o el primer testimonio del Notario, en los casos en que el Juez declare que el poseedor se ha convertido en propietario, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo, será considerada como título escrito de dominio y será inscrito en el Registro Público”.

¹³ “Artículo 1171. Transcurrido ese término sin que se hubiere presentado opositor,

Una situación similar acontece en el Estado de México, puesto que desde antes de que se promulgara el actual Código Civil, el 7 de junio de 2002, se consignaba un trámite específico de naturaleza similar a la de un juicio de prescripción positiva, tal y como se advierte en la tesis cuyo rubro se titula “DILIGENCIAS DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM. CASO EN QUE ES INAPLICABLE EN EL ESTADO DE MÉXICO LA JURISPRUDENCIA 1A./J. 91/2005, DE RUBRO: «INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)»”, visible en el registro digital número 165042.¹⁴

el Juez recibirá desde luego la información, la que se aprobará o declarará sin lugar según su resultado, siendo apelable en ambos efectos la resolución que se dicte en el último sentido. En el primer caso, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y mandará inscribir tal declaración en el Registro Público”.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 165042. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: II.3o. C.76 C. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXXI, marzo de 2010, página 2971. Tipo: Aislada. “DILIGENCIAS DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM. CASO EN QUE ES INAPLICABLE EN EL ESTADO DE MÉXICO LA JURISPRUDENCIA 1A./J. 91/2005, DE RUBRO: «INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)». En los artículos 2898 del anterior Código Civil del Estado de México y 888, fracción IV, último párrafo, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México abrogado, está consignado un trámite específico de naturaleza similar a la de un juicio de prescripción positiva, en el que se comprueba además del hecho de la posesión, los requisitos que para poder usucapir contempla el artículo 932 del abrogado Código Civil, cuya procedencia descansa en la ausencia de antecedentes registrales del inmueble objeto; de tal manera que si ante el órgano jurisdiccional se cumplen los requisitos establecidos por la ley, como es la comprobación precisamente de que el inmueble carecía de antecedentes registrales, el estado físico que guardaba y, a través del testimonio de diversas personas se demuestra que la posesión ha sido por más de cinco años, de forma pacífica, pública, continua, de buena fe y a título de propietario, la resolución que se dicte, constituye un pronunciamiento de carácter judicial que sirve como título de propiedad; sin perjuicio de que ese documento sea valorado conforme a los cuestionamientos que respecto de su eficacia formule la contraparte de quien lo presenta. Conforme a lo anterior, resulta inaplicable, en ese supuesto, la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1a./J. 91/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, agosto de 2005, página 86, de rubro: «INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)»; porque para establecerlo, nuestro Máximo Tribunal partió del análisis de la legislación civil del Estado de Guanajuato, en la cual el artículo 731, fracción II, último párrafo, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, remite a la declaración consignada en el

A la fecha, en dicha entidad federativa sigue vigente un procedimiento de información de dominio en el que las personas pueden tener acceso a la propiedad, de conformidad con lo establecido por los artículos 8.61¹⁵ del Código Civil y 3.20¹⁶ del Código adjetivo civil.

En el Estado de Hidalgo la confusión en torno al alcance de la información *ad perpetuam* nace a raíz de la existencia del trámite de inmatriculación judicial regulado esencialmente por el artículo 3059¹⁷ del Código Civil, mediante el cual sí se alcanzaba la propiedad tal y como se advierte en la jurisprudencia por contradicción sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro se titula: “JUICIO REIVINDICATORIO. EL TÍTULO DE PROPIEDAD DERIVADO DE LA DECLARACIÓN EMITIDA EN UN PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN POR RESOLUCIÓN JUDICIAL, MEDIANTE INFORMACIÓN DE DOMINIO, ES APTO PARA DEMOSTRAR LA PROPIEDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO)”, visible en el registro digital número 2001667.¹⁸

diverso 1252 del Código Civil de ese Estado; y en esa intelección es que se consideró que la declaración respectiva, sólo acredita el hecho de la posesión, precisamente porque la finalidad de las diligencias de información *ad perpetuam*, conforme al supuesto normativo interpretado, consiste en justificar la posesión como medio para acreditar el dominio”. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

¹⁵ “Artículo 8.61.- El que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlos y no tenga título de propiedad o teniéndolo no sea inscribible, podrá demostrar ante el Juez competente que ha tenido esa posesión, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles”.

¹⁶ “Artículo 3.20.- El que tenga interés en rendir la información de dominio a que se refiere el Código Civil, a su solicitud acompañará: I. Certificado de no inscripción del inmueble, en el Registro Público de la Propiedad; II. Constancia de estar al corriente del pago del impuesto predial; III. Plano descriptivo y de localización del inmueble; IV. Constancia del comisariado ejidal o comunal de que el inmueble no está sujeto a ese régimen, cuando se encuentre localizado en zonas próximas”.

¹⁷ “Artículo 3059.- En el caso de la información de dominio a que se refiere el inciso a) de la fracción I del artículo anterior, al que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlos establecidas en el Libro Segundo, Título Séptimo, Capítulo II del Código Civil, y no tenga título de propiedad o, teniéndolo no sea susceptible de inscripción por defectuoso, podrá ocurrir ante el Juez competente para acreditar la prescripción rindiendo la información respectiva, en los términos de las disposiciones aplicables del Código de Procedimientos Civiles. Comprobados debidamente los requisitos de la prescripción, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y tal declaración se tendrá como título de propiedad y será inscrita en el Registro Público de la Propiedad”.

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2001667. Instancia: Primera Sala Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 29/2012 (10a.). Fuente: Se-

Cabe aquí hacer especial énfasis en que, en el Estado de Hidalgo, aún y cuando el artículo relativo a la inmatriculación fue derogado de conformidad con el alcance dos del Periódico Oficial de dicha entidad federativa, de fecha 22 de diciembre de 2014, se continúa aplicando el razonamiento sostenido en la precitada jurisprudencia y, por lo tanto, se sigue el criterio de que la información *ad perpetuam* no es oponible a terceros.

Esta situación tiene su origen en la publicación de la Ley del Registro Público de la Propiedad, la cual se acompañó de la derogación de los artículos relativos a la inmatriculación judicial. No obstante, aún y cuando se advierte en dicho ordenamiento legal que el legislador hidalguense mantuvo en el artículo 89¹⁹ la posibilidad de inscribir derechos de posesión y de propiedad adquiridos mediante información testimonial, materialmente desapareció esa figura del Código Civil.

Ahora bien, al analizar la legislación sustantiva civil vigente del Estado de Veracruz, se advierte que el artículo 2956²⁰ dispone que

manario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, libro XII, septiembre de 2012, tomo 1, página 402. Tipo: Jurisprudencia. “JUICIO REIVINDICATORIO. EL TÍTULO DE PROPIEDAD DERIVADO DE LA DECLARACIÓN EMITIDA EN UN PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN POR RESOLUCIÓN JUDICIAL, MEDIANTE INFORMACIÓN DE DOMINIO, ES APTO PARA DEMOSTRAR LA PROPIEDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO). Si bien, en el Estado de Hidalgo, la declaración derivada de un simple procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre diligencias de información *ad perpetuam*, no puede constituir un título de propiedad que sea oponible a los demás, sino únicamente un «título supletorio», no resulta válido sostener una premisa similar para el caso de un título proveniente del trámite de inmatriculación por resolución judicial mediante información de dominio, ya que por disposición expresa del artículo 3059 del Código Civil de dicha entidad —una vez cumplidos los requisitos establecidos para tal efecto—, la declaración que se emita en ese procedimiento, se tendrá como título de propiedad para ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, como primer antecedente del bien inmueble; sin perjuicio de que tal inscripción pueda cancelarse mediante mandato judicial contenido en sentencia irrevocable”.

¹⁹ “Artículo 89. La primera inscripción por vía judicial procederá por: I. Resolución que acredita hechos de posesión; II. Información testimonial para acreditar derechos de posesión y propiedad; y III. Otra forma que pudiera determinar la autoridad correspondiente, por razones suficientes y con fundamento en derecho”.

²⁰ “Artículo 2956. El que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlos, y no tenga título de propiedad o teniéndolo no sea inscribible por defectuoso, si no está en el caso de deducir la acción que le concede el artículo 1156, por no estar inscrita en el Registro de la propiedad de los bienes en favor de persona alguna, podrá demostrar ante el juez competente, que ha tenido esa posesión, rindiendo la información respectiva, en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles, de acuerdo con las reglas siguientes: I.- A su solicitud acompañará precisamente certificado del Registro Público que demuestre que los

al resolverse procedente la información *ad perpetuam*, se declarará que el promovente se ha convertido en propietario lo que permite arribar a la conclusión de que su título será oponible a terceros. Un análisis similar ha sido sostenido por el Segundo y Cuarto Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito en las tesis cuyos rubros se titulan: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN DE DOMINIO, QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD (INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 53/2008).” y “ACCIÓN REIVINDICATORIA, TÍTULO SUPLETORIO DE DOMINIO (DILIGENCIAS DE INFORMACIÓN TESTIMONIAL AD PERPETUAM), EFICACIA PARA EL EJERCICIO DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)”, visibles en los registros digitales números 2000301²¹

bienes no están inscriptos; II.- La información se recibirá con citación del Ministerio Público, del respectivo Registrador de la Propiedad y de los colindantes; III.- Los testigos deben ser por lo menos tres de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiere; IV.- No se recibirá la información sin que previamente se haya dado una amplia publicidad por medio de la prensa y de avisos fijados en los lugares públicos a la solicitud del promovente; V.- Comprobada debidamente la posesión, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción, y tal declaración se tendrá como título de propiedad, y será inscripta en el Registro Público”.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2000301. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: VII.2o.C.1 C (10a.). Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, libro VI, marzo de 2012, tomo 2, página 1045. Tipo: Aislada. “ACCIÓN REIVINDICATORIA. SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN DE DOMINIO, QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD (INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 53/2008). La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 149/2007-PS, emitió la jurisprudencia 1a./J. 53/2008, de rubro: «ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)», publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, julio de 2008, página 11, e interpretó los artículos 731 y 734 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con el diverso 1252 del Código Civil, todos del Estado de Guanajuato. De su exégesis concluyó que la declaración hecha en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre diligencias de información *ad perpetuam*, sólo tiene el carácter para acreditar que se ha tenido la posesión de un inmueble, pero no que se acreditó la propiedad y pueden servir de base para que en un juicio posterior se decida sobre esta, por lo que de esas diligencias no puede derivarse un derecho de propiedad que no sea oponible a los demás. Sin embargo, este Tribunal Colegiado estima que la citada jurisprudencia es inaplicable a la legislación vigente en el Estado de Veracruz, pues el análisis de la fracción V del artículo 2956 del Código Civil contempla una porción normativa que no aparece inserta en la ley sustantiva de

y 220420.²²

La confusión en la que se encuentran muchos justiciables se origina en que existen, en el derecho positivo mexicano, tantos códigos sustantivos y adjetivos civiles como existen entidades federativas, más los correspondientes a la Federación, situación que eleva la complejidad de entendimiento. En efecto, dependiendo de su localización geográfica y la fecha en la que se llevó a cabo el procedimiento de jurisdicción voluntaria, la información *ad perpetuam* le permitirá, o no, a su promovente adquirir el dominio pleno sobre un bien inmueble.

Guanajuato; de ahí que se estime que se trata de una hipótesis diversa a la analizada en la jurisprudencia antes citada, pues mientras en la legislación vigente del Estado de Guanajuato se advierte que la declaración hecha en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre diligencias de información *ad perpetuam*, sólo tiene el alcance para acreditar que se ha tenido la posesión de un inmueble, pero en ningún caso para demostrar su propiedad, en la legislación sustantiva civil vigente para el Estado de Veracruz se prevé expresamente en la fracción V del referido artículo 2956 que una vez comprobada debidamente la posesión, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción, y tal declaración se tendrá como título de propiedad, y será inscrita en el Registro Público; parte normativa que no se encuentra regulada en el numeral 1252 del Código Civil vigente en Guanajuato, lo que hace inaplicable la jurisprudencia de mérito”.

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación Registro digital: 220420. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materia(s): Civil. Tesis: VII.4o.2 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo IX, febrero de 1992, página 122. Tipo: Aislada. “ACCIÓN REIVINDICATORIA, TÍTULO SUPLETORIO DE DOMINIO (DILIGENCIAS DE INFORMACIÓN TESTIMONIAL AD PERPETUAM), EFICACIA PARA EL EJERCICIO DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). De conformidad con el artículo 2956 del Código Civil para el Estado de Veracruz, el que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y las condiciones exigidas para prescribirlos, y no tenga título de propiedad, podrá demostrar ante el Juez competente que ha tenido esa posesión, rindiendo la información respectiva en los términos y de acuerdo con las reglas que el propio numeral señala, destacándose entre estas la contenida en la fracción V, que prevé que comprobada debidamente la posesión, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción, y tal declaración se tendrá como título de propiedad, misma que será inscrita en el Registro Público. Por consiguiente, si el actor en un juicio reivindicatorio funda su acción, en un título de esa naturaleza, es incuestionable que el citado título supletorio, es suficiente y apto para demostrar la legitimación del actor para ejercitar la acción reivindicatoria, pues como se ha visto, demostrada la posesión el Juez declarará propietario al poseedor; ello sin prejuzgar sobre el vicio de origen que ese título pueda tener, puesto que en todo caso es a cargo del demandado acreditar tal extremo”.

B. La información ad perpetuam en las entidades federativas donde resulta aplicable la jurisprudencia 1a./J. 91/2005

La jurisprudencia 1a./J. 91/2005 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es una interpretación de carácter general y obligatorio para todos los tribunales del país, incluyendo los de las entidades federativas.

Sin embargo, cabe aquí resaltar que, si bien existen entidades federativas tales como Michoacán, Estado de México y Veracruz, en donde la información testimonial es oponible frente a terceros al constituir derechos de propiedad, no es así en los Estados de Hidalgo o Guanajuato.

Es importante tener en cuenta que, aunque la jurisprudencia sea de aplicación obligatoria, la valoración de los requisitos y la decisión de admitir o no la información *ad perpetuam* corresponde a los jueces y tribunales locales en cada entidad federativa. Por lo tanto, en la práctica, la aplicación de esta figura jurídica puede variar de un caso a otro, dependiendo de las circunstancias específicas y del criterio de los órganos jurisdiccionales en cada Estado.

C. Esencia de la información testimonial ad perpetuam

Como ya se mencionó con anterioridad, la información *ad perpetuam* tiene por objeto tutelar derechos, concretamente, cuando no tenga interés más que el promovente y se trate de justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble y de comprobar la posesión de un derecho real sobre inmuebles, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 538²³ del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En otros términos, el promovente debe justificar su posesión en los mismos términos que los dispuestos para la procedencia de la prescripción positiva, a través de diversos testigos para así acreditar

²³ “Artículo 538. Las informaciones «*ad perpetuam*» podrán decretarse cuando no tenga interés más que el promovente, y se trate: I.- De justificar la posesión, como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble; y II.- De comprobar la posesión de un derecho real sobre inmuebles (...)”

el dominio pleno que dice ejercer sobre el bien inmueble y poder, de tal suerte, obtener un título supletorio de propiedad.

Por lo tanto, el promovente debe demostrar que posee el bien inmueble en concepto de propietario, de manera pacífica, pública y continua por un periodo igual al requerido para poder demandar la prescripción. Por cuanto hace al concepto de propietario, cabe hacer énfasis en que la posesión debe adquirirse mediante un título suficiente para dar ese derecho; es decir, un justo título que sea de fecha cierta en los términos de lo dispuesto por la jurisprudencia 1a./J. 82/2014 (10a.),²⁴ emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2008083. Instancia: Primera Sala. Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 82/2014 (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, tomo I, página 200. Tipo: Jurisprudencia. "PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. AUNQUE LA LEGISLACIÓN APLICABLE NO EXIJA QUE EL JUSTO TÍTULO O ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO QUE CONSTITUYE LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN DE BUENA FE, SEA DE FECHA CIERTA, LA CERTEZA DE LA FECHA DEL ACTO JURÍDICO DEBE PROBARSE EN FORMA FEHACIENTE POR SER UN ELEMENTO DEL JUSTO TÍTULO (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1A./J. 9/2008). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia citada, estableció que para la procedencia de la acción de prescripción positiva de buena fe es indispensable que el documento privado que se exhiba como causa generadora de la posesión sea de fecha cierta, porque: a) se inscribió en el Registro Público de la Propiedad; b) fue presentado ante algún funcionario por razón de su oficio; o, c) alguno de sus firmantes falleció. Ahora bien, una nueva reflexión sobre el tema lleva a apartarse de ese criterio y, por ende, a interrumpir dicha jurisprudencia, ya que, tanto la certeza de la fecha como la celebración misma del acto jurídico traslativo de dominio, incluyendo la autenticidad del documento, pueden acreditarse con diversos medios de prueba que deben quedar a la valoración del juzgador, además de que el cumplimiento con alguno de los tres requisitos señalados no es óptimo para acreditar el «justo título». En efecto, el justo título es un acto traslativo de dominio «imperfecto», que quien pretende usucapir el bien a su favor cree fundadamente bastante para transferirle el dominio, lo que implica que esa creencia debe ser seria y descansar en un error que, en concepto del juzgador, sea fundado, al tratarse de uno que «en cualquier persona» pueda provocar una creencia respecto de la validez del título. Por tanto, para probar su justo título, el promovente debe aportar al juicio de usucapión las pruebas necesarias para acreditar: 1) que el acto traslativo de dominio que constituye su justo título tuvo lugar, lo cual debe acompañarse de pruebas que demuestren que objetivamente existían bases suficientes para creer fundadamente que el enajenante podía disponer del bien, lo cual prueba cierta diligencia e interés en el adquirente en conocer el origen del título que aduce tener su enajenante; 2) si el acto traslativo de dominio de que se trata es oneroso, que se hicieron pagos a cuenta del precio pactado; en caso contrario, tendrá que probar que la transmisión del bien se le hizo en forma gratuita; y, 3) la fecha de celebración del acto jurídico traslativo de dominio, la cual deberá acreditarse en forma fehaciente, pues constituye el punto de

Ahondando en lo anteriormente señalado, debe recordarse que la información testimonial *ad perpetuam*, de acuerdo con un análisis emitido por la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no tiene efectos constitutivos, sino únicamente declarativos tal y como se desprende de la tesis cuyo rubro se titula “Informaciones *ad perpetuam*”, visible en el registro digital número 341683.²⁵

En ese mismo orden de ideas, cabe resaltar que, al concluir el procedimiento de jurisdicción voluntaria, el promovente obtiene un título supletorio de propiedad, es decir, un documento que, como su nombre lo indica, suple las funciones de un título de propiedad, sin llegar a serlo, para lo cual debe inscribir la sentencia emitida por la autoridad competente en el Registro Público de la Propiedad previa protocolización ante notario público pues, sólo entonces, el promovente contará con su título supletorio de propiedad.

partida para el cómputo del plazo necesario para que opere la prescripción adquisitiva de buena fe; además de probar que ha poseído en concepto de propietario con su justo título, de forma pacífica, pública y continua durante cinco años, como lo establecen los Códigos Civiles de los Estados de México, de Nuevo León y de Jalisco. De manera que todo aquel que no pueda demostrar un nivel mínimo de diligencia, podrá prescribir, pero en el plazo más largo de diez años, previsto en los códigos citados, ya que, de otra forma, se estará ampliando injustificadamente el régimen especial que el legislador creó para aquellas personas que puedan probar que su creencia en la validez de su título es fundada, con base en circunstancias objetivas, y no apreciaciones meramente subjetivas ajenas a la realidad. Así, la procedencia de la prescripción adquisitiva que ejerce un poseedor que aduce ser de buena fe, tendrá que cimentarse en la convicción que adquiera el juzgador de la autenticidad del propio título y de la fecha a partir de la cual se inició la posesión en concepto de propietario, con base en la valoración de los diversos medios de convicción que ofrezca la parte actora para demostrar que es fundada su creencia en la validez de su título, debiendo precisar que la carga de la prueba recae en la parte actora”.

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 341683. Instancia: Tercera Sala. Quinta Época. Materia(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXVII, página 1020. Tipo: Aislada. “INFORMACIONES AD PERPETUAM. Es posible ordenar la tildación de la inscripción de la sentencia recaída en una información *ad perpetuam*, sin que sea indispensable reclamar la nulidad de la sentencia y sin que pueda hablarse de afectación del principio de la cosa juzgada, pues tales fallos son solamente declarativos, pero siempre sin perjuicio del derecho de tercero”.

D. La información testimonial *ad perpetuam* y la propiedad

Así tenemos que la protocolización de la jurisdicción voluntaria de información testimonial *ad perpetuam* no podrá, en ningún escenario, adquirir la calidad de título de propiedad, condición *sine qua non* para la procedencia de la acción reivindicatoria. Lo anterior es así ya que la sentencia definitiva que se dicta en tal procedimiento tiene por efecto reconocer a la parte actora como legítima propietaria, y restituirla en la posesión del bien de su propiedad. De ahí que resulte improcedente la acción en comento cuando el documento base de la acción lo constituye la protocolización de la información *ad perpetuam*, ya que esta no reconoce la calidad de propietario de su promovente. Lo anterior encuentra sustento en la jurisprudencia cuyo rubro se titula “Informaciones *ad perpetuam*. La resolución que en ellas se dicte no es apta para acreditar la propiedad del inmueble materia de un juicio reivindicatorio (legislación del Estado de Guanajuato)”, visible en el registro digital número 177599, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por lo tanto, es dable afirmar que la protocolización de la jurisdicción voluntaria de información testimonial *ad perpetuam* tiene un nulo alcance para acreditar la propiedad de un bien inmueble.

E. La información testimonial *ad perpetuam* y la posesión

Por cuanto hace a la posesión, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Sexto Circuito, en la tesis cuyo rubro se titula: “ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN. LA RESOLUCIÓN RECAÍDA A LAS DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 731, FRACCIÓN II Y 734 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, ELEVADA A LA CATEGORÍA DE ESCRITURA PÚBLICA, NO CONSTITUYE UN JUSTO TÍTULO PARA QUE AQUÉLLA PROCEDA”, visible en el registro digital número 2019840,²⁶ ha sostenido que la información

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2019840. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: XVI.1o.C.4 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, mayo de 2019, tomo III, página 2415. Tipo: Aislada. “ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN.

LA RESOLUCIÓN RECAÍDA A LAS DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 731, FRACCIÓN II Y 734 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, ELEVADA A LA CATEGORÍA DE ESCRITURA PÚBLICA, NO CONSTITUYE UN JUSTO TÍTULO PARA QUE AQUÉLLA PROCEDA. La otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo en la jurisprudencia por contradicción de tesis 3a./J. 1/94, consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 74, febrero de 1994, página 15, de rubro: «ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN. PUEDE SER INTENTADA TANTO POR EL PROPIETARIO COMO POR EL POSEEDOR DE LA COSA», que las acciones publiciana o plenaria de posesión y reivindicatoria, son acciones reales; la primera protege la posesión y la segunda la propiedad; en ambas la sentencia tiene efectos de condena, pues el demandado debe restituir la cosa con sus frutos y accesiones, las dos competen a quien no está en posesión de la cosa a la cual tiene derecho a poseer, por justo título, aun cuando no lo acredite como propietario en la publiciana; y en la reivindicatoria por tener la propiedad de la cosa. Así, en aquélla el actor debe acreditar ser adquirente con justo título y buena fe y en esta tener el dominio. En estas condiciones, el propietario puede intentar la acción publiciana cuando no quiera que se cuestione la propiedad y esté en condiciones de probar que es adquirente con justo título, lo cual se requiere para la procedencia de dicha acción y logrará la restitución de la cosa con sus frutos y accesiones, aun cuando no se declare que tiene el dominio, toda vez que es efecto exclusivo de la reivindicatoria, lo que la diferencia de la publiciana o plenaria de posesión. Por su parte, la Primera Sala del Más Alto Tribunal definió en la jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 13/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, marzo de 1998, página 99, de rubro: «ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN», que la acción publiciana protege la posesión jurídica y no la material. De igual forma, en la diversa jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 53/2008, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, julio de 2008, página 11, de rubro: «ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)», la propia Sala estableció que acorde con la jurisprudencia 1a./J. 91/2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, agosto de 2005, página 86, con el rubro: «INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)», la resolución recaída a las diligencias de jurisdicción voluntaria de información ad perpetuum no es apta para acreditar la propiedad, sino sólo la posesión; de ahí que por virtud de la institución jurídica de la causahabencia, quien posee un bien en esas condiciones, al transmitirlo única y exclusivamente puede trasladar la posesión, ya que el causahabiente sólo puede sustituirse en los derechos de que disponga su causante. En congruencia con lo expuesto, se concluye que no queda probado el elemento de justo título necesario para la procedencia de la acción publiciana, si el documento exhibido por el actor para acreditar ese extremo tiene como antecedente causal diligencias de jurisdicción voluntaria de información ad perpetuum previstas en el artículo 731, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, aun cuando esté revestido de la forma de un acto jurídico por el que es factible adquirir la propiedad (venta, dona-

testimonial *ad perpetuam* no puede ser considerada como un justo título para poseer y, por lo tanto, no es oponible a terceros bajo ninguna circunstancia, puesto que con ella se obtiene la posesión material más no jurídica del bien inmueble.

Cabe aquí recordar que la procedencia de la acción publiciana se encuentra supeditada a que la parte actora demuestre:

- a) Tener justo título para poseer.
- b) Que ese título se haya adquirido de buena fe.
- c) Que el demandado posee el bien a que se refiere el título.
- d) Que es mejor el derecho del actor para poseer materialmente, que el que alegue el demandado.

Tal y como ha sido sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia cuyo rubro se titula “ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN”, visible en el registro digital número 196640.²⁷

ción, testamento, permuta, prescripción positiva, etcétera) y elevado a la categoría de escritura pública pues, con ello sólo se demuestra que se adquirió la posesión material del bien, no así la posesión jurídica indispensable para su ejercicio; máxime que el dispositivo 734 del ordenamiento citado, prohíbe que la resolución que declara que el promovente de las diligencias de información *ad perpetuam* demostró haber tenido la posesión del inmueble con los requisitos que exige el Código Civil para adquirirlo por prescripción, pueda ser estimada como tal en juicio contradictorio, siendo este el caso del juicio plenario de posesión”.

²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 196640. Instancia: Primera Sala. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 13/98. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo VII, marzo de 1998, página 99. Tipo: Jurisprudencia. “ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN. Para que se declare fundada la acción publiciana deben acreditarse los siguientes elementos: a) tener justo título para poseer; b) que ese título se haya adquirido de buena fe; c) que el demandado posee el bien a que se refiere el título; y d) que es mejor el derecho del actor para poseer materialmente, que el que alegue el demandado. Por lo que el juzgador debe examinar únicamente la existencia de tales requisitos, sin que deba exigir la comprobación de que el actor tuvo la posesión material del bien, ya que, de acuerdo con las circunstancias especiales del caso, lo dejaría en estado de indefensión, a pesar de contar con los elementos anteriores, al ser improcedentes la reivindicación, por no tener el dominio de la cosa, y los interdictos posesorios que proceden, dentro de un año, cuando se ha sido despojado de la posesión material del bien, o existe perturbación en la posesión; de tal manera que la acción publiciana protege la posesión jurídica y no la material”.

Sin embargo, me permito respetuosamente disentir del criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Sexto Circuito, en virtud de que el razonamiento sostenido se contrapone con lo señalado por el Máximo Tribunal de nuestro país en la jurisprudencia 1a./J. 91/2005, de obligatoria observancia, en la cual se determinó que la información *ad perpetuam* tiene el alcance de acreditar que se ha tenido la posesión de un inmueble y, a mi juicio, tal posesión resulta oponible a terceros que carezcan de título alguno o cuyo título supletorio haya sido inscrito posteriormente.

Ahondando en ello, estimo que, en la acción publiciana a diferencia de la acción reivindicatoria, por justo título, debemos entender la justa causa mediante la cual se entró en posesión del bien inmueble, ya que, de ostentar el justo título al que alude la precitada tesis, la acción que correspondería interponer sería precisamente la reivindicatoria.

En efecto, aún y cuando el Máximo Tribunal de nuestro País ha estatuido que se requiere un justo título para la procedencia de la acción en estudio, también es cierto que para el caso de que una persona, en ejercicio de la acción publiciana, demande la restitución del bien inmueble de otra que no tenga título alguno, se deberá tomar en cuenta esa circunstancia, ya que el título supletorio alcanza el valor de presunción de conformidad con lo sostenido por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito en la tesis cuyo rubro se titula “INFORMACIÓN AD PERPETUAM. VALOR PROBATORIO EN MATERIA DE POSESIÓN Y PROPIEDAD”, visible en el registro digital número 225090,²⁸ pues, de lo contrario,

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 225090. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Materia(s): Civil. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo VI, Segunda Parte-2, julio-diciembre de 1990, página 554. Tipo: Aislada. “INFORMACIÓN AD PERPETUAM. VALOR PROBATORIO EN MATERIA DE POSESIÓN Y PROPIEDAD. Las informaciones *ad perpetuam* sólo tienen por objeto acreditar algún hecho o justificar un derecho, en los que no tiene interés, más que la persona que promueve. Ahora bien, por su carácter de actuaciones de jurisdicción voluntaria no pueden tener valor probatorio, en cuanto a la posesión, ni como instrumento público ni como información testimonial; lo primero, porque su protocolización sólo implica la autenticidad de la información, en cuanto a su existencia, pero no en lo que respecta al fondo; y, lo segundo, porque las declaraciones de las personas que en ellas intervienen, no engendran de manera alguna, los efectos de la prueba testimonial, por no satisfacer las garantías de publicidad y de protección del derecho de contradicción reconocido a las partes, por las normas que regulan la recepción de la prueba en el juicio; por ello, tales diligencias no constituyen un título de propiedad, sino que sólo

se dejaría la posibilidad a que cualquier persona, sin título alguno, pudiese desposeer a otra que tenga únicamente un título supletorio de propiedad.

En otro escenario, en el que ambas partes hagan valer un título supletorio de propiedad proveniente de la protocolización de información *ad perpetuam*, se debería realizar una ponderación de títulos en la misma forma proscrita para la acción reivindicatoria como se observa en la jurisprudencia, de obligatoria observancia, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito cuyo rubro se titula “Acción reivindicatoria. Ponderación de los títulos, cuando estos tienen distinto origen (legislación del Estado de Veracruz)”, visible en el registro digital número 2002438,²⁹ ya que para el caso de ceñirse estrictamente a que la información *ad perpetuam* no puede servir de justo título para declarar la procedencia de la acción publiciana se estaría dejando a las partes en un claro limbo.

E. La información testimonial ad perpetuam y la causahabencia

La institución de la causahabencia se materializa cuando, el causahabiente, es decir, el sucesor jurídico de una persona, adquiere de otra persona que a su vez se llama causante, una propiedad o un de-

debe concedérseles el valor de una presunción siempre y cuando estén debidas y oportunamente protocolizadas”.

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2002438. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: VII.2o.C.31 C (10a.). Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, libro XVI, enero de 2013, tomo 3, página 1887. Tipo: Aislada. “ACCIÓN REIVINDICATORIA. PONDERACIÓN DE LOS TÍTULOS, CUANDO ESTOS TIENEN DISTINTO ORIGEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Cuando el reivindicante tiene un título de propiedad y el demandado no tiene ninguno, dicho título basta para tener por demostrado el derecho del actor, siempre que sea anterior a la posesión del demandado. Cuando la posesión es anterior al título, entonces es necesario que el reivindicante presente otro anterior a la posesión de la cual disfruta el demandado. Cuando las dos partes tienen títulos, pueden distinguirse dos casos: aquel en donde los títulos tengan el mismo origen, y en el que tengan orígenes diversos; si proceden de una misma persona, en este caso, se atenderá a la prelación en el registro, y si no está registrado ninguno de los títulos, predominará el primero en fecha; cuando estos se encuentran inscritos, pero proceden de distinta persona, entonces se dará prevalencia al que tenga el antecedente más remoto, atendiendo al principio de tracto sucesivo registral, reflejado en el artículo 2942 del Código Civil para el Estado de Veracruz”.

recho. Esa adquisición o traslación se transmite con los mismos atributos con el que lo detentaba el causante.

De ahí que, tratándose de información testimonial *ad perpetuam*, la imperfección del título será trasladada a los terceros que adquieran por traslación de dominio (compraventa, donación, etc.) el bien inmueble motivo de la información *ad perpetuam* y, por lo tanto, los causahabientes siempre tendrán un título imperfecto. Dicho criterio ha sido, de igual forma, sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia, cuyo rubro se titula: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)”, visible en el registro digital número 169394.³⁰

IV. Reflexiones personales

Como se ha evidenciado a lo largo del presente estudio, existe una multiplicidad de normas y criterios que han conducido a que los jus-

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 169394. Instancia: Primera Sala. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 53/2008. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXVIII, julio de 2008, página 11. Tipo: Jurisprudencia. “ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). Acorde con la jurisprudencia 1a./J. 91/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, agosto de 2005, página 86, con el rubro: «INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)», la resolución recaída a diligencias de jurisdicción voluntaria de información *ad perpetuam* no es apta para acreditar la propiedad, sino sólo la posesión; de ahí que por virtud de la institución jurídica de la causahabencia, quien posee un bien en esas condiciones, al transmitirlo única y exclusivamente puede trasladar la posesión, ya que el causahabiente sólo puede sustituirse en los derechos de que disponga su causante. En congruencia con lo anterior, se concluye que no queda probado el elemento propiedad, necesario para la procedencia de la acción reivindicatoria, si el título exhibido por el actor para acreditar tal extremo tiene como antecedente causal diligencias de jurisdicción voluntaria de información *ad perpetuam*, aun cuando esté revestido de la forma de un acto jurídico por el que es factible adquirir la propiedad (venta, donación, testamento, permuta, etcétera), pues con ello sólo se demuestra que se adquirió la posesión del bien, pero no su propiedad”.

ticiables —que son los primeros afectados con los fallos emitidos por los Tribunales de nuestro país— no tengan certeza jurídica respecto de la calidad con la que poseen un bien. Aun al día de hoy, muchas personas desconocen que la protocolización de las diligencias de jurisdicción voluntaria de información testimonial *ad perpetuam*, en ciertas entidades federativas, no es oponible a terceros y no constituye un verdadero título de propiedad, sino únicamente uno supletorio.

A raíz de lo anterior, resulta evidente que el México del siglo XXI no puede continuar teniendo tantos códigos sustantivos y adjetivos civiles, que lejos de ser el reflejo de la soberanía de las entidades federativas, son los causantes de una gran confusión. Esto ha contribuido al sentimiento de injusticia y falta de confianza en las instituciones públicas.

Lo anterior es así a la luz de la movilidad que caracteriza nuestro tiempo. En efecto, jamás en la historia de la humanidad había existido tanto desplazamiento de personas tanto nacional como internacional; una situación que se ha visto acentuada por la pandemia producida por el virus SARS-CoV-2. De allí que muchos han buscado alejarse de las grandes urbes y volver a ciudades que cuenten con mayores espacios verdes, tal y como lo ha sostenido el periodista Patrick McGee (2020).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es importante destacar que, aunque nuestro país se guía, en teoría, por los principios federales, en la práctica, muchas decisiones están sujetas a las disposiciones de los Poderes de la Unión. Por lo tanto, resulta esencial y oportuno armonizar tanto la legislación sustantiva como la adjetiva civil, con el fin de brindar seguridad y certeza a aquellas personas que recurren a las instituciones jurisdiccionales.

Ahora bien, por cuanto hace a la figura de la información *ad perpetuam*, considero que debe ser modificada, a efecto de ajustarse a la realidad social en la que vivimos.

En nuestro país, muchísimas personas sustentan su propiedad en la protocolización de una jurisdicción voluntaria, la cual, como ya lo hemos visto, no siempre es oponible frente a terceros tanto en la acción reivindicatoria como publiciana. Por lo tanto, estimo que la información *ad perpetuam* debería reformarse y homologarse a nivel nacional, a efecto de reconocer derechos posesorios y posteriormente de pleno dominio oponible ante terceros.

Para lograr tal situación, considero que transcurrido el tiempo necesario para la prescripción gozando de la posesión con las características necesarias para usucapir, al concluir el procedimiento de jurisdicción voluntaria ante una instancia judicial, tal y como se encuentra descrito en el artículo 2956 del Código Civil del Estado de Veracruz, se le reconozcan al promovente únicamente derechos posesorios oponibles a terceros que no tengan título o cuyo título sea supletorio.

Posteriormente, transcurridos 5 años a partir de la inscripción de la protocolización de la información *ad perpetuam*, estimo conducente que el mismo interesado o, en su defecto, sus causahabientes, por medio de un procedimiento en vía de jurisdicción voluntaria, el cual se pueda llevar ante notario público, en donde se le dé nuevamente publicidad a través de la publicación en los periódicos de mayor circulación, y, ante la falta de oposición de terceros con interés, se declare que el bien ha prescrito a favor del promovente, reconociéndole, de tal suerte, el dominio pleno sobre el bien inmueble.

En otros términos, propongo un procedimiento en dos etapas, reconociendo, al cabo de la primera, derechos posesorios; y, al cabo de la segunda, derechos de propiedad. Considero, de igual forma, que la segunda etapa deberá aplicarse retroactivamente en beneficio de aquellos que ya gozan de una información testimonial, que ya cumplieron con las condiciones previamente descritas, para que ellos también puedan tener derechos de propiedad en los Estados en los que no se les reconocieron tales derechos.

En conclusión, es fundamental buscar soluciones para evitar que los ciudadanos de nuestra República queden desprotegidos a causa de las imperfecciones en sus títulos de propiedad. Lamentablemente, en la actualidad, una persona puede dedicar años de arduo trabajo y esfuerzo para adquirir y mantener un patrimonio, y luego perder ese bien inmueble debido a deficiencias en el título que lo ampara.

Lo que aquí se plantea no es limitar los derechos de quienes poseen un título de propiedad legítimo y quieran reclamar lo que les pertenece, sino más bien brindar un periodo de tiempo razonable para que aquellos con títulos imperfectos puedan demostrar su interés y compromiso por la propiedad en cuestión.

Considero que es importante establecer mecanismos que garanticen la seguridad jurídica de los ciudadanos en materia de propiedad

inmobiliaria, evitando que sean despojados de sus bienes debido a la imperfección de sus títulos. Esto podría lograrse a través de plazos adecuados y procesos de regularización que permitan a los propietarios subsanar las deficiencias en su documentación, siempre que no se afecte los derechos de quienes cuenten con títulos de propiedad válidos y legítimos.

V. Referencias

- Alcalá-Zamora Y Castillo, N. (1992). *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Arellano García, C. (1999). *Teoría General del Proceso*. Porrúa.
- Becerra Bautista, J. (1992). *El proceso civil en México*. Porrúa.
- Fernández Ruiz, J. (2013). *La jurisdicción voluntaria en tribunales contencioso administrativos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Floris Margadant, G. (1998). *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. Esfinge.
- Fuentes García, J. (1998). Informaciones *ad perpetuam* y de dominio ante notario. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, (11), 71-74.
- Le Ninivin, D. (1983). *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*. Litec.
- Licona Bernal, L. S. (2005). *La jurisdicción voluntaria como procedimiento extrajudicial*. ¿Editorial?
- McGee, P. (2020, septiembre 28). Covid-19 impulsa la migración de las grande ciudades. *Milenio*. <https://www.milenio.com/negocios/financial-times/covid-19-impulsa-la-migracion-de-las-grande-ciudades>
- Ovalle Favela, J. (1999). *Teoría general del proceso* (4a. ed.). Oxford.
- Pallares Portillo, E. (1998). *Diccionario de derecho procesal civil* (24a. ed.). Porrúa.
- Santos Azuela, H. (2002). *Nociones de derecho positivo mexicano* (3a. ed.). Pearson Educación.

Apuntes para entender la construcción del derecho de familia desde una perspectiva feminista

Notes to understand the construction of family law from a feminist perspective

Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña

 <https://orcid.org/0000-0001-5695-854X>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: alicia.elena@comunidad.unam.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2023.24.19064>

Recepción: 7 de febrero de 2024

Aceptación: 15 de abril de 2024

Resumen: En este trabajo amplió y actualizo las ideas y argumentos que me han permitido incorporar una visión feminista sobre el derecho, en general, y sobre las normas jurídicas relacionadas con las familias, en particular. Hago énfasis en una visión *feminista*, con la intención de contribuir a la construcción de una teoría del derecho, que recoja las demandas del feminismo; a partir del reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres. Y más allá de la heteronormatividad impuesta en las estructuras patriarcales, que todavía existen en nuestras sociedades y, por lo tanto, en el derecho.

Palabras clave: feminismo, derechos humanos, perspectiva de género, derecho de familia.

Abstract: In this work I expand and update the ideas and arguments that have allowed me to include a feminist vision about law in general, and family judicial norms in particular. I emphasize a *feminist* vision with the intention to contribute to the building of a law theory that includes the demands of feminism based on the recognition of the human rights of women in equal conditions to men. And beyond the heteronormativity imposed in the patriarchal structures that still exist in our societies and, therefore, in the law.

Keywords: feminism, human rights, gender perspective, family law.

Sumario: I. *Nota introductoria*. II. *La impronta del feminismo*. III. *Familia y derechos humanos*. IV. *Reflexiones finales*. V. *Referencias*.

I. Nota introductoria

En este artículo retomo, amplío y actualizo las ideas y argumentos que me han permitido tener una visión feminista del derecho y de las normas jurídicas, en general, así como de las relacionadas con las familias, en particular. Sin embargo, hoy hago énfasis en la postura feminista con la intención de continuar con la construcción de una teoría del derecho a partir del reconocimiento de los derechos humanos —en especial de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres—; más allá de las teorías que relativizan estos derechos, llegando a propiciar el borrado de las mujeres o la esclavitud de nuestros cuerpos y nuestra capacidad gestacional, en aras de un supuesto derecho a procrear, sin importar cómo se procrea o la desarticulación del derecho de los padres y las madres a educar y decidir sobre todos los aspectos de la vida de sus hijos e hijas, en tanto no alcancen la mayoría de edad.

En este contexto, es importante aclarar que, cuando me refiero en este texto a la *teoría de género*, no hago referencia a la “ideología de género”. No busco una deconstrucción ideológica del cuerpo sexuado de los seres humanos, sino el reconocimiento de que la irrupción de la educación y la cultura en esos cuerpos sexuados requiere un análisis científico. Un análisis que permita entender por qué existen determinadas estructuras sociales como las familias, el matrimonio, la filiación, etcétera, que dejan una impronta de relaciones de poder y subordinación entre hombres y mujeres.

Entiendo que algunas personas recojan y reivindiquen el concepto “ideología de género”, como parte de las reflexiones sobre la expresión, creación, producción y reproducción de sujetos de género en las relaciones sociales, las familias (Núñez, 2018, pp. 31 y ss.). Sin embargo, observo cómo grupos, tanto llamados de “extrema derecha” —contrarios a la igualdad entre mujeres y hombres e impulsores de concepciones arcaicas sobre la familia— como supuestos defensores de derechos humanos y de lo más avanzado que existe en el pensamiento humanista, se han apropiado de este concepto para pervertirlo, infundir miedo y odio hacia todas las personas que no responden a los estereotipos del Hombre y la Mujer. No es este el espacio para discutir este problema; por ello, sólo lo menciono y reconozco los esfuerzos que hacen las nuevas generaciones por romper con los es-

tereotipos y la discriminación que conllevan. Aunque, desde ahora, manifiesto mi posición política, académica y feminista contra el borrado de mujeres que se pretende con algunas de las manifestaciones de estos debates.

II. La impronta del feminismo en el derecho y en la teoría de género

La última década del siglo XX y las dos primeras del XXI se han caracterizado, entre otras cosas, por una revisión profunda de las relaciones sociales, cuyas dinámicas han impactado, de raíz, a lo que se denomina derecho de familia, sus reglas, principios, presupuestos y su propia historia.¹ Muchos vectores inciden en esta revisión. Uno muy significativo está representado por los movimientos feministas que han cuestionado las desigualdades profundas entre los hombres y las mujeres que se encuentran en las instituciones del derecho de familia, y han pugnado por transformar las relaciones en estos espacios hacia la igualdad. Pero, sobre todo, hacia la libertad en igualdad de condiciones para mujeres y hombres. En este andar, la teoría de género, con una visión feminista originalmente, facilitó el camino al abrir y crear múltiples variables a partir de los principios de derechos humanos: dignidad, igualdad, no discriminación y libertad. Hoy las cosas han cambiado al incorporar una visión supuestamente democratizadora de una diversidad humana que conlleva conceptos difícilmente sostenibles en derecho, por su poca objetividad, al estar basados en sentimientos, percepciones e identidades variables de hombres y mujeres.

Sin lugar a dudas, el concepto *género* es polisémico. Por ello, es importante precisar qué entiendo por este término y la forma en que se ha utilizado como una categoría analítica dentro de las ciencias sociales —incluyendo al Derecho— hasta construir una teoría a través de la cual se analizan relaciones de poder y subordinación entre mujeres y hombres en las sociedades. Relaciones sobre las cuales el feminis-

¹ Un enfoque interesante de esta transformación se observa en la obra colectiva *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas* (Espejo Yaksic e Ibarra Olguín, 2020).

mo ha dejado su impronta —como ya señalé—, en la búsqueda de relaciones igualitarias entre ambos sexos, y de libertad para las mujeres. Esto abrió una compuerta a través de la cual la diversidad de los seres humanos se hizo visible, y encontró una forma de hacerse presente obligando a la revisión de valores y creencias que, hasta hace no mucho tiempo, sostenían que *la Familia* —así en singular y con mayúscula— era la piedra toral de la sociedad. El núcleo fundante de cualquier civilización con una estructura de poder y control claramente definida a través de la figura del *páter* —con toda su masculinidad—; y una estructura de sumisión, cuidados y servicios que recae sobre la madre —con toda su feminidad—.

Una visión que construye un andamiaje sociocultural y político, que se conoce como *patriarcado*, del que derivan, entre otros mandatos, los estereotipos de género atribuidos a mujeres y hombres. Estos —como he señalado desde hace décadas— al tratarse de las familias, definen las funciones de cuidados y crianza para las mujeres, y de proveeduría y disciplina para los hombres en familias hetero parentales “tradicionales”.²

En este contexto, es cierto que teorizar a partir del concepto *género* fue muy útil en las últimas décadas del siglo XX, para proponer rutas críticas que permitieran la reflexión sobre las relaciones de poder entre mujeres y hombres. La visibilización de las primeras, así como las diferentes formas de subordinación, violencia, esclavitud y/u obstaculización para el desarrollo de las mujeres, se observa en estructuras sociales, políticas, jurídicas, culturales, antropológicas y el largo etcétera a través del cual se ha sostenido dicho andamiaje.

También es cierto que, desde los primeros acercamientos analíticos de estas relaciones de poder a través de la categoría *género*, se gestó una confusión que no ha hecho más que crecer, hasta llegar a ocultar, precisamente, el obstáculo más significativo para el fortalecimiento de los derechos humanos de las mujeres —en especial los derechos a la libertad, la igualdad y la no discriminación—. Me refiero a la subordinación histórica reflejada en diversos espectros culturales, que tienen en común la heterosexualidad obligatoria y una pretendida

² Afirmación que implica una revisión interseccional que reconoce y respeta las familias no eurocentristas u occidentales y judeo-cristianas, como son las familias indígenas, de afrodescendientes, musulmanas, etcétera. Véase mi obra *Derecho de familia* (Pérez Duarte y Noroña, 1998).

superioridad del hombre. Recordemos que el origen de esta categoría analítica proviene del idioma inglés, en el que no se hace la diferencia entre él y ella. Ambos se identifican con el artículo *the*, que en español es un concepto de significados tan diversos que no resuelve, por sí mismo, la necesidad de visibilizar a las mujeres en los espacios públicos y en las normas jurídicas. Tampoco permite el análisis de los impactos que tienen los estereotipos de género en las relaciones sociales entre mujeres y hombres.

Sin embargo, hoy en día es imposible estudiar las relaciones familiares sin reconocer en la teoría de género el factor que visibiliza los contextos en que estas relaciones se gestan y desarrollan; el elemento que sostiene la fuerza que da la imposición de una feminidad y una masculinidad obligatorias. Todo ello a pesar de que cada vez se hace más difícil señalar que, en dichos contextos, las mujeres y el estereotipo de lo femenino somos colocadas en una situación subordinada respecto de los hombres, en virtud del amplísimo abanico a través del que hoy se reconoce la diversidad tanto sexual —como sexoafectiva— como la identitaria —con relación al deseo de pertenecer a un género sentido, no necesariamente vinculado con el sexo— más allá de la heteronormatividad dominante. Un abanico tan amplio que, en ocasiones, parece que las mujeres desaparecemos del análisis para convertirnos en entidades acordes o no con nuestras características biológicas definidas por el factor XX de nuestro ADN y diferenciadas de los hombres a quienes los define el factor XY.

De hecho, a partir de la propia teoría de género, en la última década se ha propuesto sustituir el masculino y el femenino con una “e” o una “x”, para dar cabida a todas esas posibles variables del desdoblamiento de sexo/género/identidad no binaria, en un supuesto lenguaje incluyente o inclusivo. Sin embargo, las mujeres volvemos a ser invisibilizadas;³ a pesar de que la Real Academia Española (2020) finalmente emitió un informe en el que acepta que el uso del genérico masculino como identificador de “lo humano” no permite reconocer las necesidades específicas de las mujeres ni visualizarnos en el conjunto humano.⁴

³ Sobre estas dificultades y los planteamientos filosóficos que ello implica, véase Fraisse (2003, pp. 39-46). En este mismo sentido es referente de la *teoría queer* y de la utilización de este tipo de lenguaje, la obra de Judith Butler (2001).

⁴ Reconocimiento alcanzado después de un largo camino hacia la visibilidad de las

En todo caso, esta construcción teórica tiene un antecedente fundacional en el pensamiento feminista a partir de las reflexiones de Simone de Beauvoir, precedidas por una línea de pensamiento sobre los hechos y sobre los mitos, así como de un análisis sobre la biología, la psicología y la historia —o los mitos— que definen el sujeto y el otro en lo humano, el macho y la hembra. Beauvoir (1989) escribió:

No se nace mujer, se llega a serlo. Ningún destino biológico, físico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; la civilización en conjunto es quien elabora el producto intermedio entre el macho y el castrado al que se identifica como femenino. Sólo la mediación de un ajeno puede construir a un individuo en un *Otro*. (p. 15)

Continúa su análisis sobre líneas paralelas en la educación del niño, quien existe para sí; pero con la niña sucede otra cosa, se le educa para ese otro. Reflexiones que nos remiten a la construcción, mediante mandatos claros de las sociedades y las culturas, del estereotipo del Hombre como referente de la humanidad y el de la Mujer como su otredad (Rousseau, 2000). A partir de ahí, podemos rastrear una línea hacia la obra de Robert Stoller (1968)⁵ y el trabajo feminista posterior.

mujeres en los espacios públicos, leyes, historia, narrativas, etcétera. Un camino recorrido en medio de lo que parece ser un sin fin de obstáculos, y que se encuentra en peligro por el movimiento de grupos seguidores de la teoría *queer*, que afirman sentirse excluidos con esta inclusión de las mujeres en lenguaje y los espacios. Este es un tema que sólo apunto, pero que implica un problema cuyas fronteras —discriminación y exclusión— colisionan de tal manera con la lucha feminista por la libertad y la igualdad de las mujeres que, en la actualidad, existe una campaña que se opone a esta teoría y sus pretensiones, reconocida por el esfuerzo para evitar el borrado de mujeres entre cuyas más reconocidas impulsoras se encuentran Lydia Falcón, Rosa Cobo, Amelia Valcárcel, Alda Facio, Laura Lecuona, entre otras. Sobre este tema se encuentra información en <https://contraelborradodelasmujeres.org/> (consultado el 8 de diciembre de 2022).

⁵ Se identifica la obra de Stoller, como el origen de la utilización del concepto *gender* en el feminismo teórico anglosajón. Este autor, después de una serie de investigaciones empíricas relacionadas con la construcción de la identidad de las personas, afirmó que existen “grandes áreas de la conducta humana” en la que se pueden identificar los sentimientos, las fantasías, e incluso ciertos comportamientos, que socialmente son relacionados con un sexo determinado, “pero que no tienen base biológica”. A estos rasgos los definió como *gender*, en inglés, que ha sido traducido como “género”, aunque en español no quiere decir exactamente lo mismo.

Efectivamente, en los años setenta del siglo XX se retoma esta línea de análisis que separa los aspectos biológicos que caracterizan a las personas —mujeres y hombres— de la socialización que impone determinados roles y sus estereotipos. A partir de los cuerpos sexualizados, se transitó del análisis de las estructuras de supra/subordinación en razón del sexo —macho/hembra— hacia el análisis de los estereotipos sostenidos por las estructuras culturales que imponen tanto el significado de lo masculino como el que corresponde a lo femenino. Se trata de imperativos o mandatos de conducta presentes en prácticamente todas las culturas de la humanidad⁶ y, por lo tanto, los roles que corresponden a cada uno de los géneros.

Algunas corrientes feministas anglosajonas de la segunda mitad del siglo XX consideraron que utilizar la categoría analítica de *género*, para explicar las relaciones de supra/subordinación entre mujeres y hombres, era la mejor forma de enfrentar los efectos de un determinismo biológico sobre los derechos de las personas; y ampliar la plataforma teórica que sustenta los esfuerzos por alcanzar la igualdad entre uno y otro sexo, concretamente para entender la subordinación de y la discriminación hacia las mujeres y poder erradicarlas. Esta línea discursiva lleva al concepto de *perspectiva de género*, cuyo uso se generaliza a partir de la IV Conferencia Mundial de la Mujer de 1995.⁷

El género es un concepto teórico a través del cual se reconoce la existencia de roles estereotipados, impuestos tanto a las mujeres como a los hombres, que dan significado histórico y social a una realidad humana que ha resultado discriminadora respecto de las mujeres. Una realidad que permite entender cómo dichos roles son la base fundante del patriarcado, entendido éste como una estructura cultural, social y política que ha sobrevivido desde hace siglos, a partir de la definición de las mujeres como “otredad”, cuya función es atender,

⁶ Ya en el siglo XXI la obra de Rita Laura Segato profundiza en el análisis de estos mandatos y su impacto en la construcción del patriarcado, sus privilegios y sus pactos. Ver, por ejemplo, *La guerra contra las mujeres* (Segato, 2013). En esta misma línea es importante tener en cuenta la obra de Marcela Lagarde (2016), *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*.

⁷ Cabe precisar que en dicha Conferencia no se justificó ni convalidó una pretendida identidad o ideología de género, cuya utilización ha conflictuado muchos aspectos de políticas públicas y de la propia justicia, que merecen un análisis por separado.

cuidar y obedecer para garantizar la sobrevivencia de la especie humana, siempre en un modelo social y de relaciones familiares sostenido por la heteronormatividad y la concepción cultural binaria de lo humano.

Así, el término “género” se reconoce y utiliza como una categoría analítica que teoriza sobre los hechos, fenómenos y relaciones sociales, al igual que lo hacen otras categorías como “raza”, “clase social”, “edad”, “religión”, “nacionalidad”, “ideología”, “identidad sexual”, “etnia”, “poder económico”, “estado civil”, “educación”, “preferencias sexoafectivas”, etcétera. En este sentido, su uso ayudó al reconocimiento de la influencia real, concreta y material de la diferencia sexual en las estructuras sociales, así como en las relaciones de poder entre mujeres y hombres, entre los hombres entre sí, y las mujeres entre sí. Sobre todo cuando mantienen un vínculo estrecho como es el familiar, pero presente en todas las relaciones humanas y sus intersecciones.⁸

Con el enfoque de esta categoría analítica se definen planteamientos teóricos, éticos y políticos que deberían facilitar la comprensión de las complejas relaciones de poder entre mujeres y hombres. Y asimismo los factores que determinan el sometimiento y la desigualdad (Cazés, 1998, p. 20), pues recoge, junto con la diferencia primaria —la diferencia sexual—, diferencias secundarias en las que las demás categorías analíticas citadas se conjugan, todas ellas con un peso específico y simbólico en las estructuras familiares. Por ello, es importante mantener una visión crítica de las estructuras sociales frente al abanico de la diversidad humana siempre presente.

Prácticamente todas las ciencias que estudian las relaciones familiares, como la sociología, la antropología, las ciencias políticas y la psicología, reconocen que la comprensión y las reflexiones sobre las mujeres y los hombres se han hecho a través de identidades construidas y estructuradas mediante las experiencias de socialización. Esto ha permitido analizar ciertos comportamientos y problemas que se consideran típicos o “naturales”, en uno y otro sexo, a partir de las estructuras y mandatos sociales que los construyen. Sin embargo, con

⁸ El feminismo interseccional hace una crítica a otros feminismos a partir de reconocer cómo la sumatoria de las diferentes categorías analíticas impacta en el conjunto de privilegios y opresiones entre hombres y mujeres. Este feminismo nace en la década de 1980, con el trabajo de Kimberlé Crenshaw, fundadora de la teoría crítica de la raza frente a las feministas blancas de Estados Unidos.

la profundización, avance y cruzamiento de las teorías jurídica, feminista y de género sobre las estructuras de las familias, nos enfrentamos a problemáticas tan diversas como suelen ser las personas, sus relaciones y sus familias.

En concreto, la teoría de género, desde la óptica feminista, reconoce que los comportamientos llamados “femeninos y masculinos” son construcciones sociales, relacionadas con aspectos culturales, a través de las cuales se definen los papeles y tareas impuestas a mujeres y hombres. Y no son, como se pretendió a lo largo de milenios, características “naturales” inherentes e inmodificables de cada uno de los sexos (Bustos, 1994; Caramazza, 2002; Lagarde, 2013) con funciones específicas de protección o crianza en los espacios de reproducción de la especie, como son las familias. Por ello, desde una perspectiva de género con enfoque feminista, las familias no pueden ser consideradas como un “grupo social natural”, en la medida en que también son una construcción cultural. Género y familias son, en este contexto, construcciones conceptuales que deben y pueden ser deconstruidas para entender sus raíces y su impacto en cada persona, relación de parentesco, comunidad, país o nación, cultura y el largo etcétera de las categorías analíticas con que se trabaja. Desde luego, el derecho y la justicia son los pilares con los que se sostienen estas construcciones.

En nuestra legislación, esta perspectiva es entendida como

una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones.⁹

⁹ Artículo 5 fracción IX de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, reformada el 29-04-2022.

Es, pues, un enfoque lagardiano¹⁰ que visualiza a mujeres y hombres como sujetos históricos, contruidos socialmente, productos de una organización social determinada, Un enfoque que ofrece una explicación integral de cómo se desarrollan las relaciones de producción y reproducción, así como las implicaciones que tiene en todas las personas, incluidas sus relaciones familiares y las relaciones de poder. En este enfoque la impronta feminista es importante para completar el contexto analítico transversal, interseccional y circunstancial. Es decir, un enfoque que parte de lo que Rita Segato llama una “esfera de sentido” (2019, p. 41), en la medida en que nos obliga a mirar la manera en que interactúan las personas a través de universos de sentidos complejos, que se entrelazan o sobreponen entre sí, con motivaciones inteligibles sólo si se observan estas intersecciones multidireccionales.

Las relaciones humanas no son una sucesión de hechos lineales vinculados vertical u horizontalmente, con causas y efectos. En realidad, no responden a una lógica casuística. Son hechos que se proyectan a futuros posiblemente ciertos desde pasados reconstruidos por un imaginario complejo, que atraviesa vertical, horizontal y tangencialmente lo sucedido, y se proyecta en una narrativa que pretende darle coherencia en un contexto caótico de sucesos, imágenes, sensaciones, miedos, certezas y, sobre todo, lo que se recuerda de estos sucesos. Este reconocimiento, en el contexto de la justicia, obliga a interpretar esos hechos y las normas jurídicas desde la complejidad esférica, abandonando el análisis lineal causa-efecto y reconociendo el contexto en el que esta esfera actúa; no sólo en relación con la situación geográfica o económica de las familias, sino respecto a la multiplicidad de factores que inciden como clase, raza, pertenencia indígena, y ese largo etcétera que ya apunté. Hechos visibles desde una visión feminista a través de la perspectiva de género.

Sin embargo, como he señalado, el uso del concepto género ha creado y sigue creando confusiones. Hoy, además de considerarse como “cosa de mujeres”, literalmente se congela el carácter binario que impone la cultura patriarcal y su heteronormatividad. Esto permite el surgimiento de disidencias que, en muchas ocasiones, reivindicán y

¹⁰ Lo denomino de esta manera porque, quien introduce esta definición en la legislación mexicana, fue la feminista Marcela Lagarde y de los Ríos.

potencializan los estereotipos que oprimen a las mujeres desde visiones supuestamente revolucionarias, pero que fortalecen el conservadurismo y ahondan las clasificaciones de la humanidad basadas en categorías excluyentes y principios antagónicos (Lagarde, 2013, p. 13).

Justamente los conceptos de sexo y *sexualidad*, conjugados en la teoría de género, han contribuido a profundizar las confusiones, pues incluye en el análisis de esta perspectiva la gama amplia de opciones respecto de la sexualidad, la identidad sexual, la llamada identidad de género y los factores de discriminación que van aparejados a las manifestaciones que no correspondan de manera estricta a los conceptos hombre/masculino y mujer/femenino, desde la perspectiva patriarcal heteronormada. En este contexto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2013, p. 66) señala que

La perspectiva de género cuestiona el paradigma de único 'ser humano neutral y universal', basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen. Es por eso por lo que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía.

Más adelante sostiene que esta perspectiva

permite mirar la diversidad de cuerpos y de proyectos de vida, así como la necesidad de adecuación de las normas y del entorno en el que se desenvuelven las personas; permite destacar cuándo un trato diferenciado es ilegítimo y cuándo es necesario.

Años más tarde, la propia SCJN (2020, p. 79) publicó otro *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, en el que se afirma que

La perspectiva de género, como método de análisis, es una consecuencia más del surgimiento del género como categoría independiente. Una vez que se dio el paso fundamental de identificar que los sexos no sólo se clasifican a partir de criterios biológicos, sino también y fundamentalmente a partir de rasgos construidos desde lo cultural, surgieron un conjunto de cuestionamientos en torno a las consecuencias que ello conllevaba.

Al profundizar en la visión de esta perspectiva, en este Protocolo se recogen planteamientos de Marcela Lagarde (1997), de Estela Serrit y Jessica Méndez (2011 p. 80), al señalar que ésta

se constituye como una herramienta para la transformación y deconstrucción, a partir de la cual se desmontan contenidos y se les vuelve a dotar de significado, colocándolos en un orden distinto al tradicionalmente existente. Su aportación más relevante consiste en develar por lo menos la otra mitad de la realidad y, con ello, modificar la ya conocida [...], permitiendo que nuestra mirada sobre un fenómeno logre: (i) visibilizar a las mujeres, sus actividades, sus vidas, sus necesidades específicas y la forma en que contribuyen a la creación de la realidad social; y (ii) mostrar cómo y por qué cada fenómeno concreto está atravesado por las relaciones de poder y desigualdad entre los géneros, características de los sistemas patriarcales y androcárnicos.

Más allá de la reingeniería del Protocolo de la SCJN, importa retomar el punto clave de la teoría de género feminista, que no es otro que el reconocimiento de la invisibilización, las desigualdades y discriminaciones impuestas históricamente a las mujeres en las estructuras patriarcales sólo por haber nacido mujeres, es decir, las hembras de la humanidad. En consecuencia, vuelve a perder de vista el conjunto de las diversidades humanas y confunde los conceptos sexo con género.

Frente a este panorama, es importante precisar que, al hablar de la perspectiva de género, estoy haciendo referencia a la metodología inherente a la teoría de género con un anclaje feminista. Es decir, es un método analítico que se estructura a partir de las relaciones entre mujeres y hombres, de su socialización conjunta, de los problemas que trae, a unos y a otras, la concepción dicotómica de la sociedad, así como las estructuras de poder y relaciones de supra/subordinación que trae aparejada esa socialización. Una perspectiva de género feminista que reconoce y analiza todas las posibles diferencias entre seres humanos, igualmente diferentes, así como los procesos de colonización, culturización y/o mercantilización que permiten el sometimiento de unas personas sólo por no corresponder al paradigma de lo humano, cualquiera que éste sea. Aunque, en el aquí y ahora, es el hombre blanco, heterosexual, habitante de grandes ciudades del

mundo occidental, y con posibilidades económicas para la producción y consumo capitalista.¹¹

A pesar de las dificultades, considero que esta metodología es útil para hacer evidentes las relaciones de poder y control, equilibrio y desequilibrio entre mujeres y hombres en las familias, así como en las normas jurídicas que pretenden regular las relaciones familiares y en los espacios de justicia en donde se pretenden dirimir conflictos familiares. Me refiero a ella como *auxiliar* para poner en evidencia la simbolización cultural, tanto de las diferencias entre mujeres y hombres, como de sus relaciones con respecto a la sexualidad y a la reproducción humana, así como los códigos de conducta que surgen de esa simbolización que ha permeado y ha sido introducida en el inconsciente colectivo como una verdad naturalizada. Esto ha facilitado una serie de valores y creencias que conllevan históricamente la subordinación de las mujeres, trabajos menos remunerados, techos de cristal en el acceso a los espacios de toma de decisiones, violencia machista, prostitución tolerada, utilización de nuestros cuerpos en un mercado pretendidamente altruista —como es el alquiler de vientres o maternidad subrogada— y otro largo etcétera. Al momento de ejercer derechos y reivindicar ciudadanía, esto se traduce en un obstáculo casi insalvable para muchas mujeres; un obstáculo que es más grande cuanto más alejadas estén del prototipo de lo humano que ya mencioné y de los espacios culturales eurocentristas.

En este sentido, Alda Facio (2005) se pregunta por qué, desde un punto de vista histórico, las diferencias entre los sexos y la desigualdad legal están ligadas estrechamente. Ella misma responde:

Porque la diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando los primeros tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano. Desde entonces, la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres. Esta desigualdad podría haberse dado en contra del sexo masculino si el parámetro de lo humano hubiese sido a la in-

¹¹ Me queda claro que emerge una nueva categoría posterior del prefijo “trans” a la que habrá que estudiar con cuidado y que genera tensiones en todos los espacios, en especial cuando se trata de las llamadas mujeres trans, sin precisar todo el contexto en que emergen, en especial cuando se trata de imponer identidades que “fluyen” entre uno y otro sexo.

versa. Pero, está empíricamente probado que la jerarquización se hizo y se hace a favor de los varones. Es más, en todas partes y en la mayoría abrumadora de las culturas conocidas, las mujeres somos consideradas de alguna manera o en algún grado, inferiores a los hombres.

Una respuesta que corresponde, en el plano ontológico, a los cautiverios a que hace referencia Marcela Lagarde (2013, p. 37), en los que se caracteriza a las mujeres como subordinadas, dependientes y la otredad de la humanidad. Por lo tanto, sometidas a un poder/control que nos priva de nuestra libertad, aunque no esté definida por una norma hegemónica.

Es claro que, en la diversidad de los seres humanos, esta discriminación y/o exclusión, por las diferencias con el prototipo de lo humano, también gravita sobre las personas cuya sexualidad no corresponde a la heterosexualidad, como son los homosexuales, lesbianas, bisexuales ni a quienes se llaman hombres o mujeres trans, no binarias y las diversidades que se vayan acumulando en este afán por etiquetar deseos, inquietudes, desacuerdos y diferencias frente a los hechos biológicos que definen a “la mujer” y “el hombre” a partir de su sexo, dato biológico sostenido por los cromosomas XX y XY, de la identificación primaria de las mujeres a través de nuestra vulva, vagina, útero y ovarios y de los hombres a partir de su pene, testículos y su papel en la reproducción humana, es decir en la perpetuación de nuestra especie. Gravita, también, en otras características de lo humano, como el color de la piel o la pertenencia a una raza no blanca; la pertenencia étnica o indígena, frente a las personas blancas o, en nuestro país, mestizas; en la edad, tanto la infancia como la senectud, y así con todas las diferencias que caracterizan a la humanidad.

Por todo ello, es importante aclarar que, al hablar de una perspectiva de género feminista, no me refiero exclusivamente a las mujeres ni a sus diferencias biológicas con los hombres. Reconozco que la condición de las mujeres no es una entidad separada o separable —ellas y sus experiencias— de la sociedad y de los hombres. Reconozco la diversidad de la sexualidad humana, el derecho a la libre determinación de la propia forma de ser, de proyectar su imagen que asiste a todos los seres humanos, así como reconozco las relaciones de exclusión y discriminación derivadas de ello. Sin embargo, el análisis de la identidad sexual, sus consecuencias y factores de discriminación

no debe ser un elemento que permita, de nueva cuenta, invisibilizar la subordinación histórica de las mujeres en las sociedades patriarcales, ni oculte la importancia del mandato de masculinidad en estas mismas sociedades y en las familias (Segato, 2018).

Por ello, debo subrayar que cuando me refiero a la categoría de género y su perspectiva incluyo todos aquellos elementos que deben tomarse en consideración para tratar “con objetividad científica” relaciones subjetivas. En especial, los símbolos y mitos creados culturalmente que identifican y describen lo que es masculino y lo que es femenino; los valores y creencias que dictan cómo deben comportarse las mujeres y cómo deben hacerlo los hombres, con una pretendida derivación original de la naturaleza, más allá del cúmulo de diferencias que existen entre los seres humanos; las normas, tanto jurídicas como religiosas, que “congelan” las categorías Mujer y Hombre —así en singular y con mayúscula— en la sociedad; las instituciones y organizaciones sociales que perpetúan esas categorías y favorecen un tipo determinado de relaciones de supra/subordinación entre mujeres y hombres, en especial en la llamada “Familia Natural”, también en singular y con mayúscula.¹²

En otras palabras, la teoría de género, aplicada a las relaciones jurídicas de las familias desde una visión feminista, permite contextualizar la realidad vivida por personas determinadas en un marco general de derecho de una cultura determinada, la cual es atravesada —insisto en ello— de manera multidimensional por elementos diversos que incluyen lo económico, político, social, medio ambiente, la pertenencia o no a una comunidad indígena, la edad, el idioma, los usos y costumbres de las comunidades en que se interactúa, la raza, orientación o identidad sexo/genérica, etcétera. En este contexto, me pregunto si no es el momento de reconocer que el concepto “perspectiva de género” se usó para no llamarle “perspectiva feminista” y permitir su aceptación en la Conferencia de Beijijg, 1995.

Subrayo mi coincidencia con Alda Facio (2005) cuando afirma que “la identidad de género no se construye aislada de otras categorías sociales como la raza/etnia o la clase socioeconómica y es calificada

¹² Es el caso del matrimonio, de las relaciones de parentesco, de trabajo, de familia; la concepción del patrimonio y la herencia, etcétera.

por la edad, la orientación sexual, el grado de capacidad/habilidad, la nacionalidad, etc.” de tal suerte que

la sociedad no construye a todas las mujeres idénticamente subordinadas ni a todos los hombres con los mismos privilegios, aunque sí en su universalidad las mujeres son subordinadas por los hombres. Es difícil reconocer que la mujer de clase alta, en edad reproductiva, adinerada, sin discapacidades visibles, blanca, esposa de un banquero, pueda compartir la subordinación de género con una mujer pobre, vieja, discapacitada, lesbiana y negra. Pero así es. Ambas comparten el mandato de ser para un hombre, dedicarse centralmente a los hijos y a la casa; ambas son invisibilizadas por el lenguaje, marginadas de la historia, y permanentemente víctimas potenciales del abuso y acoso sexual. Ambas viven en un mundo que simbólicamente las aniquila y que constantemente les recuerda que ser mujer es no ser persona y sin embargo cada una pertenece a una cultura que representa de distintas maneras esta subordinación.

Esto es importante porque la construcción del concepto “familia” en sociedades patriarcales, de tradición judeocristiana, con economías capitalistas o neoliberales, como es México,¹³ se sostiene con valores y creencias que reproducen roles estereotipados para mujeres y hombres. Por lo tanto, la división sexual del trabajo, además de permitir la coexistencia de esquemas abusivos de poder que justifican o toleran la existencia de la violencia machista contra las mujeres en este núcleo social y sólo por ser mujeres, con una proyección a todos los espacios comunes: escuela, trabajo, iglesias, transporte público, calles, caminos vecinales...

Igual importancia reviste entender que el feminismo y la lucha de las mujeres por nuestra emancipación, autonomía e igualdad, por el reconocimiento y vigencia de nuestros derechos humanos, trajo consigo un debate sobre las familias, cuyo contenido tiene que ver con estos planteamientos y con la democratización de estos grupos. En este sentido, Sonia Montañó (2007) afirma que

Del concepto funcionalista de familia como institución destinada a atender las necesidades básicas, materiales y emocionales y a perpetuar el

¹³ Caracterización que se refiere a nuestra normatividad sobre las familias incorporada en códigos civiles y/o de familia que regulan estas relaciones en todo el país.

orden social, se ha llegado a reconocer que el feminismo ha tenido una gran repercusión “por haber puesto en tela de juicio la visión de la familia como ámbito armonioso e igualitario” (Giddens, 2001). Gracias a este debate, se ha pasado a entender la complejidad y diversidad de las familias. Transitar desde la idea normativa de la familia como célula fundamental a una noción sobre la pluralidad, complejidad y tensiones propias de las relaciones familiares, convierte a la familia en materia legislativa, susceptible de ser regulada por la justicia terrenal. Este es uno de los principales aportes del feminismo. (p. 78)

Así, transformar el singular “familia” en plural “familias”, permite analizar las relaciones familiares desde una mirada feminista en su contacto con el derecho y la justicia, reconociendo la diversidad de los seres humanos que nacen, viven y mueren en estas relaciones.

III. Familias y derechos humanos

Llega el momento de precisar que las familias son mucho más que el conjunto de experiencias personales, y mucho más que la suma de cambios estructurales a lo largo de la historia de la humanidad.¹⁴ Las familias son un constructor de aprendizajes compartidos; y son reproductoras de estructuras comunitarias con vasos comunicantes hacia otras estructuras y comunidades, a través de intercambios de conservación de la especie, como la reproducción, la nutrición, el cuidado, la vivienda y la educación.

Esto se corrobora en un estudio realizado en la Comisión de Naciones Unidas para América Latina (CEPAL) (2007) sobre las familias de nuestra región, en el cual se afirma que es difícil estudiar y analizar a estos grupos sociales con neutralidad y objetividad, precisamente

¹⁴ Sólo como curiosidad científica y como un referente cultural del camino que hemos recorrido en la democratización de las familias, baste citar la definición de la voz *familia*, consignada en el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Escribano, 1851), nueva edición, en que van corregidos numerosos yerros de las anteriores; aumentada con multitud de artículos nuevos sobre el derecho vigente en España y América: “La reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; [...] Por familia se entiende [...] el señor de ella, su mujer, hijos, sirvientes y demás criados que viven con él sujetos a sus mandatos. Se dice padre de familia el señor de la casa, aunque no tenga hijos, y madre de familia, la mujer que vive en su casa honestamente o es de buenas costumbres” (p. 674).

porque todas las personas tenemos una experiencia de familia. Todas tenemos un “saber empírico” por ser parte de o haber fundado una familia, de tal suerte que tendemos a generalizar nuestras percepciones, aprendizajes, sentimientos, frustraciones, experiencias, hasta convertirlas en un modelo ideal, con lo que se pierden de vista las diferentes situaciones y experiencias que coexisten en nuestras sociedades en estos grupos sociales primarios. En pocas palabras: los temas de las familias invariablemente están teñidos tanto de ideología, usos y costumbres comunes, así como de experiencias personales. En ello se incluyen los estereotipos y los códigos patriarcales que nos son impuestos. Por lo tanto, no debemos perder de vista esta perspectiva, como tampoco debemos olvidar que todos los hechos que se dan en las familias, y todos los temas que surgen de las mismas, tienen un desarrollo histórico multidimensional, porque confluyen tanto el marco general de un país o comunidad determinada, como el de las clases sociales que la componen, la pertenencia a grupos indígenas, afrodescendientes o migrantes y los propios ciclos familiares.

La Familia, así en singular y con mayúscula, encierra un concepto que podemos reconocer, valorar y dar seguimiento como una de las instituciones cuya reglamentación a través de las normas, tanto jurídicas como religiosas o morales, incluyendo usos y costumbres, pone en evidencia no sólo la imagen del grupo social en sí, sino la transformación de sus estructuras, de las relaciones entre sus integrantes, de cómo mujeres y hombres se interrelacionan con otros grupos comunitarios, y cómo ha evolucionado la interacción del Estado con este núcleo, considerado, hasta mediados del siglo XX, como bastión del ámbito privado, siempre en singular. Afirmaciones válidas para México, como para otras partes del Mundo; para la cultura judeocristiana eurocentrista como para las de otras latitudes e ideologías.

En la historia del México independiente, esta evolución ha sido un largo y accidentado camino que se ha recorrido, paso a paso, desde el autoritarismo patriarcal hacia la búsqueda de relaciones igualitarias y democráticas que permitan a todas las personas aprender las aristas de las relaciones humanas, lo que significa la libertad y el respeto a la dignidad propia y ajena. Desde este espacio en el que nos criaron, y en el que criamos a nuestras hijas e hijos, en el que experimentamos la otredad desde la más tierna infancia y, si tenemos suerte, trascen-

demos a la experiencia de la tercera generación con relaciones significativas entre varias generaciones.

Esta visión nos ha obligado a reconocer lo evidente: por más que intentamos hacer de la Familia un concepto universal, la realidad es que existen múltiples estructuras en el entorno de las personas y que todas ellas son eso: familia. Por tanto, el respeto a la dignidad humana de todas las personas involucradas en los diversos modelos de este grupo social, sólo se puede representar a través del plural: familias.

Podemos discutir, cuestionar, e, incluso, oponernos, a estas consideraciones. Pero resulta objetivamente demostrable que al interior de nuestras familias se desarrollan fuerzas afectivas muy poderosas —tanto en sus aspectos positivos como en los negativos— que trascienden al grupo y matizan las relaciones que sus integrantes tienen con la sociedad en la que están insertos, con variables que tenemos que reconocer y analizar en sus contextos particulares. Cabe precisar que, lo anterior, no significa aceptar que las familias son las responsables de la violencia social, de la criminalidad o de cualquier otro problema social. Es cierto que la disfunción en el núcleo familiar, sobre todo cuando hay violencia, afecta en mayor o menor medida a sus integrantes y se proyecta al exterior. Sin embargo, también es cierto que las personas podemos elegir entre la responsabilidad y la irresponsabilidad; entre la conciencia del deber y la criminalidad. No estamos predestinadas a transitar por “el buen” o “el mal” camino a partir de nuestras relaciones familiares. Las respuestas de la fratría varían también por el carácter de cada hermano y hermana, o por el lugar que ocupan en el conjunto; independientemente de que, en el crecimiento y la toma de decisiones, existen otros elementos mucho más fuertes que la interacción familiar, como son los medios de comunicación, las escuelas, las relaciones con la comunidad.

Regresando a la construcción de los lazos familiares y su importancia en las sociedades, vale la pena subrayar que los afectos que ahí se tejen pueden dar cohesión interna al propio grupo. Por ello se afirma que las familias tienen una extraordinaria capacidad de resistencia y resiliencia frente a los avatares de la historia y de su propia evolución. Sí, este grupo aquí sigue, con formas y composiciones distintas que justifican el plural al mencionarlo; pero aquí siguen, las podemos ver y experimentar en este tercer milenio después de Cristo. Y,

si lo deseamos, podemos hacer comparaciones con estos núcleos de la historia antes de Cristo, siempre y cuando mantengamos una venda en los ojos, para no ver la cantidad de estructuras grupales que también deberían considerarse familias, aunque, en su momento, no fueron reconocidas por la normatividad, especialmente desde el punto de vista religioso. Por ejemplo, aquellos grupos familiares desconocidos socialmente porque estaban formados por una pareja interracial o por personas unidas entre sí fuera del matrimonio.

En cambio, sí podemos afirmar que es objetivamente demostrable que las estructuras de lo que se reconoce como núcleo social básico con visos de universalidad han variado, pues se trata de grupos esencialmente dinámicos cuyas relaciones al interior y al exterior delimitan características culturales de la comunidad en que se desarrollan. Y, al mismo tiempo, hace que las mujeres y los hombres que las integran hagan suyos los valores y estereotipos —también culturales— que se perfilan en esas comunidades. Recordemos que las familias hacen cultura como la cultura hace familias, lo cual se refleja, necesariamente, en el derecho.

Este dinamismo obliga —y justifica— la utilización del término en plural “familias” como un reconocimiento a las variadas formas de construcción, deconstrucción y reconstrucción de los grupos, tanto en nuestro país como en el mundo. Con este plural no se trata sólo de reconocer las instituciones jurídicas a través de las cuales hoy en día se puede constituir una familia y diferenciar la familia de origen con la nueva, después de un divorcio, por ejemplo. Se trata de poner en el foco de análisis a las familias biparentales, las monoparentales, las homoparentales, las lesboparentales, las recompuestas; aquellas cuyo vínculo está garantizado por las abuelas y los abuelos; aquellas en las que son las hijas mayores las que tienen las responsabilidades del cuidado y crianza de la fratría, y un largo etcétera en el que, según Esteinou (2012), se incluyen, como un modelo diferente, las familias cuya descendencia es producto de algunas de las formas de reproducción asistida a las que se debe analizar con cuidado para salvaguardar la dignidad humana.

El plural es una formulación pertinente y adecuada desde el punto de vista del reconocimiento respetuoso que en toda sociedad democrática se debe a la diversidad entre las personas y sus relaciones. Sin embargo, precisamente por la experiencia personal que tenemos de

esta cotidianidad, nos cuesta mucho trabajo visibilizar el plural. Aun así, debemos hacerlo; debemos poner sobre la mesa y en la legislación esta pluralidad para que, a partir de esta perspectiva, podamos avanzar en la construcción de esquemas sociales amplios, incluyentes, cuyos principios sean la igualdad y la no discriminación, como base sólida de una sociedad democrática. Igualdad de derechos y de oportunidades; no discriminación como un deber personal y colectivo de no excluir a ninguna persona de esos derechos y oportunidades; libertad personal o libre desarrollo de la personalidad: tres componentes de la dignidad humana a partir de la cual se tejen los derechos humanos.

Estoy convencida de que es en este andamiaje —libertad, respeto, igualdad y no discriminación— en el que debemos asentar los trabajos para la permanente armonización del marco jurídico federal y estatal en materia familiar, con los compromisos internacionales relativos a los derechos humanos, en su constante desarrollo evolutivo como efecto de la progresividad que les caracteriza. Trabajos que deben ser cuidadosos de las competencias que, en esta materia, tienen los tres ámbitos de gobierno, y atentos a la necesidad de mantener una visión incluyente, dinámica y democrática en las definiciones, para que puedan ser eje rector en todo el país. Deben iniciar por la deconstrucción —en el sentido de Derridá (1992) y en la aproximación de Mesutti (2008)— del concepto familia y su vinculación con los derechos humanos y la democracia.

Desde luego, debemos trabajar con dos premisas: la primera la constituye el mandato del artículo 4o. constitucional que establece que la ley debe proteger la organización y el desarrollo de las familias, en el marco del respeto a los derechos humanos en los términos del artículo 1o. de esta misma norma constitucional. La segunda, derivada de los compromisos de México en el ámbito internacional, emana del artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el que se establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, además de que todas las personas tienen el derecho inalienable de fundar una familia. En concordancia con ello, la Convención de los Derechos del Niño establece que las niñas y niños tienen derecho a vivir en una familia. Es decir, en ambos espacios —el nacional y el internacional— se visualiza un grupo social que requiere, por su naturaleza,

una protección específica del Estado y de la ley, además de ser el objeto de un derecho humano reconocido.

IV. Reflexiones finales

Con las premisas expuestas hasta aquí, puedo avanzar hacia unas reflexiones que me permiten enfocar las paradojas de este núcleo/institución social diverso, complejo y evolutivo llamado familia.

Primero, invito a observar que, si bien es cierto que nuestras familias son el espacio en donde los seres humanos aprendemos a relacionarnos con la otredad, en donde aprendemos a solidarizarnos o donde encontramos refugio frente a los factores externos de inseguridad, también es cierto que en su interior podemos encontrar y experimentar manifestaciones de violencia e inseguridad gravísimas, precisamente porque surgen ahí en donde deberíamos aprender a amar y a desarrollar los conceptos de paz y armonía, de diálogo y respeto, de libertad y solidaridad.

Desde el punto de vista de la construcción y aprendizaje de la ciudadanía y la democracia, las familias son un ámbito en donde se aprenden y ejercitan los derechos individuales. Al mismo tiempo, desde una perspectiva feminista, podemos reconocer y representar a las familias como el ámbito en el cual interactúan personas con poder desigual y asimétrico: mujeres y hombres, personas adultas e infantes, personas jóvenes y ancianas, proveedores y dependientes, etcétera.

Esto sucede no sólo por la convivencia entre dos o más generaciones en una misma familia, sino porque el sistema jurídico mexicano es heredero de una tradición en la cual las mujeres éramos consideradas prácticamente como incapaces. De tal suerte que las estructuras jurídicas debían garantizarnos que tuviéramos siempre un hombre que cuidara de nuestra persona y de nuestros intereses, que tomara las decisiones por nosotras, y a quien debíamos obediencia.¹⁵ En esta

¹⁵ Baste revisar los códigos civiles de 1870 y 1884 del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Sólo como botón de muestra: el artículo 32 de ambos ordenamientos señala que “el domicilio de la mujer casada, si no está legalmente separada de su marido, es el de éste...”; los artículos 201 y 192, respectivamente, señalaron que “El marido debe proteger á la mujer; ésta debe de obedecer á aquel, así en lo doméstico,

tradición, el matrimonio era la única institución válida para fundar una familia, es decir, se trata de la organización de la reproducción, del control de la sexualidad de las mujeres y de la reproducción de la ideología imperante en una sociedad determinada a través de las normas de derecho privado que permiten que el padre/jefe de familia imponga sus propias reglas a todo el grupo.

Esta tradición sobrevivió hasta no hace mucho tiempo, y produjo efectos sobre, por ejemplo, las normas relativas a la edad para contraer nupcias que, en casi toda la república se marcó no por la madurez psicológica para hacer frente a las responsabilidades inherentes o deseadas para esta institución, sino por la capacidad de procrear. Ciertamente, hasta el 3 de junio de 2019¹⁶ fueron válidas las dispensas de edad, si la mujer estuviere embarazada, previo consentimiento de quien ejerce la patria potestad o la autorización de autoridad competente, con el fin de salvar la “honra de la familia”; aunque eso fuera una forma de validar el abuso sexual infantil.

Hoy en día debemos reconocer que los tres pilares de las familias tradicionales —sexualidad, procreación y convivencia— han evolucionado cada uno a ritmo y en direcciones distintas; además, los papeles sociales de las mujeres y de los hombres, tanto al interior como al exterior de nuestras familias, se modificaron profunda y rápidamente en las últimas décadas. Las recomposiciones familiares debidas a divorcios, nulidades de matrimonio o simplemente por viudez, son también más frecuentes que en la primera mitad del siglo XX.

como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes”; los artículos 206 y 197, respectivamente, señalaron que “el marido es el representante legítimo de su mujer. Esta no puede sin licencia de aquel, dada por escrito, comparecer en juicio por sí ó por procurador...”. Desde luego, es importante subrayar algunas excepciones de principios del siglo XX, como lo fue la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, en cuyo artículo 43 se lee “El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo mismo de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan”; y el Código Civil de Yucatán de 1918 cuyo artículo 68, reformado en 1923, señala que “El marido y la mujer deben protegerse y respetarse mutuamente, cumpliendo las instrucciones que ambos se den, así como en lo doméstico como en la educación de los hijos”.

¹⁶ Fecha en que se reformó el Código Civil Federal, para derogar todas aquellas disposiciones que permitían el matrimonio entre personas menores de edad. Tal acción legislativa fue recibida con beneplácito y anunciada como la prohibición del matrimonio infantil en todo el país.

Estas son sólo algunas de las razones que explican por qué el modelo tradicional (patriarcal), compuesto por padre, madre, hijas e hijos, convive con diferentes y variadas formas de organización familiar. De tal suerte que si pretendemos afirmar que en México existe un modelo único, estamos discriminando al resto y estamos desperdiciando los recursos políticos y económicos destinados a fortalecer una visión democrática de las familias basadas en los principios de igualdad y no discriminación; en el reconocimiento de la dignidad humana que atañe tanto a mujeres como a hombres, independientemente de nuestra clase social, el grado de educación, nuestra etnia, nuestra edad, nuestro color, nuestra religión, nuestra ideología, incluso nuestras preferencias sexuales. Estamos, pues, violando derechos humanos fundamentales.

Como se puede constatar, los códigos civiles y familiares de la república mexicana regulan las estructuras familiares y reflejan de manera muy clara si existen o no relaciones democráticas, igualitarias y equitativas entre sus integrantes. Y los códigos penales sancionan aquellas conductas que la sociedad considera contrarias a las estructuras familiares que ha decidido proteger y sólo esas, más allá de las necesidades reales de ciertas familias.

Por ello, es importante subrayar que, siempre de conformidad con los artículos 1o. y 4o. constitucionales, el Estado debe garantizar el goce de todos los derechos humanos en las familias tanto como salvaguardar la dignidad de sus integrantes; el respeto de las especificidades de los diferentes modelos o estructuras de familia; la no discriminación frente a la pluralidad de lazos afectivos que se crean al interior de estos núcleos sociales; el respeto y la legitimación de las expresiones culturales diversas que identifican a cada familia en lo particular; la igualdad de derechos y la equidad en el reparto de las cargas familiares para mujeres y hombres; el fomento de la paternidad y de la maternidad libres y responsables; el apoyo a las funciones de las familias de socialización y crianza de las hijas e hijos, si nacieren o se adoptaren.

En pocas palabras, si queremos que el trinomio familias, derecho humanos y democracia sea una realidad, el Estado debe reconocer a las familias como sujetos de derecho y velar por la complementariedad y flexibilidad de los roles que cada uno de sus integrantes tengan asignados. De tal suerte que todas las personas, mujeres y hombres,

niños y niñas, ancianos y ancianas, reconozcan en su propia familia la fuente de su bienestar, afectividad, desarrollo, seguridad y crecimiento, y puedan transmitir esa experiencia hacia su entorno social y comunitario. De manera que ahí se encuentre la raíz de una verdadera democracia y de una cultura respetuosa de la igualdad, la dignidad y la libertad de las personas. Sí, ello es parte de la responsabilidad del Estado frente a los derechos humanos.

V. Referencias

- Arriagada, I. (2001). *Familias latinoamericanas; diagnóstico y políticas públicas en los inicios del nuevo siglo*. CEPAL.
- Arriagada, I. (Coord.). (2007). *Familias y políticas públicas en América Latina: Una historia de desencuentros*. CEPAL; UNFPA.
- Beauvoir, S. (1989). *El segundo sexo; vol. 2: La experiencia vivida* (P. Palant, Trad.). Siglo XX; Alianza.
- Bustos Romero, O. L. (1994). La formación del género: el impacto de la socialización a través de la educación. En Consejo Nacional de Población, *Antología de la sexualidad humana* (t. I., pp. 267-299). Miguel Ángel Porrúa; CONAPO.
- Butler, J. (2001). *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad* (M. Mansour y L. Manríquez, Trads.). Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género; Paidós.
- Crenshaw K. (2016, octubre). *La urgencia de la interseccionalidad* [Video]. Conferencias TED. https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality?language=es
- Cazés, D. (1998). *La perspectiva de género; guía para diseñar, poner en marcha, dar seguimiento y evaluar proyectos de investigación y acciones públicas y civiles*. CONAPO; PRONAM.
- Derrida, J. (1992). *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. (A. Babera y P. Peñalver, Trads.). *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (11), 129-191. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0c5k2>
- Escriche, J. (1851). Familia. En *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (nueva ed.) (pp. 674-674). Librería de Rosa, Bouret y Cía.

- Espejo Yaksic, N. y Ibarra Olgún, A. M. (Eds.). (2020). *La constitucionización del derecho de familia: Perspectivas comparadas*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.
- Esteinou, R. (2012). Relaciones familiares e intimidad en la sociedad mexicana del siglo XX. En R. Esteinou (Coord.), *La nueva generación social de familias tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos* (pp. 257-284). CIESAS; Publicaciones Casa Chata.
- Facio, A. y Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 3(6), 259-294. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado
- Fraisse, G. (2003). El concepto filosófico del género. En S. Tuber (Ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto* (pp. 39-46). Cátedra; Universitat de València; Instituto de la Mujer.
- Lagarde, M. (1997). *Género y feminismo; desarrollo humano y democracia* (2a. ed.). Grifistaff.
- Lagarde, M. (2012). La construcción de las humanas; identidad de género y derechos humanos;. En M. Lagarde, *El feminismo en mi vida: hitos, claves y topías* (pp. 15-41). Inmujeres. <https://biblioteca.multiplicidadreal.com/index.php?page=13&id=1685&db=>
- Lagarde, M. (2013). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas* (3a. ed.). Siglo XXI; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Messuti, A. (2008). *La justicia deconstruida*. Bellaterra.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*.
- México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020). *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género*.
- Montaño, S. (2007). El sueño de las mujeres: democracia en la familia. En I. Arriagada (Eds.), *Familias y políticas públicas en América Latina: Una historia de desencuentros* (pp. 77-91). CEPAL; UNFPA. <https://repositorio.cepal.org/entities/publication/ba3d4621-3344-4da2-ba2d-d84d3b87a977>
- Núñez, L. (2018). *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. Universidad Nacional, Centro de Investigaciones y Estudios de Género.

- Pérez Duarte y Noroña, A. E. (1998). *Derecho de familia*. Universidad Nacional Autónoma de México; McGraw-Hill.
- Real Academia Española. (2020). *Informe de la Real Academia Española sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución Española, elaborado a petición de la Vicepresidenta del Gobierno*. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf
- Rousseau, J. J. (2000). *Emilio o la educación* (R. Viñas, Trad.). El Aleph. (Trabajo publicado originalmente en 1762). <https://www.educ.ar/recursos/70109/emilio-o-de-la-educacion-de-jean-jacquesrousseau>
- Segato, R. L. (2018). *Contrapedagogías de la crueldad*. Prometeo Libros.
- Segato, R. L. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Traficantes de Sueños. https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf
- Serret, E., y Méndez Mercado, J. (2011). *Sexo, género y feminismo*. Suprema Corte de Justicia de la Nación; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; Instituto Electoral del Distrito Federal. http://portal.iedf.org.mx/biblioteca/descargas_equidad.php?id=72
- Stoller, R. (1968). *Sex and Gender*. Science House.
- Vialnello, M., y Caramazza, E. (2002). *Género, espacio y poder. Para una crítica de las Ciencias Políticas*. Ediciones Cátedra; Universitat de València; Instituto de la Mujer.