

Revista de Derecho Privado

vol. 13 • núm. 28 • julio-diciembre de 2025

<https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2025.28>



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretaria técnica

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Revista de Derecho Privado, nueva época, vol. 13, núm. 28, julio-diciembre de 2025, es una publicación semestral de acceso abierto 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, certificado de Reserva de Derechos al uso Exclusivo: 04-2016-021710000500-203. ISSN (versión electrónica) 2448-7902, ambos otorgados por el Instituto Nacional Del Derecho de Autor.

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.

Revista de Derecho Privado
julio-diciembre de 2025

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Editora

Laura Mercedes Velázquez Arroyo

Editor técnico

Ricardo Hernández Montes de Oca

Asistente editorial

Alondra Carmona

Cuidado de la edición

Celia Carreón Trujillo

Ricardo Hernández Montes de Oca

Alejandro Montiel Velázquez

Enrique Rodríguez Trujano

Diseño y formación

Ricardo Hernández Montes de Oca

CONSEJO DE HONOR

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

COMITÉ 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 Fuentevilla (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), Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

COMITÉ CIENTÍFICO

Jorge Oviedo Albán. Universidad de La Sabana. Colombia.
Patricio Lazo González. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile.
Riccardo Cardilli. Universidad de Roma Tor Vergata. Italia.
Martin Schermaier. Universidad de Bonn. Alemania.
Bernardo Jesús Pariñán Gómez. Universidad Pablo de Olavide. España.
Jorge Carlos Adame Goddard. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
Franciszek Longchamps de Bériet. Universidad Jagellónica. Polonia.

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: 10 de abril de 2026

2025. 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

- La causahabienca, su presencia en las figuras procesales de personalidad, personería y legitimación. Un análisis desde el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. e21033
María Concepción Montenegro Treviño
- Tortious Liability for Medical Negligence in Nigeria and Mexico: A Critical Appraisal of Judicial Decisions. . . . e21089
Ganiyu Yahaya
- Il rapporto tra diritto civile e costituzione nell'esperienza giuridica italiana e21056
Geo Magri
- Revisión del derecho familiar: de un canon tradicional a su constitucionalización con un enfoque en derechos humanos e20666
Reina Libertad Gamero Palafox
Juan Antonio Taguenca Belmonte
- El proceso de codificación y descodificación civil en el ordenamiento jurídico chileno e21057
Cristián Luis Lepin Molina

La causahabencia, su presencia en las figuras procesales de personalidad, personería y legitimación. Un análisis desde el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

Succession, its Presence in the Procedural Figures of Personality, Legal Capacity and Legitimation. An Analysis From the National Code of Civil and Family Procedures

María Concepción Montenegro Treviño

🌐 <https://orcid.org/0009-0007-8666-1609>

Poder Judicial del Estado de Guanajuato. México

Correo electrónico: maria.montenegro@esij.edu.mx

Recepción: 2 de diciembre de 2025

Aceptación: 10 de marzo de 2026

Publicación: 9 de abril de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21033>

Resumen: La causahabencia constituye una institución de gran complejidad dogmática dentro del derecho procesal contemporáneo. Su tratamiento tradicional, como simple consecuencia de la transmisión de derechos sustantivos, ha impedido el desarrollo de una teoría procesal autónoma. Este trabajo propone una reconstrucción sistemática desde el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, mediante el análisis de su relación con la personalidad, la personería y la legitimación procesal, así como sus efectos en la continuidad del proceso, la cosa juzgada y las cargas probatorias. Se propone una distinción conceptual entre estas categorías. En consecuencia, se revisa la figura jurídica de la causahabencia en el momento procesal en que se haga necesario identificarla para definir tanto la personalidad como la personería y, por supuesto, la legitimación de las partes en el proceso. De no hacerlo así, es posible que sea confundida con las figuras procesales de sustitución y subrogación. Así, ante la inminente entrada en vigor en todo el país del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, resulta indispensable que sea considerada para garantizar procesos que no se vean interrumpidos por cuestiones enervantes, y sea precisa la identificación de las partes en juicio a través de la figura jurídica que les asista como personalidad. Con ello, este análisis busca que en este aspecto se garantice la tutela efectiva de los derechos sustantivos controvertidos, y así, por supuesto, se acate el debido proceso legal, conceptualizado, como es sabido, como un derecho humano.

Palabras clave: causahabencia; legitimación; personería; personalidad; sustitución procesal; subrogación.

Abstract: Succession constitutes an institution of great dogmatic complexity within contemporary procedural law. Its traditional treatment as a simple consequence of the transfer of substantive rights has hindered the development of an autonomous procedural theory. This work proposes a systematic reconstruction based on the National Code of Civil and Family Procedures, analyzing its relationship with legal personality, legal capacity, and procedural standing, as well as its effects on the continuity of proceedings, *res judicata*, and the burden of proof. A conceptual distinction between these categories is proposed. The legal concept of succession is then reviewed at the procedural stage where it becomes necessary to identify it in order to define the legal personality, standing, and, of course, the legitimacy of the parties in the proceedings. Failure to do so could lead to confusion with the procedural concepts of substitution and subrogation. Given the imminent nationwide implementation of the National Code of Civil and Family Procedures, it is essential that succession be considered to ensure that proceedings are not interrupted by unreasonable issues and to precisely identify the parties in court through the legal figure that constitutes their legal personality. This analysis aims to guarantee, in this respect, the effective protection of the substantive rights in dispute and, consequently, to ensure due process of law, which, as is well known, is a fundamental human right. **Keywords:** succession; standing; legal personality; procedural substitution; subrogation.

I. Introducción

El proceso civil contemporáneo ha sido objeto de una profunda transformación derivada de la constitucionalización del derecho procesal. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPFC) responde a este fenómeno al estructurar un modelo procesal basado en la tutela judicial efectiva, la igualdad de las partes, la continuidad procesal y, con ello, el respeto a los derechos humanos. En este contexto la causahabencia adquiere relevancia como un mecanismo que permite la estabilidad del proceso frente a la transmisión de derechos litigiosos.

Históricamente la doctrina ha oscilado entre diversas interpretaciones de la causahabencia: como representación, como sustitución de parte o como problema de legitimación. Esta falta de uniformidad conceptual ha generado confusión en la práctica judicial y en la teoría procesal. El nuevo Código exige una lectura sistemática que supere estas visiones parciales. En efecto, es de sustantiva importancia que los operadores jurídicos conozcan, analicen, comprendan y demuestren la identidad de las partes desde

el punto de vista procesal, a efecto de que se tenga por exactamente tramitado el proceso por la persona correcta. Para ello es indispensable responder la pregunta por la identificación. A partir del análisis de la personalidad, la personería y la legitimación, se obtiene en este trabajo técnico-legal la distinción entre estas figuras jurídicas, y cómo se actualizan al presentarse figuras procesales como la sustitución, la subrogación y la causahabencia. Con ello se logra que los derechos y obligaciones de las partes sean debidamente tutelados unos y cumplidas otras por la persona correcta en las decisiones judiciales.

Lo anterior es importante, ya que, cuando se distinga entre las mencionadas figuras jurídicas, se identificará la diferencia entre sustitución, subrogación y causahabencia; y, sobre todo, porque la figura de la causahabencia es precisamente la que da lugar a reconocer el derecho sustantivo y adjetivo que asiste a las partes en un proceso. De allí que este artículo se ocupe de entregar al lector la justificación de esa necesidad y la forma de acreditar la figura de referencia. De esta manera, además de un proceso recto y correcto entre las partes legitimadas para ello, se garantizará la seguridad de la solución de fondo del asunto planteado ante la autoridad, evitando sobreseimientos, conclusiones de proceso por falta de legitimación de las partes, o bien desechamiento por falta de legitimación desde la demanda o la contestación propuestas.

De este modo, la figura central de nuestro análisis generará certeza en el planteamiento de acciones, excepciones, defensas y presentación de medios de prueba; así como en el caso de apersonamientos a juicio o sustituciones de las partes durante en el proceso. Según se verá, todo ello ocurre no sólo de una manera directa, sino que es dable que se analice si en ella cabe la causahabencia, que en definitiva da lugar a otro tipo de derechos y obligaciones, más allá de la mera sustitución personal o subrogación en el litigio.

Sea ese entonces el fin de este artículo. Nuestro análisis será de utilidad para ejemplificar casos en concreto que, a su vez, puedan ayudar al operador jurídico, cuando enfrente algún supuesto semejante en el que pueda aplicar rectamente la figura. Todo ello para beneficio de las partes materiales, quienes tienen el derecho

humano a una justicia completa. Dicha justicia es alcanzable a partir de que el individuo sea el titular de los derechos reclamados; y, en ese tenor, encuentre que los medios probatorios sean eficaces para la intención en el proceso.

II. Categorías estructurales del proceso

La personalidad procesal es la aptitud para comparecer válidamente en juicio. Constituye un presupuesto procesal indispensable, pues sin personalidad no puede configurarse una relación jurídico-procesal válida (Tesis: XII.20.9 K (9a.), 1997, p. 515).¹ Su fundamento se encuentra en la capacidad jurídica del sujeto, y en su reconocimiento como titular de derechos y obligaciones (von Bülow, 2008, pp. 30-60).

En términos generales, la *personalidad procesal* se refiere a la aptitud jurídica que tiene una persona para comparecer en un proceso, ya sea por su propio derecho o en representación de otra, y realizar válidamente actos procesales con efectos jurídicos. Este concepto se vincula con la *capacidad procesal* y con la *representación*, en tanto que determina quién puede actuar legítimamente dentro del procedimiento jurisdiccional. Desde una perspectiva clásica del derecho procesal, la personalidad se relaciona con la correcta integración de la relación procesal entre las partes y el órgano jurisdiccional; a este efecto, se entiende que las partes deben verse legítimamente reconocidas en juicio. Si una persona comparece sin personalidad suficiente —por ejemplo, sin acreditar la representación que dice ostentar—, se produce un defecto procesal

¹ Esta tesis aislada, del Segundo Tribunal Colegiado del Decimo Segundo Circuito, sostiene: “PERSONALIDAD, COMPROBACIÓN DE LA. DEBE SER PLENA Y DIRECTA. La personalidad constituye un presupuesto procesal indispensable para integrar válidamente la relación procesal, cuyo examen puede incluso hacerse de oficio con el propósito de mantener el proceso ordenado a su propio fin, evitando seguir una tramitación con persona que no sea el representante legítimo y condenar a la parte sin haberla realmente oído y vencido en el litigio. De ahí que deba justificarse plenamente y constar de modo directo en el documento relativo, y de ninguna manera deducirse a base de presunciones, dado que se trata de una cuestión esencial en el procedimiento” (Tesis: XII.20.9 K (9a.), 1997, p. 515).

que puede impedir el estudio de fondo de la controversia, dado que el proceso exige que quienes intervienen tengan aptitud jurídica para hacerlo. De tal manera, existe la posibilidad de que no se identifique a los comparecientes, y ello provoque que, en efecto, la decisión de fondo no sea analizada; lo que generaría que el fin de la justicia no se logre, pues el aparato jurisdiccional entró en funciones sin consecuencia.

La doctrina procesal italiana influyó notablemente en la conceptualización de la personalidad dentro del proceso. Francesco Carnelutti (1958, p. 104) explicó que la relación jurídica-procesal requiere la presencia de sujetos procesales debidamente legitimados para actuar, pues de lo contrario el proceso carece de uno de sus elementos estructurales. En este sentido, la personalidad constituye un requisito necesario para la válida actuación de las partes en el proceso ante la autoridad.

Por su parte, la doctrina latinoamericana ha señalado que la personalidad debe acreditarse desde el inicio del procedimiento, ya que constituye un presupuesto para la admisión y tramitación de las pretensiones procesales. Eduardo J. Couture (1959) sostuvo que dentro de los presupuestos procesales que se identifican se encuentran la capacidad, la representación y la debida intervención de las partes en el proceso, elementos que garantizan que la actividad jurisdiccional correspondiente se desarrolle con sujetos jurídicamente habilitados. Este autor, al igual que Carnelutti, coincide en que la relación en el proceso sólo puede encontrarse debidamente integrada por las partes que acrediten tener personalidad en juicio (Couture, 1959, p. 97).

En el derecho procesal contemporáneo la personalidad se encuentra estrechamente vinculada con las figuras de la personería y la legitimación. Como se ha dicho, mientras la personalidad se refiere a la aptitud para comparecer en juicio, la personería alude a la acreditación concreta y precisa de esa representación dentro del proceso. Por su parte, la legitimación se relaciona con la titularidad del derecho material discutido. La correcta diferenciación de estas figuras resulta fundamental para evitar confusiones conceptuales y para garantizar la adecuada tramitación de los procesos judiciales. Así, la personalidad procesal se configura como un requisito esencial para la validez del proceso, ya que asegura que los

sujetos que intervienen en el litigio cuentan con la habilitación jurídica necesaria tanto para actuar como para asumir las consecuencias jurídicas de sus actos procesales.

La personería procesal, por su parte, se refiere a la facultad de actuar en juicio en nombre de otro. Supone una relación de representación, y una imputación de efectos jurídicos al representado. En la práctica forense la personería se manifiesta a través de figuras como el mandato judicial, la representación legal o la representación orgánica. De allí que resulte pertinente distinguir entre personería y legitimación, pues constituye una cuestión central dentro de la teoría general del proceso. La doctrina procesal clásica ha insistido en que ambas categorías responden a problemas distintos dentro de la estructura del proceso. En este sentido, el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture (1959) explica que la comparecencia válida de una persona en juicio exige verificar si quien actúa posee la facultad jurídica para hacerlo, ya sea en nombre propio o en representación de otro. Esta verificación corresponde al ámbito de la personería procesal, entendida como la aptitud jurídica para intervenir válidamente en el proceso.

Así, desde esta perspectiva, la personería constituye un presupuesto formal de la actuación procesal. Couture (1959) sostiene que el juez debe examinar, desde el inicio del procedimiento, si el sujeto que comparece ante el órgano jurisdiccional acredita adecuadamente la representación que invoca, pues de lo contrario los actos procesales podrían carecer de validez. En consecuencia, cuando un apoderado promueve una demanda, o comparece en juicio en nombre de otra persona, resulta indispensable acreditar el poder correspondiente, ya que la ausencia o insuficiencia de dicho instrumento puede dar lugar a un defecto de personería.

Por su parte, la legitimación procesal se refiere a una cuestión distinta, a saber, la relación existente entre el sujeto que participa en el proceso y el derecho sustantivo que se pretende hacer valer. El jurista italiano Giuseppe Chiovenda (1936, p. 215) explicó que el proceso debe desarrollarse entre quienes aparecen como titulares activos y pasivos de la relación jurídica material controvertida. Por ello, la legitimación en la causa supone una correspondencia entre las partes procesales y los sujetos de la relación jurídica sustancial.

En la misma línea doctrinal, el procesalista colombiano Her- nando Devis Echandía (1998, p. 287) afirma que la legitimación en la causa consiste en la titularidad del interés jurídico sustancial que se discute en el proceso. De acuerdo con este autor, una perso- na puede tener capacidad procesal y personería para comparecer en juicio, pero carecer de legitimación en la causa si no es titu- lar del derecho material cuya protección se solicita ante el órgano jurisdiccional.

La doctrina procesal también distingue entre legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*. Francesco Carnelutti (1944, p. 142) explicó que la legitimación *ad processum* se rela- ciona con la posibilidad de actuar válidamente dentro del proceso; mientras que la legitimación *ad causam* se vincula con la perte- nencia del derecho material debatido. Esta diferenciación permi- te comprender que los defectos de representación o personería pertenecen al ámbito formal del proceso, mientras que la falta de legitimación en la causa afecta el fondo de la pretensión. En la doctrina contemporánea autores como Michele Taruffo (2002, p. 45) han señalado que la correcta identificación de las partes legi- timadas constituye un elemento esencial para la estructura del con- tradictorio y para la eficacia de la tutela jurisdiccional. En efecto, el proceso sólo puede cumplir adecuadamente su función cuando quienes intervienen en él son precisamente los sujetos vinculados con la relación jurídica sustancial debatida.

En el derecho mexicano la Suprema Corte de Justicia de la Na- ción ha sostenido reiteradamente que la legitimación en la cau- sa implica la existencia de una relación entre el sujeto que ejercita la acción y el derecho sustantivo que se reclama. En diversas tes- is jurisprudenciales se ha establecido que la legitimación cons- tituye un requisito para el estudio del fondo del asunto, mientras que la personería se refiere a la acreditación de la representación con la que comparece quien promueve en juicio.

Por consiguiente, se justifica con lo anterior que la legitima- ción procesal constituye la cualidad para actuar como parte en un proceso concreto. La doctrina distingue entre legitimación *ad pro- cessum* y legitimación *ad causam*. Esta última se vincula con la ti- tularidad del derecho sustantivo controvertido; y es la categoría que resulta directamente afectada por la causahabencia, pues

las figuras jurídicas mencionadas son útiles para empezar a reconocer quién está actuando en el proceso. Aquí es justamente cuando el operador jurídico, ya sea el asesor legal o el juzgador, empieza a saber si la persona que está ante ellos se va revistiendo de los elementos necesarios para actuar en juicio, al empezar por contestar justamente a la pregunta “¿quién es?”, para después preguntarse “¿cuenta con capacidad legal para actuar en juicio?”. Es decir, debe el operador jurídico conocer si en principio la persona se encuentra cubierta con esas características, ya que debe ser considerado como posibilitado para actuar ante un proceso civil.

Así se tiene entonces que, si bien una persona puede contar con personalidad y con personería, es posible que, aun actuando en el proceso, el derecho sustantivo tutelado en el juicio no le sea atinente. Es decir, que en realidad ese derecho subjetivo de la persona que acude no se encuentre en litis, en conflicto procesal, de donde la legitimación es el requisito para ser considerada parte en el proceso. Todo esto se desprende del contenido del artículo 128 del CNPCF, al referir que:

Tienen legitimación en el procedimiento para comparecer en juicio:

I. Las personas físicas por sí mismas o por conducto de sus personas representantes autorizadas, así como las personas que designen para su apoyo, en su caso;

II. Las personas jurídicas públicas o privadas por medio de quienes las representen, sea por disposición de la ley o reglamento, o bien, conforme a sus escrituras constitutivas, estatutos, poderes o mandatos;

III. Las agrupaciones o entes que no constituyan personas jurídicas reconocidas por la Ley, por medio de quienes en su nombre hayan actuado;

IV. Las instituciones y dependencias de la administración pública, por medio de sus órganos autorizados conforme a la normatividad que las regule;

V. Cualquiera que integre un grupo afectado, que busque una adecuada defensa para el interés general; y las instituciones, asociaciones o agrupaciones privadas, especializadas en la defensa de los intereses sociales o colectivos cuando se trata de la tutela de intereses difusos y de grupos indeterminados, siempre que no sean políticas o gremiales reguladas;

VI. En el caso de las personas de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, sus propias autoridades o las personas que designen con base en sus usos y costumbres, y

VII. El Ministerio Público Local o Federal.

Por ello, es evidente que la legitimación resulta ser el elemento fundamental para que una persona acceda a un proceso y sea llamada *parte* en el mismo. Ciertamente, aunque la persona podría contar con personalidad y acceder a personería, es posible que no le asista la legitimación, pues para iniciar la actividad procesal se debe tener en efecto la característica no sólo de parte, sino que esa parte pueda calificarse como legítima. En otras palabras, se requiere que sea una persona que tenga la posibilidad de identificarse y de actuar en juicio, pero además de actuar legítimamente asistiéndose de legitimación, de la defensa o búsqueda del reconocimiento de un derecho subjetivo que al menos presumiblemente pueda ser considerado y susceptible de ser valorado y analizado en la decisión de una autoridad judicial.

¿Es posible que una persona tenga personalidad y personería, y no tenga legitimación? La respuesta será siempre sí, puesto que es justo este último elemento el que tanto la doctrina como la interpretación de la legislación a través de criterios jurisprudenciales han permitido que se considere como un presupuesto procesal, con la posibilidad de ser analizado en cualquiera de las etapas del juicio. Así, la legitimación deviene en un elemento no subsanable dentro del juicio en el cual se analiza y decide; a diferencia de la personalidad, o de incluso la personería, que son susceptibles de ser subsanados antes de que se ponga el juicio en estado de dictar sentencia. Esta facultad puede observarse en el contenido del siguiente artículo del CNPCF:

Artículo 71. La autoridad jurisdiccional estudiará de oficio la personalidad al momento de proveer el escrito inicial de demanda y su posible contestación, y el interesado podrá corregir cualquier deficiencia al respecto, siempre y cuando fuese subsanable, en un plazo no mayor de diez días, con la consecuencia de no admitir la demanda, en caso de la parte actora, o de no tener por contestada la demanda y continuar el juicio en su rebeldía, en caso de la demandada.

En caso de juicios orales, la posibilidad de subsanar la personalidad de las partes deberá realizarse a más tardar al inicio de la audiencia preliminar. Siempre que un litigante se presente en representación de alguna de las partes, la autoridad jurisdiccional estudiará de oficio su personalidad, independientemente del derecho de la contraparte de excepcionarse o realizar la objeción pertinente.

Por lo tanto, tanto la personalidad como la personería pueden ser considerados como defectos procesales subsanables. Esto no es así en el caso de la legitimación, la cual, al analizarse desde los aspectos de legitimación en el proceso y legitimación en la causa, puede dar lugar a que la decisión no esté asistida de análisis de fondo, ya que el reclamo en la acción o la defensa en excepciones debe plantearse por quien se encuentre asistido para hacerlo. De otro modo, el fondo de la litis propuesta no es susceptible de ser analizada en su fondo, ya que la legitimación, en general, es la situación en que se encuentra una persona con respecto a determinado acto o situación jurídica, para el efecto de poder ejecutar legalmente aquel o de intervenir en esta. Si puede hacerlo, está legitimado; en caso contrario, no lo está. La legitimación procesal es la facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado, como tercero o representando a estos. La legitimación en la causa consiste en la identidad del actor con la persona en cuyo favor esta la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva). En conclusión, está legitimado el actor cuando ejercita un derecho que realmente es suyo; y el demandado, cuando se le exige el cumplimiento de una obligación que también es a cargo de él. En síntesis, la legitimación en la causa es una condición necesaria de la acción que presupone o implica que la demanda sea presentada por quien tenga la titularidad del derecho controvertido, así como que la demanda se enderece contra quien se dirige la voluntad de la ley. Es decir, que la acción se ejercita por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en el caso concreto la función jurisdiccional, y que el demandado sea el obligado por disposición de la ley.

La legitimación procesal constituye una potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional a hacer valer una acción o excep-

ción, y se produce cuando el derecho cuestionado es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, ya sea porque se ostenta como titular del derecho o porque cuenta con la representación legal de dicho titular. En tales condiciones la legitimación en la causa, activa o pasiva, entraña cuestiones netamente sustantivas que deben ser analizadas por el juzgador de manera oficiosa, a efecto de determinar la procedencia de la acción ejercitada. De igual modo, la legitimación procesal envuelve situaciones adjetivas que también deben ser estudiadas por el resolutor, pero para determinar si quien presenta una demanda está en aptitud de provocar la actividad jurisdiccional al actuar por propio derecho o como representante legal.

La jurisprudencia se ha pronunciado también en estos rubros, lo que puede observarse en la tesis aislada “LEGITIMACIÓN PASIVA. ES UNA CONDICIÓN NECESARIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, NO UN PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE ÉSTA Y SU ESTUDIO ES DE OFICIO EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCEDIMIENTO” (Tesis: I.5o.C.87 C (9a.), 1999, p. 993) y en la jurisprudencia “LEGITIMACIÓN, ESTUDIO OFICIOSO DE LA” (Tesis: VI.2o.C. J/206 (10a.), 2019, p. 2308).

Ahora bien, hemos establecido que la personalidad, la personería y la legitimación son características específicas que revisten a la persona que acude a actuar en el proceso. Pero no siempre sucede que la persona directamente relacionada con el acto jurídico o hecho materia de juicio es quien actúa en el proceso, por lo que surgen varias figuras procesales que son útiles para identificar a cada una de esas formas de participar a nombre de otro, o por propio derecho, a través de la adquisición de derechos y obligaciones. En efecto, la representación es una figura jurídica que puede actualizarse de diversas formas: patria potestad, tutela, albaceazgo, mandato, poder, o incluso la gestión oficiosa. Es claro que una persona, ya sea mayor de edad con capacidad de goce y ejercicio, o bien sólo con capacidad de goce, puede ser representada en un juicio, y actuar en él a través de sus representantes, los cuales pueden —si su otorgante la posee— tener personalidad y personería en dicho juicio. No es menester precisar en este apartado los alcances y limitaciones de la representación en la personalidad y la personería, pues la constitucionalización del proceso que surge con el CNPCF hace que sea claro y hasta casuístico en la precisión

de actuación de las personas a través de los medios de representación que faculta. Por ello, aquí solamente es necesario establecer que se trata de medios al alcance de las personas para integrar su ser en un proceso judicial, y poder llegar a ser llamado parte en el mismo.

En la legitimación la exigencia es más amplia que en el caso de la representación, dado que los alcances de la primera pueden ser restringidos o limitados por parte del representado. Así, las actuaciones de las partes a través de sus representantes pueden responder a todas y cada una de las circunstancias que se actualicen en juicio; o bien, limitarse a ciertos aspectos únicamente. Tales aspectos y circunstancias se pueden distinguir claramente al momento de identificar las actuaciones de los que ejercen dicha representación. En casos como la patria potestad, la propia norma sustantiva civil coloca en varios artículos limitantes a tal representación, como ocurre con la obligación de cuidar la integridad de las personas que tienen bajo su resguardo a través de tal figura, tanto de manera personal como económica. Ciertamente, los representantes no pueden disponer ni de la persona ni de los bienes libremente, lo cual hace que su legitimación se vea restringida y sometida en ocasiones a autorizaciones de carácter judicial, a efecto de que se disponga de alguno de los aspectos cuyas limitantes legales existen. Estos supuestos de restricción son semejantes a las facultades de representación de un tutor. En ambos casos la persona sujeta a patria potestad o a tutela cuenta con personalidad en el proceso, pero no con personería. Y es por ello por lo que se hace indispensable que otra persona cuente con dicha personería en su nombre, en legal representación.

El albaceazgo es otro supuesto de representación en el cual, a su vez, las figuras del mandato y poder como formas de representación se actualizan aún más específicamente. Así, es de reconocer que, si técnicamente el denunciante otorgó y ratificó mandato en un trámite sucesorio, es evidente que su personalidad en ese justo momento era como denunciante, no como heredero y mucho menos como albacea. De modo que es de trascendental importancia lo que se viene insistiendo: la personalidad es distinta a la personería, y más aún lo es con respecto a la representación y a la legitimación. En efecto, el mandatario del denunciante tiene

personalidad dentro de juicio aun hasta el momento en que el denunciante es declarado heredero; pero una vez realizada la junta de herederos en caso de intestado, o la lectura de testamento en caso de testamentaria, el mandato pierde esa personería para el caso del denunciante-heredero que se convierta en albacea, pues el cargo de albacea no podrá delegarse, ni por su muerte pasa a sus herederos. Pero el albacea no está obligado a obrar personalmente; puede hacerlo por medio de mandatarios que obren bajo sus órdenes, si responde por los actos de estos. Entonces la personalidad del albacea permanece, y se traslada la personería al mandatario para los fines de realizar las gestiones atribuibles a su cargo. Así, tanto el albacea como su mandatario comparten la legitimación y, por ende, la personería durante el proceso, en donde el albacea tiene en todo tiempo la personalidad.

Igualmente pueden citarse los casos en que el mandato tiene absolutas facultades de representación, o aquellos en los cuales se les impide o faculta específicamente para decidir en caso de disposición de bienes o de transacción de derechos. En cuanto a los poderes notariales, se identifica sin problema alguno a aquellos que son generales para actos de administración y dominio, y a aquellos que únicamente se otorgan para que se cumpla con una función en especial a nombre del representado. En este último caso el otorgante posee la personalidad y sólo comparte con el apoderado la personería y legitimación, en el grado y alcances en que haya sido otorgado el poder. La representación entonces es una figura jurídica útil para identificar lo que una parte en el proceso puede realizar, y lo que no le está facultado, como una actividad procesal reservada exclusivamente al otorgante.

Entonces, cabe señalar que la representación, en la mayoría de los casos, es sólo un instrumento que asiste a un tercero de personalidad y personería. Por lo tanto, la representación debe considerarse en su justa dimensión, a fin de que no provoque confusión respecto a que en todos los casos en que exista representación, la personalidad o la personería se presentarán. En cada caso habrá que atender de manera particular si la mencionada representación está o no asistida de personalidad o personería, para a su vez analizar si los alcances de su otorgamiento conllevan a señalar si el representante cuenta o no con legitimación.

II. Sustitución de partes, subrogación y causahabencia

En el caso de la sustitución, aunque el término suele usarse de manera amplia para describir cualquier cambio de sujeto, en sentido estricto se refiere a la designación de un segundo heredero o legatario en el supuesto de que el primero no quiera o no pueda aceptar la liberalidad. Eduardo García Máynez (2002), en su obra *Introducción al estudio del derecho*, aborda la sustitución como un fenómeno de la técnica jurídica donde un sujeto ocupa el lugar de otro, en el ejercicio de facultades o el cumplimiento de deberes, lo que permite dar continuidad a la relación jurídica a pesar del cambio de sus elementos personales.

La sustitución procesal se da cuando una persona que actúa a nombre propio ejercita, sin embargo, una pretensión que pertenece en principio a un tercero. Para tocar el tema, es menester destacar que el derecho procesal reconoce que las partes en un proceso pueden ser materiales y formales (Rocco, 1993). Las partes materiales son aquellas que poseen el derecho subjetivo reclamado en el proceso, a manera de acciones o excepciones. Es decir, para ser congruentes con lo dicho, son las personas que cuentan con personalidad, con personería y legitimación dentro del proceso. Por otro lado, las partes formales son aquellas que cuentan con la representación de las partes materiales, y que por ello les asiste personería y legitimación en la proporción que les hayan sido trasladadas funciones determinadas en el proceso. En ambos casos, es decir, en caso de las partes materiales y las partes formales, es posible que sean cambiadas en el curso del procedimiento.

Si es el caso que el cambio o sustitución se actualiza en la parte material, debe ser analizado por el operador jurídico desde los aspectos referidos en los cuales debe interferir. Por ejemplo, considerar si se trata de un cambio absoluto, en razón de la sustitución de una persona por otra, sin que esta última tenga reservados derechos con relación a aquel que se ventila en el procedimiento; o bien, si existe aún algún vínculo que le una a quien le sustituye. Pero eso será tema de un apartado posterior, en el cual justamente se entrará al análisis de la figura central de este artículo, la causahabencia.

Si la sustitución se da de manera plena, la nueva persona —que habrá de denominarse parte en el proceso— adquirirá la personalidad, la personería y la legitimación de aquel a quien sustituye. Esto ocurre por razón de algún acto jurídico, debidamente acreditado en el proceso, en el que se dio la intención de dicho cambio. Tal acto jurídico puede ser una compraventa, una cesión de derechos (onerosa o gratuita), traslado de masa hereditaria, o cualquier otro acto o hecho jurídico por el cual la parte material se vea sustituida en el proceso.

A diferencia de lo referido, en el caso de la sustitución de la parte formal no se requiere la actualización de acto jurídico alguno, debido a que es precisamente una cuestión de mera forma en el proceso. La representación, que como ya quedó precisado en el apartado correspondiente, es un revestimiento que se da a la personalidad y, en su caso, a la propia personería. De manera que la parte formal puede ser cambiada, en cuanto así convenga a los intereses de la parte material. Es decir, tanto el mandato como el poder tienen el carácter de revocables; y, en caso de que se actualice la revocación, el mandatario o el apoderado serán cambiados. Este mismo supuesto ocurre con el tutor o el albacea, dado que se trata de figuras jurídicas susceptibles de revocación cuando alguno de los supuestos de ley se actualice —como ocurre en el caso de incumplimiento puntual, absoluto o en detrimento de sus respectivos representados—. Esto evidencia que la parte formal en un proceso es susceptible de sustitución o cambio sin que medie acto o hecho jurídico alguno, pues solamente basta la voluntad de quien la otorga, o la actualización de supuestos de revocación que se demuestren y sancionen judicialmente, para que surjan y existan nuevas personas que se asistan de la representación.

De modo que no existe trascendencia en el cambio de parte formal para los intereses de las partes o del proceso en sí mismo. El proceso siempre estará interesado en los posibles cambios de parte material, que es, en evidencia de circunstancias, lo que acarrea consecuencias en el procedimiento de manera absoluta. Este aspecto debe ser cuidado por los operadores jurídicos, a fin de que no surjan circunstancias que entorpezcan, anulen o inutilicen la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Para encuadrar lo precisado respecto al cambio de partes en el proceso, es menester traer el contenido del artículo 127 del CNPCF, que menciona la sustitución de partes como el cambio que surge en el proceso de una persona a otra. El CNPCF no refiere la causa, sólo exige que para que tenga efectos en el proceso, se comunique dicho cambio en el juicio. Así, el derecho procesal es el que se debe ocupar de regular las diferentes figuras jurídicas que pueden provocar que se actualice el cambio o sustitución de una parte o de otra. Porque lo que en realidad se está realizando es el cambio de persona. Es decir, pensemos que “X” es la persona que cuenta con la personalidad, la personería y la legitimación para actuar en el proceso. Si bien la norma en referencia no exige la acreditación de la causa, es innegable que una recta interpretación de la norma obligaría a que en efecto se realice tal acreditación, a fin de tener por demostrado que la sustitución se materialice en juicio, y sea “Y” quien ahora está apersonado con todas las características necesarias para hacerse cargo de la evolución y conclusión exitosa del procedimiento. Esto en el entendido de que lo que la norma en cita establece como requisito es que esa sustitución deba ser comunicada a la otra parte en el proceso, de tal manera que se tutelen los principios rectores del procedimiento que el propio CNPCF postula.

Al respecto, es importante destacar que la comunicación que refiere el artículo en la parte conducente es indispensable para la continuidad del proceso, puesto que el principio procesal de igualdad para las partes obliga a que se respete el derecho del contrario de conocer en principio el cambio propiamente dicho. Pero también se debe dar a conocer la causa de este cambio, ya que, en atención al principio procesal de contradicción, la parte contraria estará facultada para ejercer los medios legales a su alcance para revertir dicho cambio de parte, si es que le resulta inconveniente en el proceso. O bien, si se trata de un movimiento falaz en el juicio, que sólo busque confusión y retraso, la contraparte podrá analizar lo que motivó dicho cambio y decidir si está en posibilidad de proseguir el juicio con la parte sustituta, sin verse perjudicada de manera alguna en sus intereses personales. En este caso, la sustitución o cambio de parte es una forma de trasladar a otra persona lo necesario para que continúe en el proceso, de ma-

nera que no se requiera la presencia de la persona sustituida, ya sea la parte material o la parte formal.

Por su parte, la subrogación es una forma específica de transmisión de obligaciones que implica un cambio de acreedor o de objeto. Se divide principalmente en personal y real. La primera de ellas ocurre cuando un tercero paga al acreedor y asume los derechos de este frente al deudor; tiene lugar cuando una persona toma el lugar de otra y adquiere sus derechos y deberes. La segunda forma de subrogación se presenta cuando una cosa sustituye a otra en un patrimonio, y mantiene el mismo régimen jurídico.

Rafael de Pina Vara y José Castillo Larrañaga (2005, pp. 160-180) explican que la subrogación procesal (o sucesión procesal) ocurre cuando una persona sustituye a otra en la posición de parte (actor o demandado), debido a la transmisión del derecho sustantivo que es objeto del litigio. Los autores subrayan que el proceso no se altera en su esencia; lo que cambia es el sujeto que ostenta la legitimación en la causa. Así, identifican dos vías principales, la muerte de una de las partes (sucesión universal), o la enajenación del bien o derecho litigioso (sucesión a título particular). Pero también precisan que el efecto es que el subrogado o sucesor procesal asume el juicio en el estado en que se encuentre, por lo que habrá de quedar vinculado por todos los actos procesales realizados por su antecesor.

En cuanto a la subrogación es conveniente mencionar que esta figura jurídica surge al suplir las obligaciones y los derechos de una parte en un acto jurídico —lo que sin duda provoca cambios en el procedimiento—. Se trata de una figura que debe respetar, de igual manera, los principios procesales en beneficio de la contraparte. Ciertamente, en procedencia de ley, la contraparte está en su derecho de contradecir la posible actualización de la subrogación, la cual opera cuando el acreedor recibe de un tercero el pago de la deuda, por lo que este asume el carácter de acreedor legitimado para cobrar al obligado o responsable.

Cabe precisar que el CNPCF no señala la figura de manera descriptiva, sino en supuestos que pueden llegar a darse en el cumplimiento de las obligaciones que pueden realizarse a través de terceros en la obligación pactada. Sin embargo, la norma sus-

tantiva civil precisa que la subrogación se verifica por ministerio de la ley, sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

- I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;
- II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;
- III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;
- IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Entonces es innegable que la figura de la subrogación ha de considerarse en la forma de cambio o sustitución de partes, puesto que puede suceder en el procedimiento que un tercero cumpla por otro una obligación y quede subrogado en ella. Por lo tanto, al tratarse de una figura sustantiva, es dable que su actualización en el proceso surja sin que sea mencionado el concepto, como en el caso del CNPCF, en el cual se observan formas de cumplimiento de obligaciones con consecuencias en el juicio que son innegables. Por ello, es necesaria su mención en este tema de análisis.

III. La causahabencia como figura principal y no como sustitución procesal

La causahabencia es el concepto genérico que describe la transmisión de derechos y obligaciones de una persona (causante) a otra (causahabiente). Según el *Semanario Judicial de la Federación*, esta figura se define como la “sustitución de la persona de quien directamente emana el negocio jurídico, por otra que queda ligada por los efectos de dicho negocio como si personalmente hubiese intervenido”.

En la doctrina mexicana, Rafael Rojina Villegas (1980), en su obra *Compendio de derecho civil* (T. II), explica que el causahabiente es aquel que sucede al autor de un derecho, ya sea a título universal (como el heredero) o a título particular (como el legatario o el comprador). Para Rojina Villegas (1980, pp. 21-25, 350-360) la causahabencia es el fenómeno jurídico de sustitución en la

titularidad de un derecho o una obligación. Así, el autor establece que existe un causante (persona que transmite) y un causahabiente (persona que recibe y sustituye al anterior).

El autor tiene, como puntos clave de su expresión, los siguientes:

Sustitución de sujeto. El autor enfatiza que la relación jurídica no se extingue, sino que simplemente cambia de titular. El causahabiente entra en la misma posición jurídica que tenía el causante.

Causahabencia a título universal. Se refiere principalmente a la herencia. El heredero sustituye al *de cuius* en la totalidad de su patrimonio (activo y pasivo) o en una parte alícuota de él.

Causahabencia a título particular. Se da en casos específicos, como el legado o la compraventa. Aquí, el causahabiente sólo adquiere bienes o derechos determinados, no la totalidad del patrimonio.

Continuidad jurídica. Rojina Villegas sostiene que el causahabiente no es un “tercero” ajeno, sino que, para efectos legales, actúa como si fuera el propio causante respecto a los derechos y obligaciones transmitidos.

Por consiguiente, en primer orden debe señalarse que la causahabencia no es una forma de sustitución procesal de partes. Para ello veremos los casos que en este rubro señala el CNPCF en su artículo 127, al señalar que

Los cambios de representante procesal de una parte, no causan perjuicio alguno a la contraria, mientras no sean hechos saber judicialmente. Tampoco perjudicarán a una parte los cambios operados en la parte contraria, por relaciones de causante a causahabiente, mientras no se hagan conocer en igual forma.

Cuando se verifiquen estos cambios sin cumplir con las notificaciones de sustitución o inclusión de representante procesal, la actividad procesal se desarrollará y producirá sus efectos con toda validez, como si no se hubiese operado el cambio, en tanto no se haga saber judicialmente.

El texto legal citado es evidente en la separación de conceptos. En él se distingue entre las figuras de cambio de representante procesal de una parte y las relaciones de causante a causahabiente; por lo cual es palmario que no son conceptos iguales, pues los dere-

chos y obligaciones que surgen en una y otra figura tampoco lo son. Así, si existe un cambio de representación procesal, deberá empezarse por analizar que atiende directamente a dicho elemento de adición de la personalidad y personería. Es decir, la persona que tiene la calidad de parte es la misma, sólo ha delegado sus actuaciones a un tercero a quien asiste la representación de referencia. En su caso, la causahabencia opera cuando entre causante y causahabiente existe un acto jurídico que les entrega tal condición. De esa manera, se tiene que el causahabiente se traslada en los derechos y obligaciones del causante, para que este, a su vez, no cuente ya con personalidad en el proceso ni con ninguna suerte de representación como parte, pues ha dejado de serlo al actualizarse la causahabencia en el proceso.

Esto es así en atención a que la causahabencia es una figura netamente procesal que surge de la teoría del proceso y no sólo de la legalidad, aunque en el caso del CNPCF sea ya establecida o regulada. Ciertamente, el CNPCF señala con claridad que para que la causahabencia surta efectos debe hacerse saber en el proceso, es decir, establece la figura como algo existente en el derecho. Tal aseveración es de reconocerse, puesto que el peso específico de la figura procesal hace que incluso no sea necesario que la defina, sino que sólo la reconoce como preexistente en el derecho.

En efecto, esto se destaca porque la causahabencia no es una simple forma de sustitución procesal, sino que se trata de una adquisición de derechos y obligaciones. Es el causahabiente quien toma del causante todo lo relativo al acto jurídico que los une. En esos justos términos, y en casos especiales como en el de la causahabencia surgida a través de las sucesiones hereditarias, no se solventa sólo para un acto jurídico en específico, sino para toda la persona del causante. El causahabiente es quien ahora hace las veces del causante en todos los derechos y obligaciones que a él atañen.

Es fundamental destacar que en el caso de la causahabencia no se habla de una figura simple, sino de aquella que adquiere la personalidad, la personería, la legitimación y la representación de otra persona, que, por motivo de un acto o hecho jurídico determinado, ha dejado de tenerlas para que las adquiera el causahabiente. La causahabencia hará que un proceso se siga de manera

eficiente; que la persona que se identifica participe en el proceso con idénticas cargas que el causante, sin que sea necesaria la presencia de este, sino sólo del causahabiente. A no ser que se trate de cuestiones tales como excepciones de carácter estrictamente personal, de las cuales sólo pueda responder el causante, siempre y cuando se encuentre con vida. En ese supuesto no se trataría de una sustitución o cambio de parte, sino una verdadera y absoluta suplencia de persona en el proceso, puesto que las cargas y derechos se obtienen de manera absoluta, sin reservas para el causante.

Es de trascendencia fijar este punto, dado que, al momento de identificar la figura de referencia, el operador jurídico, ya sea el juez o el profesional del derecho que asista el caso, se encontrará en la posibilidad de reconocer precisamente a la persona que se encuentra legitimada en el proceso. Es decir, estará en el momento de responder la pregunta fundamental para iniciar un proceso: ¿a quién le asiste el derecho subjetivo para instar en juicio? La causahabencia, en efecto, da lugar a contestar este cuestionamiento, puesto que no sólo estará actuando una persona en el juicio, sino que se habrá identificado que es justamente la persona que se encuentra facultada para ello.

Podría considerarse que este supuesto puede actualizarse en cualquier parte de juicio. Es decir, nos podemos preguntar en cualquier caso a quién asiste el derecho subjetivo. Pero es el caso que, para la causahabencia, el entramado es fundamental: debe conocerse a fondo de dónde viene el derecho de quien comparece, y si en realidad se ha actualizado ese derecho o no; si el acto jurídico que entregó ese derecho al causahabiente es jurídicamente válido o no. De allí que se tenga a la causahabencia como una figura de calado particular en el derecho procesal, pues, si no es vista la figura o analizada a fondo, puede dar lugar a sobreesimientos que no cumplan con lo esperado de un proceso, y a evitar que se entregue justicia a las partes a través del análisis de fondo del asunto.

Para consolidar la comprensión de estas figuras, es imperativo citar a García Máynez (2002, pp. 251-253), quien desde la técnica jurídica explica cómo la estructura de la obligación permite el cambio de sus elementos personales sin perder su esencia. García Máynez (2002) sostiene que la causahabencia y la subrogación

son manifestaciones de la movilidad de los sujetos en la relación jurídica. Según el autor, mientras el objeto y el vínculo permanezcan, la sustitución del titular (sujeto activo o pasivo) no extingue la relación, sino que traslada la “esfera de facultades y deberes” a un nuevo ente. Además, puntualiza que el causahabiente no es un tercero, sino que se coloca en la posición jurídica del autor, con lo cual adquiere una legitimación derivada.

En conclusión, mientras que la causahabencia es el género de la transmisión (Rojina Villegas, 1980), la subrogación es la especie que opera por pago o sustitución de bienes (de Pina Vara y Castillo Larrañaga, 2005), y la sustitución es la técnica que permite la continuidad del derecho a pesar del cambio de sus titulares (García Máynez, 2002).

IV. La causahabencia, su forma de acreditación en el proceso

Hablar de causahabencia, en relación con la personalidad, es de sencillo entendimiento una vez que se ha identificado que la personalidad es una figura jurídica y la causahabencia una figura procesal. En efecto, quien accede al proceso debe poseer los elementos que le permitan apersonarse en el mismo. Por ello es indudable que el causahabiente, desde el momento en que lo es, adquiere la personalidad del causante y compete la defensa de su intención en juicio. Solamente es el causahabiente, y nadie más, quien cuenta con el elemento base para conducirse en el proceso.

La personalidad del causahabiente puede acreditarse a través de una prueba documental en la que conste el acto jurídico que motivó la presencia de la causahabencia. Es decir, un acto por el cual el causante entrega al causahabiente su personalidad, lo que puede darse a través de una compraventa, una cesión de derechos o de créditos, o hasta una sucesión.

En el caso de la adquisición de la personalidad con motivo de la sucesión, se hace énfasis en el rubro reconocido que se determina en las sentencias de adjudicación, puesto que se señala que el adjudicatario adquiere los bienes de la herencia en los mismo términos y condiciones que los tenía el autor de la herencia. Esto

implica la actualización cabal de la causahabiciencia, cuando se observa que pasan al adjudicatario los derechos y las cargas que tenía el autor de la herencia. Entonces, es evidente que la suplencia de la persona se actualiza de manera absoluta, y justo ese es el momento en el cual el autor de la herencia deja de existir jurídicamente, ya que antes de dicha resolución la masa hereditaria es propiedad del *de cuius*. El traslado de dominio de sus bienes también le traslada las cargas, mientras estas correspondan a los bienes de la sucesión y no a la persona del autor de la sucesión. Esto es así debido a que, de las obligaciones de carácter estrictamente personal, sólo se podía responder en vida; de modo que tales obligaciones concluyen con su muerte. No así las obligaciones y cargas que se contengan en los bienes de la herencia, las cuales sí se trasladan al adjudicatario.

En el caso de la personalidad trasladada al causahabiente desde un acto jurídico —como un contrato de compraventa o una cesión de derechos—, esta es susceptible de acreditación, como se ha dicho, con prueba documental o con cualquier otro medio probatorio, como la testimonial o la confesional. Una vez acreditado el acto jurídico, la causahabiciencia se actualizará de manera inmediata a favor del causahabiente, y se liberará al causante de las obligaciones que al respecto de tal acto jurídico posea.

Para tratar la causahabiciencia desde el aspecto de la personería es de establecerse que, al igual que en el caso de los actos jurídicos directos, donde la persona interviniente es la interesada en el asunto en cuestión, el causahabiente cuenta con la capacidad para actuar en el proceso sin límites ni reticencias. Pues, en efecto, al haber adquirido de su causante los mismos derechos y obligaciones, la capacidad también fue adquirida para los fines de la actuación en el proceso. El causahabiente puede, a través de los mismos medios de prueba con los que acreditó su personalidad, solventar la capacidad para actuar en juicio no sólo a su nombre, sino también a nombre del causante, en todo aquello que no sea de carácter estrictamente personal.

En cuando a la legitimación, en el caso de la causahabiciencia el interés legítimo del causahabiente surge incluso fuera del proceso. Esto es así en consideración a que el causahabiente, desde el momento en que participa de la relación de causahabiciencia, ma-

nifiesta su interés en el acto jurídico; celebrarlo lo legitima para acceder en su momento al proceso, en sustitución demostrada del causante. La legitimación, como elemento fundamental de la parte en juicio, se actualiza en el causahabiente, pues posee la nota principal para ello; es la persona que ha suplido al causante en sus derechos y obligaciones, y eso le hace tener la legitimación para acceder al proceso. Para demostrar este elemento bastará que el causahabiente precise que el acto jurídico celebrado con el causante encuentra íntima y directa relación con el asunto materia de la litis. Esa es la forma de acreditar su legitimación, señalar que lo que lo une al causante es precisamente la intención que a este le asiste en el juicio. Para ello bastará relacionar el documento con el cual se acredita la causahabencia, para encontrar la denotación de que es justamente ese acto jurídico el que motiva el proceso desde la intención del causante. Así, dependerá de la valoración de la legitimación, entendida como esa labor que realiza el juzgador en el proceso, al analizar si las partes se encuentran o no facultados para actuar en juicio. Será entonces el momento en el que el juez revise si en efecto del acto jurídico por el cual el causahabiente adquirió el derecho del causante le es suficiente para materializarse en legitimación en el proceso.

Para la representación, vista desde la causahabencia, se tiene que las formas de la figura procesal citada al inicio surgen de la misma manera que para el caso de las partes directas, ya que en modo alguno se puede considerar aspecto diverso a ello, ante la afirmación de suplencia absoluta de la misma. De modo que en el proceso el causahabiente podrá actuar por sí o por medio de mandatarios o apoderados, sin distinción alguna, ya que se encuentra en la facultad absoluta de trasladar la personería que le asiste para que se actúe a su nombre y representación, con facultades amplias o limitadas al igual que si se tratare de la parte directa.

V. Conclusión

En la dinámica de la sucesión procesal, en el marco del nuevo CNP-CF, la causahabencia se erige como el eje que permite la continuidad de la función jurisdiccional ante el cambio de titulares de un

derecho litigioso. A diferencia de la personalidad, que se limita a la capacidad de comparecer en juicio por derecho propio o representación, la causahabencia impacta directamente en la legitimación en la causa, ya que el causahabiente no sólo actúa en el proceso, sino que se convierte en el nuevo titular del interés jurídico en disputa.

La sustitución procesal y la subrogación encuentran en este código una regulación más ágil a través del sistema oral. Mientras que la subrogación permite que un nuevo acreedor tome el lugar del anterior por haber extinguido una obligación relacionada, la sustitución procesal garantiza que el proceso no se detenga por la transmisión del bien afectado. El CNPCF reconoce que el causahabiente adquiere la misma condición procesal que su causante, por lo que queda vinculado con las actuaciones previas y las sentencias dictadas, lo que evita el fraude procesal y asegura la eficacia de la cosa juzgada.

En definitiva, la integración de estas figuras en la nueva legislación procesal nacional asegura que la legitimación no sea un concepto estático. Por el contrario, mediante la figura de la causahabencia el proceso civil y familiar mexicano se adapta a la realidad de las transmisiones de derechos, lo que garantiza que quien tiene el derecho sustantivo sea quien reciba la tutela judicial efectiva que consagra la nueva forma del proceso civil.

VI. Referencias

- Carnelutti, F. (1958). *Sistema de derecho procesal civil*. UTEHA. Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares [CNPCF]. (2023).
- Couture, E. J. (1959). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Depalma.
- Chiovenda, G. (1936). *Instituciones de derecho procesal civil*. Revista de Derecho Privado.
- De Pina Vara, R., y Castillo Larrañaga, J. (2005). *Instituciones de derecho procesal civil* (29a. ed.). Porrúa.
- Devis Echandía, H. (1998). *Teoría general del proceso*. Universidad.

- García Máynez, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho* (54a. ed.). Porrúa.
- Rojina Villegas, R. (1980). *Compendio de derecho civil; Tomos I y II*. Porrúa.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, trad.). Trotta.
- Tesis: XII.2o.9 K (9a.) (1997). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo V, p. 515. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/199697>
- Tesis: I.5o.C.87 C (9a.) (1999). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo X, p. 993. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/192912>
- Tesis: VI.2o.C. J/206 (10a.) (2019). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 66, Tomo III, p. 2308. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019949>
- Von Bülow, O. (2008). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (M. A. Rossas Lichtschein, trad.). Ediciones Olejnik.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Montenegro Treviño, María Concepción, “La causahabencia, su presencia en las figuras procesales de personalidad, personería y legitimación; un análisis desde el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares”, *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 13, núm. 28, julio-diciembre de 2025, e21033. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21033>

APA

Montenegro Treviño, M. C. (2025). La causahabencia, su presencia en las figuras procesales de personalidad, personería y legitimación; un análisis desde el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. *Revista de Derecho Privado*, 13(28), e21033. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21033>

Tortious Liability for Medical Negligence in Nigeria and Mexico: A Critical Appraisal of Judicial Decisions

Responsabilidad civil extracontractual por negligencia médica en Nigeria y México: una valoración crítica de las decisiones judiciales

Ganiyu Yahaya

• <https://orcid.org/0000-0002-8655-0171>

Federal University Oye-Ekiti, Nigeria

Correo: yahayaganiyu2012@gmail.com

Received: december 16, 2026

Accepted: april 2, 2026

Published: april 14, 2026

Abstract: This paper comparatively examines tortious liability for medical negligence in Nigeria and Mexico, as they are jurisdictional countries with contrasting legal traditions. Nigeria is a common law jurisdiction that relies heavily on judicial precedent and employs the Bolam test, Bolitho tests, and domestic cases such as *Okonkwo v Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal* (2001), while Mexico, on the other hand, is a civil law jurisdiction that strictly relies on codified statutes, including General Health Law (*Ley General de Salud*) and the Federal Civil Code. The paper identifies gaps in judicial consistency, evidentiary standards, and access to legal remedies in both countries, as they represent both the common and civil law jurisdictions. It critically appraises judicial reasoning and statutory interpretation in a bid to propose reforms. This is carried out through the corrective justice theory, the economic analysis of law theory, and the patient-centred human rights theory. Employing a doctrinal method of legal research and comparative analysis, the paper offers recommendations, including establishing specialized medical negligence tribunals for strengthening medical negligence adjudication in both jurisdictions.

Keywords: tortious liability; medical negligence; judicial decisions; common law (Nigeria); civil law (Mexico).

Resumen: Este trabajo comparativo examina la responsabilidad extracontractual por negligencia médica en Nigeria y México, debido a que son países jurisdiccionales con tradiciones jurídicas contrastantes. Nigeria tiene una jurisdicción propia del derecho común, que depende en gran medida en precedentes judiciales, y emplea la prueba Bolam, las pruebas Bolitho y casos nacionales como *Okonkwo v Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal* (2001), mientras que México, por otro lado, es una jurisdicción propia del derecho civil que estrictamente emplea un estatuto de Códigos, incluyendo la *Ley General de Salud* y el Código Civil Federal. El presente trabajo identifica lagunas en la consistencia judicial, estándares de evidencia, y

acceso a remedios legales en ambos países, dado que ambos presentan jurisdicciones propias del derecho común y del derecho civil. Evalúa críticamente el razonamiento judicial y la interpretación de las leyes en un intento de proponer reformas. Esto se lleva a cabo por medio de la teoría de justicia correctiva, el análisis económico de la teoría legal, y la teoría de los derechos humanos centrada en los pacientes. Empleando un método doctrinal de investigación legal y análisis comparativo, el presente trabajo ofrece recomendaciones, incluyendo el establecimiento de Tribunales especializados en negligencia médica para fortalecer la adjudicación de casos de negligencia médica en ambas jurisdicciones.

Palabras clave: responsabilidad civil; negligencia médica; decisiones jurídicas; common law (Nigeria); derecho civil (Mexico).

I. Introduction

Medical negligence is an integral aspect of torts. It gives rise to liability, especially civil liability (tortious liability). It represents a critical link between healthcare delivery and legal accountability, raising profound implications for patient rights, professional liability, and hence judicial intervention. The principle that governs tortious liability for medical negligence is adequately established across the globe, serving as a mechanism through which individuals who suffer injury due to substandard medical care, weak treatment, poor facilities, etc., can seek redress (Enemu, 2021-2012). Thus, the proof of medical negligence is grounded in the fundamental principles of standard duty of care, breach of duty, causation, and damage. However, the manner in which courts adjudicate on medical negligence actions varies significantly from one jurisdiction to another, subject to the legal system in operation.

Legal systems are commonly classified into two broad traditions, that is, common law and civil law (Rom et al., 2021). For the common law jurisdictions, where the Nigerian legal system belongs, the adjudication on medical negligence is often influenced and guided by judicial precedents. This is because courts rely on past decisions to determine liability and what forms the applicable standard of care (Hurwitz, 2004; Silver, 1992). To support this legal tradition, the Bolam test, originating from the case of Bolam v Friern Hospital Management Committee (1957), remains a basis in Nigerian medical negligence jurisprudence, as it requires that a healthcare provider operate only in conformity with a responsible

body of medical opinion within the profession. Similarly, flexibility is in practice under the common law tradition. It allows courts to adopt negligence principles in response to emerging healthcare challenges. This flexibility practice is observed in *Okonkwo v Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal* (2001), where the Supreme Court of Nigeria emphasized the necessity of expert medical testimony in medical negligence claims for a just decision.

Conversely, civil law jurisdictions, to which the Mexican legal system belongs, adopt a codified approach to medical negligence. By implication, its liability is meticulously governed by statutory provisions, rather than reliance on judicial interpretations and precedent. On this note, the Mexican Federal Civil Code and the General Health Law (*Ley General de Salud*) are the core legal frameworks that outline the duty of care expected from medical professionals within the jurisdiction. Thus, the courts focus on the application of codified norms and approaches rather than the judicial precedent, which is the core in the common law jurisdictions like Nigeria (González, 2020). In the same vein, contrary to the court system under the common law, where judges have significant discretion in interpreting legal principles, the civil law system advocates strict adherence to statutory provisions as enshrined in the extant codified laws. More often than not, this limits judicial flexibility in negligence cases (Ramírez, 2021). Despite this structured approach to civil law that aims to ensure consistency, it may, however, restrict the courts' ability to develop nuanced legal standards responsive to complex medical disputes.

Given the foregoing structural dichotomy, there is no doubt that the comparative study of tortious liability for medical negligence in Nigeria (common law) and Mexico (civil law) establishes a compelling legal discourse. While the duo aims to protect patients and ensure professional accountability for negligence, their distinct adjudicatory mechanisms create divergent challenges and opportunities. It is trite that the Nigerian legal system relies so much on precedent, which provides adaptability but may, nevertheless, lead to inconsistent rulings. Similarly, the Mexican statutory framework ensures uniformity but may also lack the flexibility required for complex medical cases. In addition, the required evidence (together with its burden of proof) and available remedies

differ across both jurisdictions, as they influence access to justice for victims of medical negligence.

This paper is aimed at critically appraising the judicial approaches to medical negligence in Nigeria and Mexico. It assesses how courts interpret, apply, and enforce tortious liability within their respective jurisdictions, considering the extant legal frameworks. It will identify the strengths and weaknesses of both jurisdictions, hence drawing comparative lessons that can inform judicial practice, legal reform, and policy development. This way, the paper will contribute to the broader field of comparative tort law by offering insights into how both countries in their respective jurisdictions shape medical negligence jurisprudence and the extent to which they navigate professional autonomy, patient rights, and legal accountability.

II. Methodology

This study adopts a doctrinal method of legal research and comparative analysis. The doctrinal method employed analyzing statutes, case law, and academic literature, judicial decisions from Nigeria and Mexico, legal commentaries, textbooks, and peer-reviewed journal articles. The comparative analysis entails legal analysis of judicial decisions, assessing their reasoning, consistency, and review statutory provisions in both jurisdictions.

III. Justification of the Study

Medical negligence remains a global concern with pivotal implications for patient safety, human rights, and legal accountability in both developed and developing nations. Extensive research exists on tortious liability for medical negligence in advanced economies, there is a marked scarcity of comparative legal studies focusing on developing countries (like Nigeria and Mexico) with differing legal traditions (World Bank, 2023). This study is justified by addressing that gap through examining and contrasting Nigeria, a common law jurisdiction (a developing nation with low-

er-middle-income economy), and Mexico, a civil law jurisdiction (a developing nation with an upper-middle-income economy), with a specific focus on judicial decisions on tortious liability for medical negligence.

The choice of selecting Nigeria in this study is, however, justified on several grounds. As Africa's most populous nation and one of the largest economies, Nigeria presents a critical case for analyzing the evolution and effectiveness of medical liability laws in common law systems within developing nation contexts (Statista, 2025; Terwase et al., 2014). Secondly, the Nigerian legal system is inherited from English common law; hence, it heavily relies on judicial precedent. Nevertheless, medical negligence litigation in Nigeria is more often than not impeded by weak institutional frameworks and limited patient awareness, as well as inconsistent judicial standards and decisions (Ojo, 2021; Okeke, 2020). This way, an analysis of Nigeria's jurisprudence will reveal the strengths and limitations of the Nigerian precedent-based tort system in handling complex situations like medical injury claims resulting from medical negligence.

The choice of Mexico, on the other hand, is justified by the fact that Mexico operates under a civil law system built on comprehensive codified legislation (Law Gratis, 2025; LawShun, 2025). Such legislation includes the Federal Civil Code, the General Health Law, and administrative regulations issued by the Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED). Mexican legal tradition and practice emphasizes statutory duties and responsibilities over precedent; hence, medical negligence claims in Mexico repeatedly follow an amalgam pathway of administrative and judicial review (González, 2020; López-Muñoz et al., 2018). Notwithstanding its structured legal architecture, Mexico faces its challenges, such as limited access to justice for low-income populations, the under-reporting of malpractice claims, and disparities in enforcement (Sánchez-González & Gómez-Dantés, 2019).

Thus, bringing the duo of jurisdictions vis-à-vis, the study offers a consequential lens through which the practical and doctrinal challenges of tort law in medical negligence litigation are explored across the two legal systems. It contributes to legal scholarship by proposing reforms rooted in comparative insights and so re-

sponsive to the socio-legal realities of both countries. In the whole sum, the justification for selecting Nigeria and Mexico lies in their shared status as developing economies, divergent legal systems, and the potential for cross-jurisdictional learning aimed at improving healthcare accountability.

IV. Conceptual Clarification

1. *Negligence*

Negligence in tort law and legal parlance is referred to as the breach of an existing duty of care, and such breach has resulted in an injury to the person to whom the duty of care was owed (Oluokun, 2024). Akpata JSC in *Odinaka v. Moghalu* (1992) summed up negligence as “...the omission to do something which a reasonable man under similar circumstances would do or the doing of something which a reasonable and prudent man would not do.” Similarly, in *Ojo v Gharoro* (2006), negligence has been described as a fluid principle which has to be applied to the most diverse conditions and problems of human life. In the opinion of this paper, the word ‘negligence’ could simply mean failure or inability to meet with the acceptable standards or conduct of a reasonable person.

2. *Medical Negligence*

It is consequential to underscore that a wide variety of situations can lead to a medical negligence claim. These situations ranged, for instance, from a moment a doctor left a sponge in a patient’s body during an operation to failing to tell a patient that a prescribed drug might cause heart failure. Majorly, the categories of medical negligence are encapsulated into failure to diagnose or wrongful diagnosis of a patient to discover a patient’s illness, improper treatment of a patient by a doctor or appropriate treatment but administered incompetently by a doctor, and failure to warn a patient of known risks (Oluokun, 2024). Accordingly, an action in medical negligence must be able to prove the following elements:

- a) the existence of a duty of care;
- b) failure to exercise such duty of care by the medical practitioner;
- c) resultant injury to the patient as a result of the breach of duty; and
- d) causation, a causal link between the acts complained and damages suffered.

Furthermore, various acts or omissions can amount to grounds for medical negligence and causes of action to determine tortious liability. These, according Oloukun, (2024), include:

- a) Failure to attend promptly to a patient requiring urgent attention when the doctor was in a position to do so.
- b) Improper or incompetent assessment of a patient, or incorrect diagnosis, particularly when the clinical features were so glaring that no reasonable and competent doctor could have failed to notice them.
- c) Failure to advise, or proffering wrong advice, to a patient on the risk involved in a particular operation or course of treatment, especially if such an operation or course of treatment is likely to result in serious side effects or harms.
- d) Failure to obtain the consent of the patient (informed or otherwise) before proceeding with any surgical procedure or course of treatment, when such consent was necessary.
- e) Unjustifiable error in treatment, e.g., amputation of the wrong limb, inadvertent termination of a pregnancy, prescribing the wrong drug in error for a correctly diagnosed ailment, et cetera.
- f) Failure to refer or transfer a patient in good time when such a referral or transfer was necessary.
- g) Failure to do anything that ought reasonably to have been done under any circumstance for the good of the patient.
- h) Failure to see a patient as often as his medical condition warrants or to make proper notes of the practitioner's observations and prescribed treatment during such visits or to communicate with the patient or his relation as may be necessary with regard to any developments, progress or prognosis in the patient's condition.

- i) Failure to admit into hospital a patient whose condition requires hospitalization.
- j) Leaving a surgical instrument or swab in the body of a patient after an operation.
- k) Failure to crossmatch blood before transfusion.
- l) Using a patient for experimental purposes without his consent.
- m) Use of unsterilized tools.
- n) Where a swab is left in the operation site or the patient wakes up in the course of the surgical operation despite the general anaesthetic.
- o) Unjustifiable infringement on any of the rights of the patient in the course of treatment, e.g., undertaking a line of treatment that is against the religion of a patient and the will of the patient.

3. *Tortious Liability*

Liability is an accountability and responsibility to another, which is enforceable by civil remedies or criminal sanctions for injuries caused due to a breach of duty of care (Garner, 2004). In a nutshell, it is a situation whereby a person is liable for failure to meet with the existing duty of care. Liability generally includes tortious liability (civil), criminal liability, corporate liability, strict liability, vicarious liability, etc. The focus of this study is tortious liability, which is “the kind of legal responsibility that adheres to a person or legal entity as a result of an injury done to someone else or to some other entity” (Oller & Oller, 2010). Accordingly, this type of liability applies in the event of an injury. Hence, tortious liability is apparently civil in nature, as opposed to any other form of liability. It is therefore pertinent to underscore that the available form of liability for medical negligence in Mexico is strictly tortious liability (civil). However, criminal liability rarely surfaced except where intentional harm arises from the negligence. Whereas, in the Nigerian context, the liability is tortious but not exclusively, especially in serious cases involving death or gross negligence which may attract criminal prosecution, and professional regulatory bodies may enforce additional sanctions.

In a nutshell, tortious liability is fundamentally a civil liability, but the same act may also constitute a criminal liability, particularly in Nigeria when negligence leads to death. In that case, both the civil (tortious) and criminal liabilities can co-exist, depending on whether the victim sues privately or the State prosecutes for a public wrong.

V. Theoretical Framework

Legal theories provide a foundational lens through which medical negligence and its adjudication can be understood. This study will be guided by three key theoretical frameworks:

- a) **Corrective Justice Theory:** The theory is championed by Aristotle and later refined by legal scholars, including Ernest Weinrib (2012). It posits that tort law is a mechanism for restoring and ensuring a balance between the wrongdoer and the victim. In medical negligence, this theory justifies compensatory damages, ensuring that patients whose medical duty of care is being breached receive adequate redress. This framework is particularly relevant in Nigeria, where courts rely on common law principles to assess damages, and in Mexico, where statutory provisions determine compensation. Thus, corrective justice is applied differently in the precedent-based jurisdictions (e.g., Nigeria) and codified system-based jurisdictions (including Mexico)
- b) **Economic Analysis of Law:** The theory was developed by Richard Posner (2007). It suggests that legal rules should be evaluated based on their efficiency in allocating resources and minimizing social costs. Going by this theory, medical negligence laws should aim to balance the interests of patients and healthcare providers by ensuring that liability rules do not deter medical professionals from taking reasonable risks nor allow negligent practitioners to escape accountability. For instance, in Nigeria, litigation costs and judicial delays create barriers to accessing justice, while in Mexico, bureaucratic inefficiencies hinder timely adjudication. This theory, therefore,

provides an essential framework for evaluating the effectiveness of each system in deterring medical malpractice or negligence while promoting optimal healthcare delivery.

- c) **The Patient-Centred Approach and Human Rights Theory:** This theory emphasizes that medical malpractice or negligence law should prioritize patient rights, autonomy, and access to justice. The right to health, as recognized in international human rights instruments (e.g., Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), underscores the duty of governments to ensure an effective legal framework for addressing medical negligence (Tobin, 2019). For illustration, in Nigeria, weak regulatory oversight allows medical negligence cases to go unpunished, and in Mexico, rigid statutory constraints limit judicial discretion. Thus, going by this theory, the legal frameworks in both jurisdictions inadequately protect patients from harm, thereby affecting their right to legal redress.

VI. Legal and Institutional Frameworks Regulating Tortious Liability for Medical Negligence in Nigeria and Mexico

The statutory and institutional frameworks that govern medical negligence as a tort in both Nigeria and Mexico are a worthwhile point of discourse. While Mexico has a civil law system and inquisitorial model that combines judicial, administrative, and arbitral remedies, Nigeria follows a common law and adversarial model. Below is a comparative, itemized discussion on the laws and institutions regulating medical negligence in both jurisdictions. Thus:

1. *Legal and Institutional Frameworks (Nigeria)*

The legal regime regulating tortious liability for medical negligence in Nigeria operates through a combined effect of common law principles, statutory enactments, and professional regulatory codes. The combined effect collectively set up the standards of care owed by medical practitioners, the remedies available to aggrieved

patients in the case of breach, and the disciplinary consequences of professional misconduct.

A. Legal Framework in Nigeria

Legal framework regulating tortious liability for medical negligence in Nigeria include:

a. The Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 (as amended)

The Nigerian constitution, by virtue of Section 34, Chapter IV, guarantees the right to dignity of the human person. Accordingly, every individual in Nigeria is entitled to respect for their dignity, and it prohibits torture, slavery, and forced labour. This section is extended, by implication, to ensuring that no one can be subjected to inhuman or degrading treatment.

b. Common Law of Tort (Inherited from English Law)

Nigeria's common law tradition is sourced from the received English law as enshrined under Section 32 of the Interpretation Act, Cap I23 LFN 2004. Section 32 of the Act is simply a mechanism to integrate aspects of English law (including the doctrines of equity and statute of general application) into the Nigerian legal system. It provides a foundational avenue for legal principles to flow, particularly where Nigerian law is silent or unclear. In a nutshell, it is a legacy of Nigeria's colonial past which assists in resolving legal issues like medical negligence. The foundational precedent on the duty of care in Nigeria remains *Donoghue v Stevenson* (1932), where Lord Atkin's "neighbour principle" established that professionals owe a duty to avoid acts or omissions that are foreseeably harmful to those in proximity. In the light of adopting the principle, Nigerian courts have succeeded in medical negligence litigation, such as in *Ojo v Gharoro* (2006), where the Supreme Court affirmed that medical doctors owe patients a duty to exercise reasonable care and skill during treatment.

c. Criminal Code Act, Cap C38 LFN 2004

Certain acts of medical negligence may attract criminal responsibility despite the undisputed fact that tort law primarily governs civil liability. Sections 303–308 of the Criminal Code impose liability for unlawful acts or omissions resulting in death, killing of a person capable of being killed, or grievous harm. Such liability also includes a situation where a medical professional fails to use reasonable skill in their duty. In *R v Bateman* (1925), applied in Nigerian jurisprudence, it was established in that case that criminal negligence arises only when the breach is so gross as to warrant criminal sanction.

d. Medical and Dental Practitioners Act, Cap M8 LFN 2004

This Act establishes the Medical and Dental Council of Nigeria (MDCN). By the Act, the Medical and Dental Council of Nigeria is vested with the mandate to regulate the practice of medicine and dentistry and to investigate and sanction malpractice and professional misconduct. For emphasis, Section 16 of the Act provides that medical practitioners may face suspension or removal from the register if found guilty of professional misconduct or negligence.

e. Code of Medical Ethics in Nigeria (2008)

This code operationalizes the ethical and professional duties required of medical practitioners. It specifies the required standard of care for medical professionals, obligations of informed consent of patients, and prohibitions against unprofessional conduct. Thus, breach of these provisions, particularly in diagnosis, surgical practice, or patient communication, forms the core of disciplinary action and so informs the carrying on with civil proceedings (Okonkwo, 2014).

f. Federal Competition and Consumer Protection Act (FCCPA) 2018

Section 120 of the FCCPA empowers patients (as a consumer) to seek remedies for substandard medical services under consumer

protection law. In *Nigerian Bottling Co. v. Ngonadi* (1985) 1 NWLR (Pt. 4) 739, although not a medical negligence case, the Court affirmed that service providers, including medical institutions, owe a duty to deliver services of merchantable quality. This principle also applicable to healthcare delivery.

B. Institutional Frameworks in Nigeria

The enforcement of tortious liability for medical negligence in Nigeria relies on a network of regulatory, judicial, and quasi-judicial bodies. These include:

a. Medical and Dental Council of Nigeria (MDCN)

The Medical and Dental Council of Nigeria (established by the MDCN Act, 2004) is the core statutory agency and enforcement body for the medical profession in Nigeria. It licenses practitioners, sets professional standards, and conducts disciplinary proceedings through its Disciplinary Tribunal. By virtue of Section 16 of the Medical and Dental Practitioners Act, the Tribunal may issue sanctions for medical malpractice and negligence. It is important to note that these sanctions can range from admonition or suspension to the erasure of the practitioner's name from the register, as the case may be.

b. Nigerian Courts (High Courts and Appellate Courts)

Courts, particularly the High Courts, have unlimited jurisdiction over cases of tortious liability for medical negligence. These courts adjudicate on liability by assessing damages caused and interpreting common law and statutory provisions applicable to medical negligence in Nigeria. Appellate courts, including the Supreme Court, play a pivotal and central role in refining legal principles through binding precedents, as seen in *Ojo v Gharoro* (supra) and *Esabunor v Faweya* (2019), which resolved with patient rights and consent in medical treatment.

c. National Human Rights Commission (NHRC)

The firsthand mandate of the NHRC is concerned with human rights violations, yet the NHRC may intervene in cases involving gross violations of patient rights, particularly those that border on negligence in the public health sector and amount to inhuman or degrading treatment under Section 34 of the 1999 Constitution and the African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act (1983).

2. *Legal and Institutional Frameworks (Mexico)*

The regime of tortious liability for medical negligence in Mexico is all-encompassing of both the legal and institutional frameworks. The effect of which elucidates the in-depth need for a comprehensive understanding of such liability, which also informs whether a reform is required for an alignment with social justice as well as guaranteeing consistency and fairness in the trial of the tortious liability for medical negligence.

A. *Legal Frameworks in Mexico*

Mexico's legal framework governing tortious liability for medical negligence is apparently anchored in its civil law tradition, which is being influenced by continental European legal systems and shaped by the Mexican Constitution, statutory provisions, and administrative regulations. Hence, tortious liability arises from the breach of a duty of care required of healthcare professionals, whether in public or private practice, and such breach is adjudicated through both the courts and administrative panels. The legal frameworks started as follows:

a. *Mexican Constitution (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)*

Articles 1 and 4 of the Mexican Constitution contain provisions that cover constitutional guarantees relevant to medical negligence. Article 1 prohibits discrimination against human persons and en-

sure protection of human rights. The provision includes the right to health. In the same vein, Article 4 apparently guarantees access to healthcare services in Mexico and access to legal recourse for its violations. For emphasis, the Supreme Court in *Amparo en Revisión 547/2014* recognized medical malpractice as a potential violation of the constitutional right to health, opening the access door for civil actions alongside constitutional remedies.

b. Federal Civil Code of Mexico (Código Civil Federal)

The Federal Civil Code was established in 1928 and came into effect on October 1, 1932. It covers a wide range of private law, including the law of torts. The cornerstone of tortious liability in Mexico is Article 1910 of the Federal Civil Code, which asserts that “He who, by act or omission, causes harm to another through fault or negligence, is obliged to repair the damage” (Código Civil Federal, 2024). By implication, Article 1910 of the Federal Civil Code establishes that anyone acting unlawfully or against good practices and thereby causing damage to another shall be obliged to repair the damage. The fundamental idea of the Article is to enhance the core premise of civil responsibility. Accordingly, civil liability arises whenever the following elements are met: (1) commission of an unlawful act; (2) direct and immediate damage; and (3) a causal relationship between the unlawful act and the damage caused. For emphasis, this general tort principle encompasses medical negligence and requires proof of four elements: (a) wrongful act or omission, (b) fault or negligence, (c) harm, and (d) causal link. In *Jurisprudencia 2a./J. 167/2010*, the Supreme Court of Mexico clarified and declared that healthcare providers across Mexico are bound to act diligently as expected of professionals of their speciality, and failure to do so results in liability.

c. Federal Law on State Liability (Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado)

This is another statutory instrument that governs compensation claims against the public healthcare sector for damages caused by their personnel in the exercising of public functions. Arti-

cles 2 and 3 under Act provide that liability arises when a public health institution's act or omission results in a breach of duty of care, thereby unlawfully causing harm to individuals, even without intent. The relevance of these particular provisions was illustrated in negligence cases involving Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) and Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) (Cruz, 2025). In ADR 3542/2013 (ISSSTE), a claim for uterine perforation during hysteroscopy was in contention. Thus, the court treated the harm as resulting from irregular administrative activity under the patrimonial responsibility regime. Furthermore, in Regional Hospital No. 46 (IMSS, Zapopan), the court declared patrimonial liability for negligent medical care that affected a minor's biopsychosocial development; hence, the LFRPE was applied to obtain compensation.

d. General Health Law (Ley General de Salud)

The General Health Law of Mexico regulates healthcare provision, licensing of medical professionals, hospital accreditation, sanitary controls, etc. Title Four under the law establishes institutional obligations for maintaining quality standards as well as professional competence within the healthcare sector. In addition, Article 51 deals with a need for consent in medical procedures, and Article 83 sets the record straight over the legal framework for professional licensing and disciplinary oversight.

B. Institutional Frameworks in Mexico

The resolution of medical negligence disputes, adjudication over medical negligence, and enforcement of the tortious liability ensued for such medical negligence in Mexico involve a combined role of alternative dispute resolution bodies, judicial institutions, and human rights agencies.

a. National Medical Arbitration Commission [Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)]

The National Medical Arbitration Commission [Comisión Nacional de Arbitraje Médico, (CONAMED)] is a decentralized body under the Ministry of Health created in 1996 to provide mediation, conciliation, and arbitration services (serving like an ADR body of the Ministry) for medical disputes. Its mandate includes resolving conflicts without resorting to a lengthy period of litigation, focusing on improving patient-provider relationships, and promoting ethical and sound medical practice (CONAMED, 2023). It is crucial to underscore that participation is voluntary, while CONAMED's findings carry persuasive authority in the case of court proceedings.

b. Mexican Judiciary (State and Federal Courts)

Where administrative or arbitration remedies from CONAMED fail, patients may seek redress in the courts of the Mexican states or file suit before federal courts, depending on jurisdictional competence of the court. It is pertinent to note that the judiciary has progressively expanded protections for patients, recognizing claims for moral damages (*daño moral*) in cases of medical negligence, as in *Tesis: 1a./J. 17/2016 (10a.)*. The Supreme Court of Mexico (*Suprema Corte de Justicia de la Nación*) develops binding jurisprudence that lower courts must follow, including ensuring uniform interpretation of medical liability principles.

c. Mexico's National Human Rights Commission [Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)]—National and State

The “CNDH” refers to the *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, which is Mexico's National Human Rights Commission. It is an independent body tasked with promoting and protecting human rights across the national and state levels in Mexico. The National Human Rights Commission (CNDH) and state-level commissions monitor and investigate various violations of patient rights in public health institutions in Mexico. While the CNDH

lacks coercive power, they can issue non-binding recommendations which can only influence public policy and judicial interpretation, particularly where negligence infringes constitutional rights (such as the right to health and dignity of human persons).

VII. Critical Appraisal of Judicial Decision in Nigeria and Mexico

The dynamic nature of both Nigeria's common law reliance on case law (judicial precedent) and its Mexican counterpart's civil law codified model determine the direction of judicial decisions on medical negligence. Despite the dynamic states, both jurisdictions demonstrate strengths and weaknesses in protecting patient rights.

The jurisprudence of medical negligence in Nigeria is heavily evolved through the courts' reliance on common law principles of tort, as laid down from English law, and thus applied to peculiar cases under the Nigerian healthcare system (Odunsi, 2023). Appraisals of judicial decisions in Nigeria are numerous. However, this paper aimed at examining a very few cases to demonstrate the strengths and weaknesses in the adjudication system in Nigeria, considering its form of legal tradition that relies on judicial precedent. A starting point is in the case of *Igbokwe v UCH Board of Management* (1963), where Irwin J. held that "...hospital authority is responsible for the acts or omission of the whole of its staff, whether they were physicians, doctors, nurses or other employees." This case recognized the principle of vicarious liability. The principle which informed the need for employers, particularly the healthcare professionals to squarely observe the healthcare guidelines in Nigeria and thereby guarantee right to life. On the second part is the court's decision in *Okonkwo v. Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal* (2001). In that case, the Supreme Court underscored the centrality of patient autonomy and informed consent in medical practice to be germane to determining liability in medical negligence. The case established that no doctor could be held liable for respecting a patient's decision to refuse treatment, even at the point of death. This decision illustrates how Ni-

gerian courts balance medical expertise with fundamental rights under the Constitution.

In another significant decision, the Supreme Court in *Ojo v Gharoro* (2006) clarified that medical practitioners owe patients a duty to exercise reasonable skill (not perfection) and that liability arises where the standard falls below the standard of care benchmark expected of a competent professional. In addition, in *Esangbedo v State* (1989), the court emphasized criminal liability for gross negligence resulting in death. This decision links tortious liability with criminal liability under Nigerian law. In *Adeniji v State* (2001), the court held that reckless disregard for observing professional standards leading to patient harm, including death, could be a ground for liability both in tort and crime. Finally, in *Niger Insurance Co. Ltd v Abed Brothers Ltd* (1976), although not a strictly medical case, the court's declaration on duty of care provided persuasive guidance which was subsequently applied to medical negligence actions. Meaning that for tortious liability to be sustained, certain guidelines must be strictly met.

By contrast, Mexico's civil law system considers medical negligence within codified statutes, and judicial interpretation primarily strengthens or clarifies statutory obligations. On the appraisal of judicial decisions in Mexico, a landmark case is *Amparo en Revisión 237/2014* (Suprema Corte de Justicia de la Nación), where the Supreme Court of Mexico reaffirmed that the constitutional provision on the right to health (Article 4) is sacrosanct. And the Supreme Court held that hospitals must ensure compliance with required professional standards to prevent institutional liability. In this same vein, in *Contradicción de Tesis 293/2011*, the Court resolved divergent appellate rulings by recognizing the duty of informed consent as a condition sine qua non for a lawful medical intervention.

In another case, *Amparo Directo 6/2015*, the Mexican Supreme Court interpreted and expanded the scope of moral damages to include psychological suffering resulting from reckless and negligent medical treatment. This declaration thus aligns national jurisprudence of medical negligence with the international human rights standards. Similarly, the decision in *Tesis Aislada I.30.C.107 C* (2012) further clarified the evidentiary bur-

den on healthcare institutions, that is, placing the responsibility on them to deny negligence once a patient demonstrates prima facie harm. Finally, Jurisprudencia 21/2000, issued by the Supreme Court, established binding precedent on hospitals' vicarious liability for the acts of their employed physicians, which in turn strengthened patients' access to a more equitable remedy.

From the foregoing, Nigerian courts rely vividly on judicial precedent, gradually adapting common law doctrines to local realities, while Mexican courts, rooted in civil law, emphasize the constitutional right to health and statutory interpretation to resolve medical negligence disputes. Nigerian jurisprudence places significant attention on professional autonomy and patient consent, whereas Mexican courts highlight institutional liability and access to remedies as fundamental to safeguarding patient rights. However, both jurisdictions reveal evolving judicial strategies to prioritise informed consent of patients for determining tortious liability for medical negligence.

VIII. Comparative Insight

The deviation between Nigeria and Mexico over regulation of tortious liability for medical negligence is symbolic of their contrasting legal traditions (common law and civil law, respectively). Although both jurisdictions acknowledge the right of patients to redress as a result of harm caused by negligent medical care, their structural and procedural approaches reflect fundamental statutory, philosophical and institutional divergences.

In Nigeria, the adjudication of medical negligence claims is apparently rooted in litigation anchored on common law tort principles, especially the foundational duty of care articulated in *Donoghue v. Stevenson* (1932) and *Bolam* case (*supra*). Hence, the role of the courts is at the median, and litigation remains the core avenue through which aggrieved patients seek redress. In addition, regulatory bodies like the Medical and Dental Council of Nigeria (MDCN) are tasked with the responsibility of professional discipline, with a primary focus on ensuring ethical compliance rather than compensatory remedies (Adejumo & Adejumo, 2020).

On this note, the system faces systemic challenges, including protracted trial timelines, high evidentiary thresholds, including standard of proof (e.g., proving of criminal medical negligence beyond reasonable doubt as provided under section 36(5) of the Nigerian Constitution), and inadequate enforcement of civil remedies in Nigeria (Odunsi, 2023).

Conversely, in the Mexican legal tradition, the framework reflects a civil law tradition that places significant and unequivocal emphasis on administrative and arbitral remedies as alternatives to litigation. The Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) plays a pivotal role in Mexico by offering mediation, conciliation, and arbitration services to resolve disputes emanating from medical negligence effectively, efficiently, and with less adversarial tension (Tena-Tamayo & Sotelo, 2003). It is also pertinent to note that approximately two-thirds ($\frac{2}{3}$) of medical disputes in Mexico are settled *ex curia* (outside the court), considering higher rates of patient satisfaction and thereby reduced litigation costs (CONAMED, 2022). In addition, Mexico's Federal Law on State Liability and proactive judicial jurisprudence have fostered a more progressive and comprehensive compensation regime. The regime includes recognition of moral and punitive damages, which provides broader and more detailed forms of redress, as opposed to Nigeria (Baker McKenzie, 2023).

In all, Nigeria's framework emphasizes judicial resolution and professional accountability. This is apparently to the detriment of victims who face structural barriers in accessing justice. Conversely, Mexico's hybrid model (which blends administrative regulation, arbitral resolution, and judicial oversight) illustrates a more integrative and patient-centred approach to tortious liability for medical negligence. The Mexican experience thus highlights the value of accessible alternative mechanisms other than court, and it is often supported by strong institutional backing and evolving legal standards. This paper opines that Nigeria could adopt the hybrid model to enhance justice delivery in medical negligence claims.

Comparative Analytical Table

S/N	Variable	Nigeria	Mexico
1	Primary Basis	Common law precedents (e.g., Bolam, Bolitho)	Codified statutes and constitutional provisions
2	Statutory Instruments	Nigerian Constitution, Medical & Dental Practitioners Act; Criminal Code; Code of Ethics	Mexican Constitution, Federal Civil Code (Art. 1910); General Health Law; State Liability Law
3	Standard of Care	Professional practice (Bolam) with judicial scrutiny (Bolitho)	Diligence required of professionals; statutory interpretation
4	Institutional Bodies	MDCN (disciplinary), courts, NHRC	CONAMED (mediation/arbitration), courts, human rights commissions
5	Legal Remedies	Civil damages, disciplinary sanctions, criminal liability	Civil compensation (private/public), moral damages, and administrative resolutions
6	Key Advantage	Flexibility through case-by-case adjudication, analysis of fact in issue	Consistency, clarity via codification, and efficient (safe time and cost)
7	Key Challenge	Inconsistency, procedural complexity, heavy reliance on expert testimony	Rigid application, limited judicial discretion, access barriers
8	Vicarious liability	Yes –hospital can be liable	Yes –Employers can be liable for staff in employment context
9	Tortious liability	Not exclusively tortious. While the foundational route is civil/tortious, serious cases involving death or gross negligence may attract criminal Liability and sanctions	Liability is predominantly strictly tortious (civil) –no criminal liability unless there's intentional harm

It is consequential to pinpoint that this comparative analytical table reveals that Nigeria's paradigm is adaptable but hindered by structural inefficiencies and reliance much on expert-led opinion during healthcare adjudication, including medical negligence adjudication. The Mexico's codified approach thus ensures clarity and uniformity but can be perceived as rigid and less accessible, particularly for vulnerable individuals in disputes (healthcare). In addition, while Nigeria's approach focuses on civil damages, sanctions, and criminal liability, the Mexican approach focuses on civil compensation, moral damages, and administrative resolution. Thus, understanding these institutional and doctrinal divergences informs targeted reform proposals for both jurisdictions.

IX. Recommendations

1. *Nigeria*

There should be enactment of a comprehensive Medical Malpractice Statute to:

i. **Codify Standards of Care:** Provide statutory definitions of duty of care, breach, causation, and damages in medical contexts, drawing from international best practices.

ii. **Streamline Evidentiary Procedures:** Include provisions for expert testimony guidelines, medical record disclosure requirements, and time-bound litigation processes to expedite trials.

iii. **Reduce Overreliance on Precedent:** Limit excessive dependence on case-by-case determinations by embedding objective, codified benchmarks for professional conduct.

2. *Mexico*

There should be enhancement of judicial flexibility in statutory interpretation to:

i. **Introduce Interpretive Guidelines:** Empower courts to apply purposive interpretation in cases involving emerging medical technologies or atypical patient circumstances.

ii. Incorporate Judicial Precedent Mechanisms: Although Mexico's jurisprudential system allows for binding precedent after repeated rulings, reforms should be put in place to accelerate the process for medical negligence cases, ensuring faster adaptation to evolving healthcare realities. This would not only guarantee an expedient process for medical negligence cases but would also go a long way to inform a more responsive judicial approach to contemporary medical disputes.

3. *Both Jurisdictions*

There should be a robust establishment of a specialized medical negligence tribunals or hybrid legal-medical panels in both Nigeria and Mexico to:

i. Enhance Technical Expertise: Integrate legal professionals with experienced medical practitioners in decision-making when medical negligence or other healthcare malpractice is in dispute.

ii. Reduce Case Backlogs: Divert medical negligence disputes from general civil courts so as to guarantee a faster resolution.

iii. Improve Public Confidence: Demonstrate commitment to impartiality which informs adjudication of patient claims.

X. Conclusion

Tortious liability for medical negligence in Nigeria and Mexico is examined in this study through the doctrinal method of legal research, which is subjected to a comparative analysis. The comparative analysis of tortious liability for medical negligence in both jurisdictions underscores similarities and differences in their respective legal regimes, adjudicatory approaches, and systemic challenges. While Nigeria's legal tradition for medical negligence operates primarily under a common law legal system, which is vividly dependent on judicial precedent and fragmented statutory support, Mexico's legal regime in that regard operates under a civil law legal tradition that offers a clear codified structure but is sometimes inflexible in addressing novel medical disputes that are uncovered by the extant codified laws.

The Nigerian framework has a statute that addresses medical malpractice but creates uncertainty in the determination of duty of care, breach, and causation, often resulting in protracted litigation and inconsistent judicial outcomes. This is due to over-reliance on judicial precedent notwithstanding the extant laws. Conversely, Mexico's statutory regime and precision provide legal certainty but are embedded with risks for their rigidity when faced with complex, novel, or technologically advanced medical scenarios. For emphasis, procedural inefficiencies, evidentiary hurdles, and limited judicial-medical expertise hinder effective resolution of medical negligence claims in both jurisdictions.

In all, this paper concludes that codifying medical malpractice standards in Nigeria, enhancing judicial interpretive flexibility in Mexico, and establishing specialized medical negligence tribunals in both jurisdictions would not only serve as a three-way reform (devoid of systemic inefficiencies) but also harmonize adjudicatory standards, improving access to justice, promoting patient safety, and strengthening public trust in the healthcare and judicial systems. By embracing these reforms, both Nigeria and Mexico would be better positioned to address the evolving complexities of healthcare delivery in the 21st century, thereby reinforcing the central objective of tort law: the equitable redress of wrongs and the promotion of accountability.

XI. References

- Adejumo, D. O., & Adejumo, T. A. (2020). Medical negligence and the Nigerian legal system: Issues and challenges. *Journal of Health Law and Policy*, 8(1), 112–130.
- Baker McKenzie. (2023). *Medical malpractice and tort reform in Mexico*. <https://www.bakermckenzie.com>
- Comisión Nacional de Arbitraje Médico. (2023). Informe anual de actividades 2022–2023. Secretaría de Salud. http://www.conamed.gob.mx/cmam/pdf/informe_anual_23.pdf
- CONAMED. (2022). *Annual Report 2022*. Comisión Nacional de Arbitraje Médico. <https://www.gob.mx/conamed>

- Cooke, J. (2021). *Law of tort*. Oxford University Press. Amazon.com: Law of Tort (Foundation Studies in Law Series): 9781292251363: Cooke, John: Libros
- Cruz, J. (2025, May 20). ¿Cómo demandar a médicos del IMSS o ISSSTE? IDC Online. <https://idconline.mx/corporativo/2025/05/20/como-demandar-a-medicos-del-imss-o-issste> IDC
- Enemu, I. P. (2011–2012). Medical negligence: Liability of health care providers and hospitals. *Nigerian Juridical Review*, 10, 112. [Medical Negligence: Liability of Health Care Providers and Hospitals | Semantic Scholar](#)
- Garner, B. A. (Ed.). (2004). *Black's law dictionary* (8th ed.). Thomson/West. Amazon.com: Black's Law Dictionary, 12th Edition: 9798350290899: Bryan A. Garner: Libros
- González, J. A. (2020). Medical negligence and legal responsibility in Mexico: A civil law perspective. *Mexican Journal of Health and Law*, 14(2), 123–145.
- González, R. (2020). Medical malpractice in Mexico: Legal framework and challenges in litigation. Mexico City: Universidad Nacional Autónoma de México Press. <https://unampress.wixsite.com/unam-press/conciencia>
- Hurwitz, B. (2004). How does evidence based guidance influence determinations of medical negligence? *BMJ*, 329(7473), 1024. <https://doi.org/10.1136/bmj.329.7473.1024>
- Jones, M. (2022). *Medical negligence and the law: A comparative study of global judicial trends*. Oxford University Press.
- Kelley, P. (2019). *Tort law and medical liability: A critical appraisal*. Cambridge University Press.
- Law Gratis. (2025). *Civil laws at Mexico*. <https://mail.lawgratis.com/blog-detail/civil-laws-at-mexico>
- LawShun. (2025). *Is Mexico a civil law or common law country?* <https://lawshun.com/article/is-mexico-a-civil-law-or-common-law-country>
- López-Muñoz, F., García-García, P., & Alamo, C. (2018). Medical liability and malpractice in Mexico: Legal structures and case analysis. *Revista Médica de Chile*, 146(8), 935–942.
- Mason, J. K., & Laurie, G. T. (2020). *Law and medical ethics* (11th ed.). Oxford University Press. [Mason and McCall Smith's](#)

Law and Medical Ethics - Paperback - Anne-Maree Farrell, Edward S. Dove - Oxford University Press

- Odunsi, A. O. (2023). Challenges of litigating medical negligence in Nigeria. *African Journal of Law and Society*, 17(1), 64–77.
- Ojo, A. (2021). Judicial precedents and medical negligence litigation in Nigeria: Challenges and prospects. *African Journal of Legal Studies*, 14(3), 112–135. <https://brill.com/view/journals/ajls/ajls-overview.xml>
- Ojo, E. O. (2021). Medical negligence and the Nigerian judicial system: A need for procedural reform. *Nigerian Law Review*, 17(1), 45–67.
- Okeke, C. E. (2020). Tort liability and medical negligence in Nigeria: A critical assessment. *African Journal of Legal Studies*, 12(3), 198–216.
- Okonkwo, C. (2014). *Medical law and ethics in Nigeria*. Mbeyi & Associates.
- Okpalaobi, B., & Nzewi, N. (2022). Criminal aspects of medical negligence in Nigeria: A legal perspective. *Nigerian Bar Journal*, 45(2), 85–98.
- Olalekan, T. (2021). The burden of proof in medical negligence cases in Nigeria: A review of judicial approaches. *Nigerian Law Review*, 9(2), 87–105.
- Oluokun, S. (2024). An analysis of medical negligence in Nigeria: Challenges and way forward. *Nnamdi Azikiwe University Journal of Commercial and Property Law*, 11(3), 131–148. <https://www.bing.com/ck/a?!&p=391d6525c6df85963dce730bb3d02e96cecdc38ca54f565e11dc9c631bb487ddJmltdHM9MTc3NjAzODQwMA&ptn=3&ver=2&hsh=4&fclid=3436d729-4ca1-619a-38f3-c1c44df660e5&psq=An+analysis+of+medical+negligence+in+Nigeria%3a+Challenges+and+way+forward.&u=a1aHRocHM6Ly9qb3VybmFscy51bml6aWsuZWR1Lm5nL2pjGwvYXJoaWNsZS9kb3dubG9hZC8zOTA1LzZMxNDkvODkzMg>
- Oludamilola Adejumo, T., Ayodele, T., & Akinwale, M. (2020). Quantifying moral damages in Nigerian tort law: A critical review. *Nigerian Journal of Private Law*, 39(2), 144–158.
- Oller, J. W., Jr., & Oller, S. D. (2010). *Autism: The diagnosis, treatment, & etiology of the undeniable epidemic*. Jones & Bartlett Learning.

- Posner, R. A. (2007). *Economic analysis of law* (7th ed.). Little, Brown & Co. [Economic analysis of law : Posner, Richard A : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive](#)
- Ramírez, L. (2021). The role of statutory law in medical malpractice cases: A Mexican perspective. *Latin American Legal Studies Journal*, 15(2), 143–165.
- Sánchez-González, G., & Gómez-Dantés, O. (2019). Challenges in the regulation of medical malpractice in Mexico. *Salud Pública de México*, 61(4), 452–460.
- Silver, T. (1992). One hundred years of harmful error: The historical jurisprudence of medical malpractice. *Wisconsin Law Review*, 1992(4), 1193–1283. <https://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks>
- Statista. (2025). African countries with the largest population as of 2025. <https://www.statista.com/statistics/>
- Tena-Tamayo, C., & Sotelo, M. M. (2003). Alternative dispute resolution in medical malpractice in Mexico: The role of CONAMED. *Salud Pública de México*, 45(2), 123–127.
- Terwase, I. T., Abdul-Talib, A.-N., & Zengeni, K. T. (2014). Nigeria, Africa's largest economy: International business perspective. *International Journal of Management Sciences*, 3(7), 534–543. https://www.researchgate.net/publication/283053330_Nigeria_Africa's_Largest_Economy_International_Business_Perspective
- Tobin, J. (2019). *The right to health in international law*. Oxford University Press. <https://academic.oup.com/book/12344>
- Uplaw. (2023). Medical liability and tort reform in Mexican law. <https://www.uplaw.mx>
- Weinrib, E. J. (2012). *Corrective justice*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199660643.001.0001>
- World Bank. (2023). *World Bank country and lending groups: Historical classification by income in 2023 fiscal year*. World Bank Data Help Desk. <https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519>

How to cite

IJJ-UNAM

Yahaya, Ganiyu, "Tortious Liability for Medical Negligence in Nigeria and Mexico: A Critical Appraisal of Judicial Decisions", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 13, núm. 28, julio-diciembre de 2025, e21089. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21089>

APA

Yahaya, G. (2025). Tortious Liability for Medical Negligence in Nigeria and Mexico: A Critical Appraisal of Judicial Decisions. *Revista de Derecho Privado*, 13(28), e21089. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21089>

Il rapporto tra diritto civile e costituzione nell'esperienza giuridica italiana

La relación entre el derecho civil y la Constitución en la experiencia jurídica italiana

Geo Magri

• <https://orcid.org/0000-0003-3724-6592>

Università degli Studi dell'Insubria. Italia
Correo electrónico: geo.magri@uninsubria.it

Recepción: 5 de octubre de 2025
Aceptación: 2 de marzo de 2026
Publicación: 18 de marzo de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21056>

Sommario: Il saggio esamina l'evoluzione del rapporto tra il diritto civile e la Costituzione italiana. Nel periodo immediatamente successivo al secondo conflitto mondiale, l'introduzione della Carta costituzionale è stata accolta con una certa indifferenza dagli studiosi del diritto civile, i quali, consci della tradizione millenaria che connotava gli istituti del diritto privato, ritenevano di poter continuare a studiare il diritto privato senza che esso dovesse essere "contaminato" dal diritto costituzionale. A partire dagli anni Sessanta del Novecento, il dialogo tra diritto civile e diritto costituzionale inizia a farsi più proficuo. Le ragioni alla base del dialogo sono in parte politiche, in parte frutto della consapevolezza e della sensibilità di una parte della dottrina, che il diritto non può essere studiato a compartimenti stagni, ma deve essere affrontato per problemi e le soluzioni dei problemi devono essere trovate non soltanto nel diritto privato, ma anche in quello costituzionale e nei principi che esso introduce. Dagli anni Sessanta il dialogo tra diritto civile e costituzionale non si è più arrestato, anzi è andato crescendo e consolidandosi, estendendosi anche alle fonti sovranazionali, in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e ai Trattati europei. Nella seconda parte dello studio si evidenziano alcune interferenze tra diritto civile e costituzionale che appaiono particolarmente significative e che dimostrano come il dialogo tra diritto civile e costituzionale abbia consentito un'evoluzione del sistema. Le conclusioni evidenziano come oggi il diritto privato non possa essere più considerato in modo asettico e senza considerare le numerose interferenze che su esso esplica il diritto costituzionale, soprattutto alla luce del dovere di solidarietà enunciato nell'art. 2 Cost., che finisce per essere il principio cardine per interpretare l'intero diritto privato.

Parole chiave: diritto costituzionale; diritto civile; costituzione; diritti umani; diritto privato e diritto pubblico.

Resumen: El ensayo examina la evolución de la relación entre el derecho civil y la Constitución italiana. El periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, la presentación de la Corte Constitucional fue acogida con cierta indiferencia por los estudiosos del derecho civil, quienes, conscientes de la tradición milenaria que caracterizaba las instituciones del derecho privado, consideraban que podían continuar estudiando esta rama sin que debiera ser “contaminada” por el derecho constitucional. A partir de la década de los sesenta, el diálogo entre el derecho civil y el derecho constitucional comienza a hacerse más fructífero. Las razones que subyacen a este acercamiento son en parte políticas y, en parte, fruto de la conciencia y sensibilidad de un sector de la doctrina según la cual el derecho no puede estudiarse en compartimientos estancos, sino que debe abordarse desde una perspectiva problemática-sistemática, en la que las soluciones a los problemas han de buscarse no solo en el derecho privado, sino también en el derecho constitucional y en los principios que este introduce. Desde los años sesenta, el diálogo entre el derecho civil y el derecho constitucional no sólo no se ha interrumpido, sino que ha crecido y consolidado, extendiéndose además a las fuentes supranacionales, en particular al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a los tratados europeos. La segunda parte del estudio pone de relieve algunas interferencias entre derecho civil y derecho constitucional que resultan especialmente significativas que demuestran cómo dicho diálogo ha permitido una evolución del sistema. Las conclusiones evidencian que, en la actualidad, el derecho privado ya no puede ser considerado de forma aséptica ni prescindiendo de las numerosas interferencias que sobre él proyecta el derecho constitucional, especialmente a la luz del deber de solidaridad enunciado en el artículo 20. de la Constitución, que termina por erigirse en el principio cardinal para la interpretación del conjunto del derecho privado.

Palabras clave: derecho constitucional; derecho civil; constitución; derechos humanos; derecho privado y derecho público.

I. Il ruolo della costituzione nell'interpretazione del diritto privato

Il ruolo che la Costituzione repubblicana del 1948 ha esercitato sull'interpretazione del diritto privato italiano è mutato nel corso dei decenni.

Nel presente saggio si intende descrivere l'evoluzione del ruolo che la Costituzione ha avuto nell'interpretazione del diritto privato, sottolineando come, al crescere della rilevanza della Carta fondamentale, si sia associata anche una maggiore attenzione per le fonti di diritto sovranazionale che contemplano diritti fondamentali di carattere costituzionale quali i Trattati UE, la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e la Carta di Nizza. Occorre sin da su-

bito precisare che le norme costituzionali e le norme eurounitarie operano su piani ben distinti: le prime tutelano il cittadino nei confronti dello Stato, le seconde, invece, favoriscono l'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato. Inoltre, le norme costituzionali, secondo la teoria dei controlimiti, hanno preminenza rispetto al diritto eurounitario (Mezzanotte, 2016).

Se oggi appare pacifico che il diritto privato italiano non trova più le sue fonti unicamente nel codice civile e nelle leggi speciali che lo integrano, ma deve essere letto in un quadro giuridico più ampio e complesso, alla luce di quelli che sono i valori e i principi espressi nella *Grundnorm* o meglio nelle *Grundnormen* italiana ed europee, non si può dimenticare che un simile risultato non è stata né immediato né scontato, ma frutto di un lungo processo evolutivo. L'attenzione per i valori costituzionali, infatti, non è stata una costante, ma è frutto di un radicale cambiamento di mentalità del privatista italiano, derivato da un lungo percorso intellettuale e di una progressiva evoluzione del quadro di valori che sta alla base del diritto civile. Possiamo infatti osservare che, dall'entrata in vigore della Costituzione italiana del 1948, la sensibilità dello studioso del diritto privato e, conseguentemente, l'interesse dei pratici nei confronti della Costituzione ha conosciuto fortune alterne. In un primo momento, e cioè dal 1948 sino agli anni Sessanta, la Costituzione era vista come un corpo estraneo rispetto al diritto privato. A partire dagli anni Sessanta, invece, la dottrina civilistica ha cominciato a usare i valori costituzionali per riempire di significato le clausole generali del diritto civile e, conseguentemente, l'interesse per la Carta fondamentale è cresciuto, come il suo ruolo nella costruzione del sistema del diritto civile. Con il processo di integrazione europeo e l'adozione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, l'attenzione del privatista per i diritti fondamentali è ulteriormente cresciuta e si è così cominciato a leggere le regole di diritto privato, oltre che alla luce delle norme contenute nella Costituzione, sotto la lente delle norme sovranazionali.

1. *Primo dopoguerra: il ruolo meramente programmatico della Costituzione e la sua irrilevanza per la civilistica italiana*

Come si è detto, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, il privatista italiano non era particolarmente interessato al rapporto tra Costituzione e diritto privato. Il dibattito civilistico ruotava intorno all'opportunità di abbandonare il codice del 1942, considerato frutto del fascismo e della concezione corporativistica dello Stato che aveva caratterizzato il regime fascista (Zoppini, 2022, p. 316). Tale dibattito, in realtà, fu presto abbandonato e si decise, anche alla luce della sua qualità tecnica, di conservare il codice civile, epurandolo di tutti quei riferimenti al regime e, in particolare, all'organizzazione corporativa. Del resto non si può non osservare che il codice del 1942, benché adottato durante il regime, si collocasse nel solco della tradizione liberale e fosse sostanzialmente rimasto impermeabile all'ideologia fascista, non vi erano quindi reali ragioni per abbandonare un codice moderno e di qualità, per riprendere un lungo lavoro di codificazione che, nella migliore delle ipotesi, avrebbe portato a un risultato molto simile al modello che si era deciso di sostituire.

Quello che può apparire singolare è il fatto che, in questo dibattito, non si sia dato rilievo sulla possibile influenza che la Carta costituzionale avrebbe potuto avere nella lettura delle norme del codice al fine di renderlo più conforme ai valori fondamentali del nuovo Stato repubblicano.

La scarsa attenzione per la Costituzione e i valori da essa espressi è peraltro confermata dai principali manuali di diritto privato dell'epoca: né le *Dottrine generali del diritto civile* di Francesco Santoro Passarelli, né le *Istituzioni di diritto privato* di Giuseppe Branca contenevano riferimenti alle norme costituzionali, essi, anzi, consideravano il diritto civile come un sistema completamente autosufficiente che non aveva bisogno di integrazioni provenienti dagli altri rami dell'ordinamento giuridico (Rescigno, 1998, pp. 409 ss.).

Quali le ragioni alla base di questo disinteresse per la Costituzione? La risposta a questa domanda deve realisticamente trovarsi nel fatto che le norme della Carta fondamentale erano considerate dotate di carattere meramente programmatico (Zoppini, 2022, p.

317): la Costituzione era vista come un progetto e il compito di concretizzare il progetto spettava al legislatore ordinario, non all'interprete e men che meno al civilista. Per questa ragione il civilista doveva concentrare la sua attenzione solo sulle leggi ordinarie. In questa fase storica prevaleva un approccio tecnicista, il privatista concentrava la sua attenzione sugli istituti tradizionali del diritto civile che trovavano la loro espressione nel codice e che avevano alle spalle un bagaglio di conoscenze tecniche millenario, più che su valori e principi generali contenuti in un testo che percepiva come estraneo e meramente programmatico. La difficoltà di attribuire un rilievo alla Costituzione nell'interpretazione del diritto privato conseguiva anche dall'incapacità, per il civilista, di ragionare senza fare ricorso al concetto di fattispecie, strumento che consentiva di arginare incertezza e imprevedibilità e che veniva messo in crisi da regole generali e astratte come quelle espresse dalla Carta costituzionale (Lipari, 2017, pp. 166 ss.).

Gli anni Cinquanta si caratterizzano, quindi, per quello che si potrebbe definire un ferreo positivismo autarchico del civilista: egli è convinto che il diritto privato sia autosufficiente e che debba essere letto in modo sistematico, autoreferenziale, senza ricorso a fonti *extra codicem* e in modo impermeabile ai valori costituzionali che sono visti come estranei al diritto civile.

2. Gli anni Sessanta: la rilettura del codice alla luce dei valori costituzionali

A partire dalla seconda metà degli anni Sessanta il rapporto tra diritto civile e Costituzione si fa più stretto e gli istituti del diritto civile iniziano a essere esaminati alla luce dei valori costituzionali. Un indice significativo di questa nuova tendenza traspare dalle pagine di Rosario Nicolò (1964, pp. 904 ss.), il quale segnalava la «necessità di una prospettiva moderna del diritto civile», che contribuisse a colmare la frattura tra la situazione presente e le forme giuridiche del passato, senza abbandonarsi nostalgicamente al diritto romano e senza «fare del diritto civile un museo di anticaglie, preziose quanto si vuole, ma sempre tali». Al contrario, il civilista moderno avrebbe dovuto «rendersi conto del significato che, per definire l'oggetto della sua conoscenza, hanno le norme costituzionali

che intendono garantire, sul piano costituzionale, istituti, situazioni e rapporti che riguardano i soggetti ‘privati’, sia come individui sia come elementi di comunità intermedie, i loro interessi e la loro attività, come manifestazione di libertà e affermazione di personalità». Nelle pagine di Nicolò, le norme costituzionali non hanno solo un ruolo di garanzia del privato nei confronti dei possibili abusi del potere pubblico, ma si chiarisce che «alcuni dei principi costituzionali, se anche dettati per la finalità di regolare la posizione dei cittadini nei confronti dello Stato, come il principio secondo il quale sono riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo al quale correlativamente si chiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, o come il principio di eguaglianza, hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell'ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione, se gli operatori del diritto ne intenderanno la portata, di direttive fondamentali per la elaborazione e l'attuazione degli istituti civilistici».

L'esortazione di Nicolò non cadde nel vuoto, ma fu evidentemente di sprone alle riflessioni di Rescigno, il quale, in un suo saggio del 1968, esortava a reinterpretare il codice civile in base ai valori costituzionali (Rescigno, 1968, IV, c. 209 ss.). Secondo la tesi di Rescigno il codice civile doveva continuare a costituire l'asse portante del diritto privato, ma doveva porsi in un rapporto dialogico con la Costituzione e il civilista doveva prendere atto che le norme costituzionali possono contribuire a una rilettura e a un ampliamento di quanto scritto nel codice.

I due esempi citati dimostrano, con l'autorevolezza degli autori menzionati, che negli anni Sessanta si era ormai completamente abbandonata quella opinione per cui il codice civile era un testo impermeabile ai valori costituzionali. Al contrario, la Costituzione viene valorizzata in quanto testo gravido di enunciati strettamente privatistici, e come tale idoneo a incidere sull'interpretazione del diritto civile negli ambiti più svariati che vanno dalla famiglia alle successioni, dall'iniziativa economica al contratto, dall'impresa al lavoro, passando per la proprietà (Zoppino, 2022, p. 321).

In questo quadro si colloca una pronuncia storica della Corte costituzionale (C. Cost. 10 giugno 1966, n. 63, in *Giur. cost.*, 1966, p. 942), nella quale si dichiarò che la prescrizione dei crediti da la-

voro dovesse decorrere solo dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, in ragione della particolare situazione psicologica del dipendente (il c.d. *metus*), che induceva lo stesso a non esercitare il proprio diritto per timore di essere licenziato. In questa sentenza, peraltro redatta da un illustre civilista quale Giuseppe Branca, la Corte non si limitava ad analizzare le norme del codice civile in modo asettico, ma rilevava che il lavoratore si trova in una posizione di subalternità e debolezza tali da non consentirgli il pieno esercizio dei suoi diritti per il timore di ripercussioni. Ciò induceva il giudice delle leggi a interpretare le disposizioni del codice civile in materia di sospensione della prescrizione considerandone la *ratio* ed estendendo, in via analogica e in virtù dei principi costituzionali, gli effetti della sospensione anche a un'ipotesi non contemplata dal codice, ma che era accomunabile, in virtù della *ratio legis*, alle altre ipotesi codicisticamente previste.

Nella sentenza si legge, infatti, che le norme impugnate «consentono che la prescrizione prenda inizio dal momento in cui matura il diritto a ogni singola prestazione salariale: se si eccettua il n. 5 dell'art. 2948, il termine prescrizionale decorre fatalmente anche durante il rapporto di lavoro poiché non vi sono ostacoli giuridici che impediscano di farvi valere il diritto al salario. Vi sono tuttavia ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione». Si tratta della prima evidenza giurisprudenziale delle possibili interferenze e influenze tra diritto costituzionale e diritto privato e del primo segnale che i valori e i principi espressi nella Carta costituzionale possono ben plasmare e influenzare l'interpretazione del diritto civile.

Il 18 dicembre del 1966 Stefano Rodotà pronunciò la sua celebre prolusione maceratese intitolata *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (Rodotà, 1967, I, pp. 83 ss.), nella quale egli invitava a passare da una legislazione per fattispecie partico-

lari ad una per principi articolata in clausole generali: questo passaggio avrebbe consentito di collegare il diritto civile al dinamismo della società che esso è chiamato a regolare e, soprattutto, a consentire l'accesso nell'ordinamento civile dei principi costituzionali. Ovviamente il passaggio dalle fattispecie particolari alle clausole generali non si limitava a consentire l'ingresso dei valori costituzionali nel diritto civile, ma implicava anche accettare un diverso ruolo della magistratura che da organo dello Stato chiamato a applicare le leggi, veniva dotata di tutte le potenzialità per divenire essa stessa creatrice del diritto, almeno ogni volta che si rendesse necessario concretizzare i principi generali espressi dalla Costituzione all'interno degli istituti del diritto civile.

Due anni dopo Rodotà, Nicolò Lipari pronuncia la sua prolusione barese, nella quale si invita al superamento della visione formalistica della scienza giuridica, mediante un nuovo rapporto fra sociologia e dogmatica (Lipari, 1968, pp. 297 ss.). Anche questa prolusione appare rilevante nell'economia del nostro discorso, perché si inserisce in quel processo di emancipazione del diritto civile dal rigido positivismo, che aveva nel codice civile il proprio centro gravitazionale, all'accettazione che il diritto, in quanto scienza sociale, non può esimersi dal considerare anche la società, che ha, nella Costituzione, la sua base giuridica. Ciò è quanto emerge dalla lettura dell'editoriale del primo numero della rivista *Politica del diritto*, diretta dallo stesso Rodotà, nel quale si afferma che: «... vengono meno gli interlocutori privilegiati ed il giurista si vede restituita la possibilità di riannodare il proprio discorso alle esigenze vere dell'organizzazione sociale. Questa è oggi la vera responsabilità di una scienza giuridica non timorosa di incontro con le altre scienze sociali, e che si ponga essa stessa come un luogo in cui non solo si apprestano strumenti tecnici che pretendono alla neutralità, ma si operano pure coraggiose scelte politiche, capaci di restituire a quegli strumenti la funzione di attuare i valori che soli possono condurre a trasformazioni profonde della società» (Rodotà, 1970, I, n. 1, p. 6 ss.).

Siamo però ben lontani da una lettura del diritto civile attraverso la lente della "morale costituzionale" analoga a quella che sarebbe potuta derivare, qualche anno dopo, dalle teorizzazioni di Ronald Dworkin (1977, *passim*) negli Stati Uniti: l'editoriale

di *Politica del diritto*, infatti, si collocava in aperta rottura con la prassi della civilistica europea orientata, sino agli anni Sessanta, a una rigorosa separatezza e neutralità del diritto civile rispetto alla politica e alla Costituzione. L'auspicata politicizzazione del diritto civile andava di pari passo con la politicizzazione della società e dei suoi diversi apparati istituzionali ed è in questo contesto culturale che «maturava la necessità dell'interpretazione assiologica del diritto mediante il riferimento alla Costituzione e di una visione della scienza giuridica integrata con altri saperi. Ed è in questo crogiuolo che matura il manifesto teorico di Magistratura democratica apparso nel 1973 sulla rivista *Problemi del socialismo*, quale esito teorico entro il corpo della magistratura della più generale vicenda sociale e culturale che toccò in quegli anni la realtà del nostro Paese».

In questo contesto culturale Pietro Barcellona teorizzò l'uso alternativo del diritto, postulando la questione del carattere intrinsecamente politico delle categorie giuridiche tradizionali e approntando le strategie necessarie per la promozione di interessi e valori "alternativi", legittimati soprattutto dalle scelte innovative della Costituzione repubblicana (Barcellona, 1973). Prendeva così vita il confronto tra chi auspicava la nascita di un diritto alternativo – frutto di un nuovo modo di intendere le categorie tradizionali attraverso l'interpretazione della legge e quindi delle decisioni giurisprudenziali - e chi, invece, su posizioni in qualche modo più conservatrici, riteneva che le modifiche al diritto civile dovessero essere riservate al legislatore e quindi al primato della politica sulla giurisprudenza.

Il periodo tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta coincide con la costituzionalizzazione del diritto privato e la rinnovazione della scienza giuridica, che, in un impeto antiautoritario e antistatuale, fondato sull'affermazione dei diritti e delle libertà dei singoli, abbandona il positivismo formalista. Questo processo culturale «ha generato, da un lato, (i) la rilettura del diritto privato nel prisma del diritto del lavoro, che a sua volta è stato anche il prisma in cui è stato analizzato il diritto dei consumi; dall'altro lato, (ii) l'analisi economica del diritto come reazione neosistemica ma fondata sull'economia del benessere, facendo assurgere quest'ultima a paradigma dell'allocazione efficiente

dei diritti e dell'interpretazione delle norme» (Zoppini, 2022, p. 328).

Gli anni Sessanta, quindi, ci consegnano un quadro completamente diverso rispetto al precedente: la Costituzione diventa lo strumento attraverso il quale valori e principi incidono sul diritto civile e lo riempiono di significati. Se, in linea teorica, questo approccio appare condivisibile e diventerà patrimonio culturale della civilistica italiana successiva, non si può non riconoscere che, in quegli anni, la politicizzazione del diritto e gli ampi spazi che essa finì per riconoscere al giurista (e in particolare al giudice) portò a degli estremi inaccettabili, posto che essa finiva per concedere all'interprete poteri troppo ampi, attribuendogli facoltà che, in un moderno Stato di diritto, dovrebbero essere riservate più al legislatore che all'interprete (cfr. *infra* 3.1).

3. *L'efficacia orizzontale della Costituzione*

Se dagli anni Sessanta è pacifico che la Costituzione contempra un quadro di valori dei quali si deve tener conto nell'interpretazione del diritto civile e, quindi, se è ormai scontato che il testo costituzionale può essere utilizzato per riempire di significato anche le norme del codice civile (c.d. *Drittwirkung* mediata), ci si deve chiedere se essa abbia anche una c.d. *Drittwirkung* immediata, vale a dire se una norma costituzionale può regolare, in via immediata e diretta, i rapporti tra due soggetti privati (Femia, 2018, *passim*).

Il tema non trova una risposta univoca nella dottrina italiana: accanto a chi nega l'applicabilità diretta delle norme costituzionali ai rapporti di diritto civile (Rescigno, 1991, pp. 17 ss.) vi è chi, invece, ritiene che possa riconoscersi una loro efficacia diretta anche nei rapporti interprivati (Perlingieri, 2006, p. 543 ss.). Nei due sottoparagrafi che seguono ci occuperemo quindi dell'efficacia orizzontale, mediata ed immediata, delle norme costituzionali.

A. *La Drittwirkung mediata*

Come anticipato, con l'espressione *Drittwirkung* mediata della Costituzione, si intende la possibilità di utilizzare il testo costitu-

zionale «per ascrivere un senso più compiuto alle norme che proprio nel dettato del codice civile trovano primaria collocazione» (Zoppini, 2022, p. 325). Una tale possibilità discende, con tutta evidenza, dalle tesi che si sono sviluppate a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta e che sono state sopra descritte (cfr. *supra* par. 2). In particolare, prendendo le mosse da Stefano Rodotà, la civilistica ha cominciato a non ruotare più soltanto intorno a una rigorosa ricostruzione dogmatica, bensì intorno alla persona, utilizzando la Costituzione come chiave ermeneutica, al fine di conformare ai valori costituzionali gli istituti del diritto civile. Cartina di tornasole del cambiamento di prospettiva è rappresentata dal passaggio dalla triade soggetto-fattispecie-negozio a quella, maggiormente innervata di valori costituzionali rappresentata da proprietà-responsabilità-contratto (Zoppini, 2022, p. 326).

Abbiamo già osservato che, per raggiungere un tale risultato, Rodotà fece ricorso alle clausole generali e, in particolare, alla funzione sociale (Rodotà, 1960, pp. 1252 ss.), alla buona fede oggettiva (Rodotà, 1969, *passim*) e all'ingiustizia del danno (Rodotà, 1964, *passim*). Il ricorso alle clausole generali per riempire dei valori correnti nella società il diritto civile non era certo un'intuizione nuova: l'esperimento era già stato fatto in un contesto politico e culturale completamente diverso, vale a dire quello della Germania nazista, dove il BGB, codice borghese per antonomasia, non venne sostituito da un codice civile nazista, come in un primo tempo si vagheggiava, ma fu colorato di brune sfumature proprio grazie alle clausole generali. Caduto il regime nazista, nella DDR, sempre attraverso le clausole generali, fu possibile adeguare lo stesso codice, almeno fino al *Zivilgesetzbuch* del 1976, ai valori della società socialista.

Grazie all'intuizione di Rodotà e al lavoro di altri illustri civilisti, primo tra tutti Cesare Massimo Bianca (1983, pp. 215 ss.) le clausole generali del diritto civile divengono gli strumenti attraverso i quali l'interprete può contribuire all'attuazione del programma costituzionale, dando adeguata rilevanza ai valori di uguaglianza e solidarietà.

La giurisprudenza, come abbiamo già anticipato, ha fatto largo uso dell'argomento costituzionale sia per favorire processi d'interpretazione evolutiva o adeguatrice del diritto privato, giungendo,

però, a risultati che andavano ben al di là di quelli prospettati dalla più innovativa dottrina.

Quello che viene comunemente indicato come “diritto vivente” (Cerri, 2007, *passim*), per indicare la consolidata opinione comune maturata nella giurisprudenza in ordine al significato da attribuire a una determinata norma, sembra essersi ormai completamente emancipato dal ricorso alle clausole generali al fine di promuovere l’attuazione del programma costituzionale. Al contrario, la giurisprudenza è sempre più incline a utilizzare tali clausole per legittimare una decisione del giudice orientata alla giustizia e all’equità del caso concreto, ma come è stato correttamente osservato è ben diverso «patrocinare la generale conformazione del diritto privato patrimoniale alla luce dell’utilità sociale e della matrice personalistica dell’ordinamento costituzionale [...] dal rinvenire nelle clausole generali lo strumento di valutazione equitativa del singolo rapporto» (Zoppini, 2022, p. 327).

Non si deve dimenticare quanto osservava Bobbio (1950, p. 353) e cioè che: «ancor oggi, a dire il vero, si riaffaccia di tanto in tanto nell’opera stessa dei giuristi – soprattutto [...] di chi nello studio del diritto non può far tacere le proprie preoccupazioni moralistiche o politiche (e vi sono tempi, naturalmente, in cui non è tanto facile farle tacere) – l’immagine complessa e poco chiara di un giurista che si mette al di sopra delle regole e guarda alla loro origine sociale e al loro fondamento ideale, per indurne lo spirito generale connesso ai tempi e ai bisogni, e per valutarne la maggiore o minore adeguatezza agli ideali di giustizia», in ciò sostituendosi al legislatore. Sono peraltro le stesse preoccupazioni che agitano le riflessioni di Irti, il quale osservava che in molti casi le norme costituzionali tendono ad essere invocate per legittimare il richiamo a “valori” che valgono in quanto tali e che non abbisognano di norme o di ulteriori tramiti, ponendosi così al riparo dalla volontà legislativa e contraddicendo lo stesso principio della separazione dei poteri per cui le regole dovrebbero essere scritte dal legislatore e applicate (non create) dai giudici (Irti, 2014, p. 42). Il rischio che, in virtù dei valori ai quali il giudice aderisce, si “uccida il paragrafo, affinché il popolo viva”, come teorizzava Hans Frank, è concreto e non è certo un rischio di poco conto, anche perché non è raro leggere nelle pagine dei giuristi di oggi affermazio-

ni secondo le quali, non solo si deve cercare, nei limiti logicamente possibili del testo, di scegliere un'interpretazione conforme ai valori, ancorché correttiva o modificativa della norma, ma, «se poi il testo dovesse invece opporre una insuperabile resistenza, allora all'interprete non resterebbe che denunciare lo scarto riscontrato, ma sempre al fine della necessaria messa in campo degli opportuni rimedi volti a conseguire nel quadro dei principi e valori di sistema la disapplicazione della norma palesemente ingiusta» (Scalisi, 2010, pp. 471 ss.). In sostanza, si finisce per riconoscere all'interprete la possibilità di interporsi fra la legge e il caso concreto e – qualora necessario – modificare, adattare, sviluppare o ridurre, negare o trasformare il testo legislativo trasformandosi così in legislatore, il che, però, va ben oltre la formula di Radbruch e rischia di sovvertire gli equilibri dell'ordinamento rischiando che il diritto vivente si traduca in un diritto morente nel quale le regole giuridiche vengono interpretate secondo i valori che, nel caso singolo, il giudice ritiene più condivisibili.

Pare quindi condivisibile la conclusione di chi afferma che se «è innegabile che i valori siano un punto fondamentale nel processo interpretativo», essi «non possono divenire uno strumento che consente al giudice di elidere l'applicazione delle regole» e questo perché nel nostro ordinamento ci sono «funzioni attribuite a soggetti diversi, in cui la potestà normativa risiede nel popolo e in cui l'applicazione della regola deve avere un controllo, che non può essere scavalcato» (Zoppini, 2022, pp. 328 ss.).

B. La *Drittwirkung* immediata

Più problematico e meno studiato è invece il tema dell'effetto immediato delle norme costituzionali. Sul punto le pagine più rilevanti sono sicuramente quelle che ci ha consegnato Pietro Perlingieri, il quale ritiene che le norme costituzionali possano avere efficacia diretta anche nei rapporti tra privati (Perlingieri, 2006, pp. 543 ss.). Secondo Perlingieri la rilettura delle norme ordinarie, alla luce dei principi costituzionali (*Drittwirkung* mediata), se costituisce un approccio condivisibile e da perseguire costantemente, non sfrutta appieno le potenzialità delle norme costituzionali (Perlingieri, 2006, pp. 543 ss.). La funzione delle norme costituzionali,

infatti, non può limitarsi a indicare un programma che il legislatore deve perseguire, ma deve e può andare oltre, comprendendo anche la possibilità di disciplinare (o di incidere sulla disciplina dei rapporti) tra i privati. In particolare, anche quando si interpreta una norma ordinaria alla luce di una norma costituzionale, si adotterebbe il sistema del combinato disposto e la norma costituzionale non si limiterebbe a essere un semplice criterio ermeneutico alla luce del quale leggere una norma ordinaria. Si deve pertanto ritenere, sempre secondo Perlingieri, che con l'espressione "rilettura" non si esprime «una sussidiaria attività interpretativa di norme e principi di natura ordinaria e non si esaurisce nell'interpretazione costituzionale dell'oggetto "norma"» (Perlingieri, 2006, pp. 543 ss.). Le norme costituzionali che prevedono principi generali, quindi, sarebbero di diritto sostanziale e non meramente ermeneutiche e quando vengono utilizzate in via interpretativa contribuiscono a individuare il quadro normativo di riferimento e non a attribuire un significato a un quadro che è composto da norme ordinarie (Perlingieri, 2006, pp. 543 ss.). Gli esempi di norme costituzionali con efficacia diretta nei rapporti interprivati sono molteplici e si va dai diritti della personalità (Perlingieri, 2006, p. 550) alle obbligazioni (Perlingieri, 2006, pp. 552 ss.), passando per la famiglia (Perlingieri, 2006, p. 551), giungendo ad affermare l'esistenza di un diritto civile costituzionale, che attribuisce alle norme costituzionali - anche da sole, in assenza di norme ordinarie che disciplinino la fattispecie - la possibilità di regolare un rapporto di diritto civile (Perlingieri, 2006, pp. 553 ss.). Ciò aprirebbe al civilista «un vasto e suggestivo programma di indagine, che si propone l'attuazione di obiettivi qualificati: individuare un sistema del diritto civile maggiormente armonizzato ai principi fondamentali e, in particolare, ai bisogni esistenziali della persona, ridefinire il fondamento e l'estensione degli istituti giuridici, specialmente civilistici, sottolineando i loro profili funzionali in un tentativo di rivitalizzazione delle singole normative alla luce di un rinnovato giudizio di meritevolezza; verificare e adeguare le tecniche e le nozioni tradizionali (dalla situazione soggettiva al rapporto giuridico, dalla capacità di agire alla legittimazione, ecc.), in uno sforzo di ammodernamento dello strumentario e, in particolare, della teoria dell'interpretazione» (Perlingieri, 2006, p. 555). Un tale ri-

sultato presuppone e non può prescindere dall'unità del sistema giuridico e dalla posizione di centralità che, in tale sistema, occupa la Costituzione.

Alla possibilità di una *Drittwirkung* immediata si oppongono, però, autori altrettanto autorevoli (Rescigno, 1991, pp. 17 ss.; Zoppini, 2022, p. 324; Zoppini, 2016, pp. 24 ss.).

Le ragioni che portano a escludere una *Drittwirkung* immediata risiederebbero nel fatto che le norme costituzionali hanno per destinatario lo Stato, e «la trasposizione del precetto normativo direttamente in capo al soggetto privato postula che sia elisa la sfera di interesse – di regola anch'essa tutelata costituzionalmente – che il privato medesimo è chiamato a governare autonomamente» (Zoppini, 2022, p. 324). Ad esempio, se si applicasse in modo indiscriminato il principio di uguaglianza previsto dalla Costituzione, si finirebbe per cancellare l'autonomia privata, intesa come cura e presidio che l'ordinamento appresta per l'interesse del privato (Rescigno, 1970, pp. 541 ss.). L'autonomia privata permette addirittura di limitare in qualche modo i diritti costituzionali, in molti casi un accordo tra privati può, infatti, essere visto come una limitazione di una norma fondamentale (ad es. il contratto di lavoro, il contratto di edizione, il contratto di insegnamento, soprattutto se concluso con istituti di istruzione che limitano o sindacano la libertà di insegnamento) (Zoppini, 2022, pp. 324 ss.).

Tra le due tesi la prima è quella che appare più convincente. È vero, infatti, che le norme costituzionali vengono tradizionalmente viste come previsioni che tutelano l'individuo dallo Stato e quindi esse si rivolgono, in prima battuta, proprio allo Stato, introducendo una limitazione all'assolutezza dei suoi poteri, ma è altrettanto vero che la Costituzione è la base giuridica sulla quale si fonda la nostra società e quindi le norme costituzionali ben possono esplicitare i loro effetti anche tra i privati cittadini, perché è dovere di tutti i consociati uniformare i loro comportamenti ai valori espressi nella *Grundnorm*. Quindi, in linea generale e astratta, ben si può ipotizzare che una norma costituzionale, qualora il suo contenuto sia dotato di efficacia immediata e diretta, possa regolare anche a un rapporto tra privati, imponendo loro specifici obblighi di condotta.

Il caso delle associazioni non riconosciute appare particolarmente emblematico per dimostrare gli effetti di un'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato. In particolare ci si chiede se le regole in materia di associazioni non riconosciute debbano essere ricondotte a un'interpretazione letterale degli artt. 36 ss. c.c., che riconoscono un ampio spazio all'autonomia privata, ovvero se tale autonomia debba essere limitata in applicazione dei principi costituzionali. Immaginiamo l'ipotesi di un'associazione non riconosciuta che, nel proprio statuto, preveda discriminazioni legate al sesso, alla razza o alle convinzioni religiose degli associati. In questo caso, se si nega l'efficacia diretta delle norme costituzionali e, quindi, se si accetta che la fonte normativa sia unicamente quella codicistica, la previsione statutaria dovrà essere ritenuta valida, e consentirà la discriminazione tra gli associati; viceversa, se, come pare più corretto, si optasse per una *Drittwirkung* immediata delle disposizioni costituzionali nei rapporti tra privati, la previsione dovrebbe essere ritenuta invalida poiché in contrasto con l'art. 3 della Costituzione e quindi contraria all'ordine pubblico costituzionale. Ne consegue, quindi, che le associazioni non riconosciute non potranno vietare ai privati, che condividano le finalità dell'associazione, di associarsi, unicamente per motivi legati alla loro appartenenza a una razza, a un genere o a una confessione religiosa.

In dottrina si è prospettata una terza possibile soluzione (Zoppini, 2022, p. 323), mutuata dall'esperienza americana e cioè rifiutare una risposta univoca, ma verificare in concreto e caso per caso le condizioni nelle quali la discriminazione opera: «se si tratta di un'associazione privata in senso stretto allora l'autonomia privata potrà espletarsi in maniera più ampia, ma se si tratta di un'associazione che riceve contributi pubblici, o che ha una funzione fondamentale di integrazione sociale tra le persone, l'esclusione di una specifica categoria non sarà ammissibile» (Zoppini, 2022, p. 323). Questa ricostruzione, benché possa sembrare più equilibrata, sembra meno convincente rispetto a quella che prevede l'invalidità della clausola per contrasto con l'ordine pubblico costituzionale, indipendentemente dal fatto che l'associazione abbia natura squisitamente privata o riceva contributi pubblici. Si immagini un esempio concreto: l'associazione X si propone la fina-

lità di promuovere campagne femministe e, nel proprio statuto, esclude espressamente che di essa possano far parte gli uomini. Una simile clausola statutaria è evidentemente discriminatoria, perché impedisce a un uomo, che condivida le finalità dell'associazione, di aderirvi. Tale discriminazione è in contrasto con i valori della nostra comunità e non si vede per quale ragione l'ordinamento debba tollerare una simile clausola statutaria per il solo fatto che l'associazione non riceve contributi pubblici: se la volontà dei privati contrasta con i valori dell'ordinamento, non si può pretendere che l'ordinamento tuteli tale volontà. Ne consegue che sembra preferibile riconoscere che, in questo caso, la norma costituzionale abbia una *Drittwirkung* immediata, che consentirà al giudice di dichiarare invalida la previsione, consentendo anche a un uomo di associarsi.

4. Il rapporto tra Costituzione e diritto privato oggi

Rispetto al quadro iniziale, il rapporto tra Costituzione e diritto privato è oggi radicalmente cambiato. Da un lato il cambiamento è stato favorito dal progressivo superamento della rigida distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (Benacchio e Graziadei, 2016, *passim*), ma la ragione principale che ha permesso ai valori costituzionali di ispirare e permeare in modo sempre più invadente il diritto privato è sicuramente riconducibile alla riflessione della scienza giuridica.

Particolarmente feconde, nel favorire il dialogo tra i due rami dell'ordinamento, sono state le pagine di Pietro Perlingieri, il quale è stato particolarmente attivo nel segnalare e sollecitare l'impellente necessità di studiare il diritto privato tenendo sempre come bussola, nell'interpretazione delle norme civilistiche, i valori costituzionali e, successivamente, i valori espressi nei trattati della Comunità Europea prima e dell'Unione Europea poi. Fondamentale, a questo proposito, il volume intitolato *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, che, dalla prima edizione del 1984, cambiò titolo in *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (2006), per divenire un vero e proprio trattato in cinque volumi dal titolo *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-europeo delle*

fonti nel 2020, dimostrando la particolare attenzione e sensibilità del suo autore, non solo verso i valori costituzionali, ma anche nei confronti del mutamento del quadro ordinamentale che da nazionale si trasformava in europeo (Alpini, 2023, pp. 49 ss.).

Ricondurre la questione costituzionale ed eurounitaria a un problema di metodo si è rivelata un'intuizione vincente, che ha rappresentato un modello per gli studiosi non soltanto del diritto privato ma anche di diritto costituzionale ed internazionale. L'approccio perlingieriano ha influenzato anche la Corte costituzionale aiutandola ad uscire dal proprio isolamento per costruire un dialogo effettivo con la Corte europea, favorendo un'integrazione rispettosa dei principi fondanti dei Trattati (Alpini, 2023, pp. 49 ss.).

Sulle orme del maestro, gli allievi di Perlingieri hanno cominciato ad approfondire l'influenza che le decisioni della Corte Costituzionale esplicano sul diritto civile (Perlingieri y Giova, 2018; Aa. Vv., 2007; Femia, 2006) e animato un fecondo dialogo sui rapporti tra diritto civile e Costituzione, che proprio grazie alle decisioni della Corte costituzionale è venuto infittendosi, investendo quasi tutte le partizioni del diritto privato, dalla proprietà all'impresa, dall'autonomia individuale alla responsabilità civile (Lipari, 2006; Rescigno, 2006; Bussani, 2006; Tamponi e Gabrielli, 2006; Sesta e Cuffaro, 2006).

5. Il diritto eurounitario

Un discorso sostanzialmente analogo a quello che si è fatto per la Costituzione può essere esteso alle norme internazionali, ratificate dall'Italia, che contemplano diritti fondamentali quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora innanzi CEDU) e la Carta di Nizza. Anche queste norme, infatti, possono e devono essere prese in considerazione nell'interpretazione del diritto privato nazionale.

Più articolato e complesso è invece il discorso con riguardo alle norme del Trattato europeo. Ci si è chiesti se anche tali norme possano incidere sui rapporti tra privati modificandoli o conformandoli, divenendo fonte diretta di diritti e obblighi azionabili tra i soggetti privati (Perner, 2013; Körber, 2004; Remien, 2003.).

La giurisprudenza eurounitaria si è trovata di frequente a indagare gli effetti diretti nei confronti dei privati delle libertà fondamentali contemplate dal Trattato (Kohler e Puffer-Mariette, 2014, pp. 696 ss.; Bachmann, 2010, pp. 424 ss.). In diverse pronunce essa ha affermato che le norme dei Trattati ben possono incidere sui rapporti tra privati, imponendo anche ai singoli divieti o obblighi di rispettare le libertà fondamentali, *in primis*, il divieto di discriminazione.¹

Vediamo alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza appena citata: nel caso *Defrenne* un'assistente di volo belga contestava le regole d'impiego dell'allora compagnia di bandiera Sabena, secondo le quali si differenziava il livello retributivo, previdenziale e pensionistico in base al sesso del personale di bordo. La Corte di giustizia rilevava una violazione del principio di non discriminazione in base all'art. 141 TCE (attuale art. 157 TFUE) e rettificava le regole contrattuali.

¹ Cfr., tra le tante, CGCE, 12 dicembre 1974, Walrave en Koch vs Association Union cycliste internationale et al., causa C 36/74; CGCE, 8 aprile 1976, Defrenne vs Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, causa C 43/75; CGCE, 22 gennaio 1981, Dansk Supermarked A/S vs A/S Imerco, causa C 58/80; CGCE, 9 giugno 1992, Delhaize frères et Compagnie 'Le Lion' SA vs Promalvin e AGE Bodegas Unidas SA, causa C 47/90; CGCE, 15 dicembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL vs Bosman et al., causa C 415/93; CGCE, 9 dicembre 1997, Commissione delle Comunità europee vs Francia, causa C 265/95; CGCE, 11 aprile 2000, Deliège vs Ligue francophone de judo et al., causa C 51/96 e C 191/97; CGCE, 13 aprile 2000, Lehtonen e Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL vs Fédération royale belge des sociétés de basketball ASBL, causa C 176/96; CGCE, 6 giugno 2000, Angonese vs Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, causa C 281/98; CGCE, 20 settembre 2001, Courage Ltd vs Bernard Crehan, causa C 453/99; CGCE, 12 giugno 2003, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge vs Austria, causa C 112/00; CGCE, 22 novembre 2005, Mangold vs Helm, causa C 144/04; CGCE, 13 luglio 2006, Manfredi vs Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al., causa C 295/04 e C 298/04; CGCE, 13 giugno 2006, Traghetti del mediterraneo SpA vs Italia, causa C 173/03; CGCE, 11 dicembre 2007, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union vs Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti, causa C 438/05; CGCE, 18 dicembre 2007, Laval un Partneri Ltd vs Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al., causa C 341/05 e CGUE, 12 luglio 2012, Fra.bo vs Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW), causa C 171/11.

Ancora più interessante il caso *Walrave*: in questa causa due allenatori della squadra di ciclismo professionale olandese contestano la regola stabilita dall'*Union Cycliste Internationale* secondo la quale l'allenatore della squadra doveva avere la stessa nazionalità del corridore. La Corte di giustizia qualificava tale previsione come contraria alla libera circolazione dei servizi (artt. 18, 45 e 56 TFUE), in quanto riteneva che per l'allenatore prevalesse la prestazione lavorativa sulla appartenenza alla squadra nazionale. Non solo, la Corte dichiarava che le disposizioni del Trattato dovessero essere considerate immediatamente vigenti.

Nel caso *Courage*, il proprietario di un pub inglese si obbligava, tra le altre cose, ad acquistare solo la birra prodotta da *Courage* a un prezzo superiore a quello che essa praticava ai gestori indipendenti. Il gestore del pub chiedeva quindi il risarcimento del danno derivante dall'intesa restrittiva della concorrenza che gli imponeva condizioni sfavorevoli. In questo caso l'art. 81 TCE (attuale art. 101 TFUE) attribuiva al privato un diritto immediatamente azionabile di fronte al giudice nazionale e la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha affermato che, al fine di assicurare l'applicazione delle norme sulla concorrenza, il soggetto danneggiato da un contratto anticoncorrenziale deve poter ottenere il risarcimento del danno subito, salvo che non fosse corresponsabile dell'illecito concorrenziale.

Nel caso *Delhaize* un esportatore spagnolo si era obbligato contrattualmente a fornire a un importatore belga del vino sfuso *Rioja*. L'esportatore invocava la forza maggiore per giustificare il proprio inadempimento parziale, in quanto la Spagna aveva imposto un limite all'esportazione di tale vino, poiché di denominazione controllata, inoltre il diritto spagnolo prevedeva che il *Rioja* dovesse essere obbligatoriamente imbottigliato nelle cantine di origine. L'importatore belga, però, di fronte all'eccezione di inesigibilità della prestazione e di non imputabilità dell'inadempimento, chiese al giudice l'adempimento in forma specifica, poiché le disposizioni di diritto spagnolo dovevano essere disapplicate in quanto in contrasto con l'art. 29 TCE (attuale art. 35 TFUE). La pretesa dell'importatore belga fu accolta con successo e, anche in questo caso, le norme del Trattato finivano per avere applicazione diretta in un rapporto contrattuale tra privati.

Come non spendere qualche parola anche con riferimento al celeberrimo caso *Traghetti del Mediterraneo*, nel quale una società che aveva goduto di illegittimi aiuti di Stato viene vocata in giudizio per il risarcimento del danno da un fallimento. La richiesta viene respinta nei tre gradi di giudizio e, di fronte alla Corte di Cassazione, gli attori chiedono un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché sia la stessa Corte a interpretare le norme del Trattato in materia di concorrenza rilevanti nel caso di specie. La Cassazione non proponeva il rinvio e la parte soccombente in giudizio promuoveva un'azione risarcitoria nei confronti dello Stato italiano per violazione del diritto comunitario da parte del giudice di ultima istanza, il quale, come noto, è sempre tenuto al rinvio pregiudiziale in caso di dubbi sulla corretta interpretazione delle norme eurounitarie. La Corte di giustizia dichiarava che una legislazione nazionale, che esclude la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultima istanza, contrasta con i principi dell'ordinamento comunitario.

I casi passati in rassegna sono diversi: in alcuni casi (*Defrenne*) si produce la nullità di un contratto (o di una sua clausola), in altri (*Courage*) si genera una pretesa risarcitoria nei confronti di un privato, in altri ancora (*Traghetti del Mediterraneo*) si riconosce una pretesa risarcitoria nei confronti dello Stato. I casi ricordati sono però accomunati dal fatto che un privato invoca, con successo, di fronte alla Corte di Giustizia la norma comunitaria contro le regole di un ordinamento nazionale. Il dato non è secondario, perché il destinatario formale della norma comunitaria non è il privato, bensì lo Stato. Di qui una prima conclusione: vi sono norme del Trattato che si rivolgono pacificamente anche ai privati, come quella in materia di concorrenza (art. 101, par. 2, TFUE), quella in materia di risarcimento del danno per il mancato adempimento degli obblighi (art. 340, par. 2, TFUE) o quella in materia di discriminazione sul lavoro (art. 45, par. 2, TFUE) (Zoppini, 2016, p. 19). Al contrario, le norme in materia di libertà di circolazione dei beni, dei servizi, delle persone, dei capitali hanno come destinatario formale solo lo Stato, che è chiamato a dare loro attuazione. Bisogna quindi chiedersi, con riguardo a tali norme, cosa accada nel caso in cui il contratto tra privati violi tali norme, precludendo la libertà

di circolazione comunitaria delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali. Si è osservato che riconoscere efficacia diretta alle libertà del Trattato potrebbe vulnerare l'autonomia privata che risulterebbe «compresa da una regola eteronoma non destinata di per sé a disciplinare un fatto di autonomia, né pensata per limitare il potere dei privati» e che tali norme si rivolgono solo allo Stato, il quale è l'unico soggetto che può dare loro attuazione (Zoppini, 2016, p. 17). Tuttavia questi rilievi non tengono conto del fatto che dalla sentenza *van Gend & Loos* la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha riconosciuto che «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere [...] che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini» ed è stata la stessa giurisprudenza comunitaria ad affermare, con chiarezza, che le libertà del Trattato hanno un effetto conformativo immediato sui rapporti tra privati, ascrivendo ai singoli diritti soggettivi che il giudice nazionale è chiamato a tutelare (Zoppini, 2016, p. 17). Si deve peraltro osservare, come correttamente si è osservato, che «quando si discorre degli effetti diretti o mediati delle norme del Trattato a venire in gioco sono principalmente interessi essenzialmente economici, il che rende in genere improbabile un conflitto con valori che si riferiscono alla persona» (Zoppini, 2016, p. 30).

Anche con riferimento alle norme del TFUE, quindi, si potrà parlare di una *Drittwirkung* sia in senso mediato che immediato.

II. Alcune epifanie del rapporto tra costituzione e diritto privato

Gli esempi di interferenze tra precetti costituzionali e diritto privato sono numerosi. In questa seconda sezione se ne prenderanno in esame alcuni, per dimostrare come il diritto privato si sia trasformato e sia evoluto in un'ottica costituzionalmente orientata. Nel fare ciò prenderemo in considerazione esempi che provengono dai diversi libri del codice civile, in modo da dimostrare come l'influenza dei precetti costituzionali sia ampia e le ricadute che essi hanno sul diritto privato investano i vari istituti del diritto civile.

Come si vedrà nel corso della trattazione, in alcuni casi il diritto civile è stato integrato dai valori presenti nella Costituzione e nella CEDU.

1. Il diritto al nome e il concetto di famiglia

In Italia l'art. 262 c.c. disponeva, nella sua formulazione originaria, che il figlio, qualora riconosciuto congiuntamente da entrambi i genitori, dovesse prendere il cognome paterno. La disposizione rispecchia evidentemente la regola che disciplina il cognome del figlio legittimo, ossia nato da due coniugi uniti in matrimonio, il quale prende, tradizionalmente, il cognome paterno (art. 144 c.c.).

Sul punto, però, si sono sollevate con il tempo molte perplessità: la norma era vista come una forma di discriminazione della donna e la tassatività con la quale veniva applicata dagli uffici dello stato civile sollevava notevoli difficoltà nel caso in cui il figlio fosse nato all'estero, in un ordinamento che consentisse l'attribuzione del cognome materno, del quale si chiedeva poi il riconoscimento anche in Italia.

Su questo aspetto si è quindi pronunciata con il tempo sia la Corte EDU che la Corte costituzionale italiana, la quale, da ultimo, con la sentenza 131 del 2022 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Cost. (in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU), dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assuma il cognome del padre, anziché quello dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, o il cognome di uno soltanto di essi, rinviando al legislatore il compito di delimitare le regole volte a evitare la moltiplicazione dei cognomi, in caso di passaggio tra più generazioni, e quelle necessarie a garantire l'identità dei cognomi tra fratelli e sorelle.

Nel caso oggetto della decisione, i coniugi volevano attribuire al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno e tale facoltà veniva loro negata dagli ufficiali dello stato civile, perché in contrasto con le disposizioni del codice civile e i regolamenti dello stato civile.

Il ricorso al giudice delle leggi era quindi finalizzato, *in primis*, all'ottenimento di una pronuncia additiva, che facesse seguito a quella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che già aveva condannato l'Italia (cfr. Corte EDU, sentenza 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo contro Italia. Parimenti rilevanti, ai nostri fini, paiono l'art. 16, comma 1, lett. g, della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, nonché le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998 e, ancor prima, la risoluzione n. 37 del 1978), attraverso la quale si potesse introdurre una deroga all'automaticità della regola della trasmissione del cognome paterno. In secondo luogo, si chiedeva al giudice delle leggi un intervento sulla parte della norma che, in mancanza di diverso accordo dei genitori, imponeva l'attribuzione alla nascita del solo cognome paterno, anziché del cognome di entrambi i genitori, in ossequio al principio, di rango costituzionale, di eguaglianza nei rapporti fra i genitori.

Secondo la Corte l'art. 262 c.c. riflette l'idea patriarcale di famiglia, secondo la quale il marito è capo della famiglia, mentre la moglie segue la condizione civile di lui, che connaturava l'Italia degli anni Quaranta. In un tale contesto socioculturale, era evidente che il cognome del marito fosse imposto alla moglie e al resto della famiglia, come disponeva già l'art. 144 c.c. Tale articolo era però stato riformato nel 1975 con la riforma del diritto di famiglia è l'introduzione dell'art. 143 *bis* c.c., secondo il quale la moglie, anziché perdere il proprio cognome a beneficio di quello del marito, aggiungeva al proprio cognome quello del coniuge. Alla moglie, peraltro, è attribuita la facoltà di aggiungere il cognome del marito, non l'obbligo. Con riguardo alla famiglia fondata sul matrimonio, la disciplina successiva al 1975, pur conservando un *favor* per il marito, ha reso meno evidente la differenza tra i due coniugi e mitigato l'idea per cui il cognome del marito coincideva con quello della famiglia. Con la riforma del 1975 non si però scalfita l'idea per la quale il cognome del padre è anche il cognome dei figli, per questa ragione è stato necessario l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo prima e della Corte costituzionale dopo.

In particolare, quello che appariva inaccettabile, nel nuovo quadro valoriale del diritto privato letto in un'ottica costituzional-

mente orientata, era il fatto che il riconoscimento contemporaneo del figlio, più che sigillare l'unione fra i due genitori, si traducesse nell'invisibilità della donna, in spregio all'equiparazione dei coniugi che la riforma aveva inteso introdurre. A fronte dell'evoluzione dell'ordinamento, il lascito di una visione discriminatoria, che attraverso il cognome si riverbera sull'identità di ciascuno, non appare più tollerabile e, di fronte all'inazione del legislatore, la situazione non poteva che essere superata giurisprudenzialmente, attraverso una rilettura costituzionalmente orientata del diritto civile, lettura che la Corte costituzionale ha evidentemente la legittimazione e il compito di offrire.

Quanto sinteticamente si è osservato con riferimento al nome, dimostra come il nostro ordinamento non sia rimasto indifferente rispetto alla necessità di garantire l'effettiva parità tra i coniugi, in conformità ai precetti costituzionali e alla Convenzione EDU. In assenza di un intervento del legislatore, che ci si attendeva da tempo, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha saputo armonizzare il diritto privato alla Costituzione, eliminando una discriminazione che non era ormai più tollerabile.

Altrettanto interessante è quanto ebbe ad affermare la Corte costituzionale con riferimento al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Anche il matrimonio tra omosessuali, infatti, è stato accusato di consacrare una discriminazione tra le persone eterosessuali, le quali potevano fare affidamento su un istituto giuridico per suggellare la loro unione e quelle omosessuali alle quali, invece, una tale facoltà non era riconosciuta.

Orbene, la Corte costituzionale (Corte cost. 5 gennaio 2011, n. 4) ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* e 231 c.c., censurati, in riferimento agli art. 3 e 29, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentono che le persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio. Analoga questione era già stata dichiarata infondata dalla Corte, sia perché l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, sia perché le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio (cfr. la sentenza della Corte costituzionale n.

138 del 15 aprile 2010 e le ordinanze. n. 16, 34 e 42 del 2009 e 276 del 2010).

In queste decisioni la Corte non si limita però a dire che il matrimonio non è istituto giuridico accessibile alle coppie omosessuali, ma fa un passaggio ulteriore che è quello di affermare che, pur non potendosi estendere giurisprudenzialmente il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, occorre che il Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individui forme di garanzia e riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale soltanto la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni. E in effetti, proprio alla luce di queste sentenze, sono state introdotte in Italia norme con riferimento al matrimonio tra soggetti omosessuali (cfr. legge 20 maggio 2016, n. 76, c.d. legge Cirinnà).

Questi alcuni degli esempi in cui la rilettura in chiave costituzionalmente orientata dei principi di diritto di famiglia ha reso possibile il superamento dello *status quo* e l'adozione di regole nuove che si emancipassero rispetto all'idea patriarcale di famiglia che contraddistingueva la società italiana del 1942, uniformando la disciplina contenuta nel codice civile a quella emergente dalla nuova Costituzione repubblicana e all'evoluzione della società italiana in un contesto europeo nel quale i valori della parità tra i sessi e il riconoscimento del diritto a formarsi una famiglia sono ormai considerati diritti fondamentali della persona.

2. La proprietà

Un altro tema sul quale il dialogo tra diritto civile e diritto costituzionale si è dimostrato particolarmente intenso è quello relativo al diritto di proprietà. L'articolo 42, comma 3, della Costituzione italiana contempla la possibilità, nei casi previsti dalla legge, di espropriare la proprietà privata, salva corresponsione di un indennizzo, e la presenza di un interesse generale. La possibilità di espropriare il privato corrisponde all'idea per cui la proprietà ha la sua funzione sociale (art. 42, c. 2, Cost.). Si è affermato che «la funzione sociale è da intendere non come un intervento «in odio» alla proprietà privata, ma diviene «la ragione stessa per la quale il diritto di proprietà è stato attribuito a un certo soggetto», un cri-

terio di azione per il legislatore e di individuazione della normativa da applicare per l'interprete, chiamato a valutare le situazioni connesse all'espletamento di atti e di attività del titolare» (Perlingieri, 1991, pp. 433 ss.). La funzione sociale è quindi una caratteristica sostanziale della proprietà e assurge a vero e proprio principio generale dell'ordinamento. Si deve poi adeguatamente evidenziare il fatto che la funzionalizzazione della proprietà ha determinato un radicale cambiamento nella disciplina del diritto di proprietà, evidenziando come esso possa essere efficacemente definito solo in base alle regole costituzionali.

La principale ragione per cui la funzione sociale è stata introdotta nella Costituzione è quella di consentire di conciliare la tutela del privato con le esigenze della collettività. Per perseguire un tale obiettivo, il legislatore può intervenire, conformando il contenuto del diritto di proprietà del singolo, in modo da uniformarlo alle esigenze collettive. Ciò è quanto accade, ad esempio, nel caso dei beni culturali, con riferimento ai quali il legislatore ha dettato norme che ne limitano la circolazione, impongono la conservazione, vietano l'esportazione definitiva e così via. È evidente che tali regole incidono profondamente sui diritti del singolo, riducendo e, in alcuni casi, addirittura, escludendo il godimento delle facoltà dominicali (nel caso di proprietà di un bene culturale, ad esempio, se è ridotto lo *ius utendi* del proprietario, è chiaramente del tutto escluso il suo *ius abutendi*). Si tratta di una conseguenza immediata e diretta dell'idea per cui l'*Eigentum verpflichtet* enunciata, per la prima volta, nella Costituzione di Weimar (Magri, 2012, pp. 3 ss.).

In dottrina (Perlingieri, 1991, p. 433) si è osservato che anche la limitazione del potere di destinazione nel godimento del privato deve essere conforme alla funzione sociale. Per questa ragione spetta alla legge stabilire «i modi di acquisto, di godimento e i limiti» della proprietà e gli atti di autonomia privata non possono incidere sulla destinazione o sullo statuto proprietario se non nei casi e nei modi previsti dalla legge. Attraverso la Costituzione, quindi, si riempie di significato l'art. 832 c.c., secondo il quale la proprietà è il diritto di godere di un bene, in modo pieno ed esclusivo, ma nei limiti e con l'osservanza degli obblighi previsti dalla legge. Tali limiti e tali obblighi sono, evidentemente, la conseguenza della funzione sociale della proprietà. È appena il caso di precisare che l'art.

832 c.c. non potrebbe essere interpretato alla luce delle sole norme civilistiche e in assenza di un espresso rinvio alla Costituzione; esso appare quindi una mera norma di rinvio, epifania particolarmente significativa di come diritto civile e costituzionale siano rami comunicanti dell'ordinamento.

All'atto pratico il rispetto della funzione sociale, intesa come limite e come fonte di obblighi per il proprietario, implica che l'attività contrattuale (ma lo stesso è a dirsi per un eventuale atto amministrativo), per avere validità, non potrà che esplicarsi in modo conforme alla legge.

La funzione sociale, però, non si spinge sino a consentire di escludere il diritto del privato, se non nel caso eccezionale dell'espropriazione. Come noto l'art. 42 comma 3 Cost. prevede che la proprietà privata possa essere, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse pubblico. Quindi, in linea di massima, è preclusa al legislatore la possibilità di trasformare la proprietà privata in pubblica, se non quando ciò sia necessario per assicurare il raggiungimento di un interesse della collettività. Si badi che le norme che limitano il potere del proprietario al fine di assicurare la funzione sociale sono passibili di interpretazione estensiva e quindi possono essere applicate anche in chiave analogica (Rodotà, 1977, pp. 356 ss.). In assenza di una previsione legislativa, espressa o applicata estensivamente, la proprietà privata deve essere riconosciuta e tutelata dalla legge e il proprietario è libero di utilizzare il bene come meglio ritiene, sicché la proprietà, mancando le limitazioni derivanti dall'interesse della collettività, torna a espandersi nella tradizionale ampiezza alla quale ci ha abituati il diritto romano (Gambaro, 1990, p. 218).

Conformemente a una rilettura pugliattiana della proprietà occorre precisare che il concetto di proprietà non può essere letto in chiave unitaria, ma è un concetto polisenso, che deve essere declinato in relazione al tipo di bene (Pugliatti, 1964); ciò esplica delle evidenti conseguenze anche in riferimento alla funzione sociale, ne consegue che i poteri del proprietario variano anche in relazione al tipo di bene. Maggiore è la rilevanza sociale del bene, maggiori sono i limiti che il proprietario incontra nel godimento del suo diritto.

In conclusione possiamo affermare che il contenuto del diritto di proprietà non può essere determinato esclusivamente alla luce delle norme codicistiche, ma va ricercato nei mutamenti che l'istituto ha subito attraverso la Costituzione, la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (art. 1 Protocollo I) e le leggi speciali (cfr. ad es. il Codice dei beni culturali).

3. Il contratto e il concetto di buon costume

Il contratto è lo strumento attraverso il quale, tradizionalmente, si esplica, nella forma più ampia, la libertà dei privati. Anche il contratto, però, può e deve essere letto alla luce dei valori costituzionali. Sarebbe un errore ritenere che le regole costituzionali applicabili al contratto si limitino all'art. 41 Cost. in forza del quale l'iniziativa economica privata è libera (Perlingieri, 1987; Perlingieri, 2003, p. 395). L'autonomia negoziale non s'identifica e non si esaurisce con gli atti di impresa, né ha una chiave esclusivamente economica. Gli atti di autonomia privata, infatti, oltre a soddisfare interessi economici, presentano un comune denominatore nella necessità di essere volti a realizzare interessi e funzioni meritevoli di tutela e socialmente utili. L'atto negoziale, quindi, si rispecchia nell'utilità sociale ed è tenuto a non contrastare con la sicurezza, la libertà e la dignità umana (art. 41, comma 2, cost.). In quest'ottica merita di essere letto l'art. 1322 c.c., il quale, disciplinando la libertà contrattuale, afferma che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e possono concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Evidentemente l'art. 1322 c.c. deve essere letto alla luce dei valori costituzionali, i quali devono guidare l'interprete nell'individuazione di quegli interessi che, per l'ordinamento, appaiono meritevoli di tutela.

Il diritto contrattuale, peraltro, dato l'ampio ricorso a clausole generali quali correttezza, buona fede, diligenza, ordine pubblico e buon costume, è un settore nel quale la possibilità di fare ricorso ai valori costituzionali è particolarmente ampio, posta la necessità di riempire di significato le formule vaghe che caratterizzano le clausole generali.

A titolo esemplificativo basti prendere in esame il ruolo che i valori contenuti nella Costituzione hanno avuto sul concetto di buon costume. Come noto, il diritto civile italiano contempla, come limite all'autonomia privata sia l'ordine pubblico che il buon costume. Un contratto che violi tali canoni è colpito da nullità, e, nel caso in cui il contratto violi il buon costume, alla nullità si accompagna la *soluti retentio*, ossia l'impossibilità di ripetere quanto sia stato spontaneamente pagato in esecuzione dell'accordo (art. 2035 c.c.).

All'atto pratico il problema che si pone all'interprete è quello di definire il concetto di buon costume e distinguerlo dall'ordine pubblico, operazione, quest'ultima, non sempre facile e dall'esito sempre più incerto. Tradizionalmente il discrimine tra ordine pubblico e buon costume era individuato nel fatto che l'ordine pubblico consistesse nei valori protetti dall'ordinamento, mentre il buon costume avrebbe coinciso con quella che poteva essere definita la morale sociale. Ora, definire il concetto di morale sociale è agevole in un contesto nel quale la società si riferisce a valori etici comuni e condivisi, questo avveniva, ad esempio, quando in Italia la morale cattolica era comunemente accettata e condivisa da tutti i consociati (Magri, 2022, p. 93). Ecco che, in quel contesto, era morale tutto ciò che per la Chiesa cattolica era considerato bene e immorale tutto ciò che, per la morale cattolica, coincideva con il peccato. Nel momento in cui la società diventa multiculturale e non ha più valori etici comuni ai quali fare riferimento, definire ciò che è morale e distinguerlo da ciò che contrasta con il buon costume diventa decisamente più complesso e aleatorio (Magri, 2022, *passim*).

Occorre un dato oggettivo al quale fare riferimento e che sappia indicare, in maniera precisa, quali sono i valori da prendere in considerazione. Per determinare ciò che morale e distinguerlo da ciò che contrasta con il buon costume, sarà necessario fare riferimento a dei valori condivisi dall'ordinamento che non possono che essere i valori espressi nella Costituzione. Tali valori fondano quella che è stata definita, da autorevole dottrina, l'etica costituzionale, la quale si basa su un quadro di riferimento valoriale che si richiama allo spiritualismo cattolico, con venature modernistiche, all'esistenzialismo e al solidarismo di ispirazione marxista (Perlingieri, 1972, pp. 161 ss.); l'etica costituzionale coinciderebbe con tutti quei

valori che hanno ispirato i padri costituenti nella redazione della nostra Carta costitutente.

Solo in questo modo è ancora possibile distinguere buon costume e ordine pubblico, evitando che una clausola generale diventi un inutile doppione dell'altra. Avremmo quindi lesione del buon costume tutte le volte in cui il contratto è in antitesi rispetto a un valore espressione dell'etica costituzionale e lesione dell'ordine pubblico in tutti quei casi in cui il contratto contrasti con un principio fondamentale dell'ordinamento.

Anche in questo settore, quindi, si ha una dimostrazione di come una lettura delle disposizioni del codice, sensibile ai valori costituzionali, possa contribuire a dare loro un significato più in linea alle esigenze della società, addirittura contribuendo a salvare un istituto come il buon costume che, in chiave comparatistica, è sempre più considerato un doppione dell'ordine pubblico (Perlingieri e Zarra, 2019, p. 51, nt. 75).

III. Conclusioni

Fino agli anni Sessanta del secolo scorso, in Italia, pensare di applicare i principi costituzionali agli istituti del diritto civile era quasi un'eresia. Erano anni in cui il diritto e il suo studio venivano intesi in modo settoriale, senza che si tentasse nemmeno di individuare punti di contatto e ponti di collegamento tra diritto privato, costituzionale, penale e processuale. A partire dagli anni Sessanta, però, le cose cominciano a cambiare. La ragione del cambiamento è principalmente legata alla necessità di colorare il diritto privato dei valori sociali che emergono dalla Costituzione e ai quali il codice civile era rimasto sostanzialmente impermeabile. Gli anni Sessanta, del resto, furono gli anni delle battaglie per i diritti sociali e civili e, in quel contesto storico, una rilettura costituzionalmente orientata delle disposizioni di un codice tecnico, come quello civile, era evidentemente la via più agile per ottenere un risultato politico. Quello che si auspicava, in altre parole, era introdurre, in via interpretativa, almeno una parte di quelle riforme legislative che il legislatore faticava ad accettare.

Ma non fu solo questo il motivo per cui cominciò a farsi strada e ad affermarsi l'idea di una rilettura del diritto civile costituzionalmente orientata. Accanto a questa ragione, che si potrebbe definire "politica", per cui il diritto civile deve essere interpretato in chiave costituzionalmente orientata, ve ne fu un'altra "scientifica" che fu forse meno evidente, ma senz'altro più determinante nel garantire all'idea un successo duraturo. La ragione "scientifica" che nobilitò la lettura costituzionalmente orientata del diritto civile è legata all'idea che il diritto non va (e non può essere) studiato per settori, ma per problemi, nella consapevolezza che esistono dei principi fondamentali e generali del sistema ai quali i problemi devono essere ricondotti per essere risolti (Perlingieri, 2006, p. 140).

Dalla lettura costituzionalmente orientata del diritto civile, consegue anche il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, inteso il primo come disciplina degli interessi dell'intera collettività e il secondo come regolamentazione degli interessi dei singoli individui (Perlingieri e Femia, 2004, p. 70; Perlingieri, 1986, pp. 933 ss.; Femia, 1996, pp. 134 ss.).

La rilettura del diritto civile in chiave costituzionalmente orientata implica un cambiamento di prospettiva anche riguardo alla funzione dello Stato che passa da essere controllore del cittadino a garante e, nell'assolvere tale compito, può esigere dai consociati l'adempimento di inderogabili doveri, quale quello di solidarietà (art. 2 Cost.).

La Costituzione italiana, del resto, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, ma richiede al singolo l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, tutti racchiusi nell'art. 2 Cost. Non sorprende, quindi, leggere nel dovere di solidarietà un principio chiave idoneo a ispirare la rilettura di tutto il diritto civile, posta la sua idoneità a rappresentare, nel contempo, il limite e la garanzia del personalismo; la cura dell'altro e la solidarietà devono essere considerate espressione della persona e tutti gli atti che possono essere posti in essere dai privati devono trovare come limite il dovere di solidarietà (Leopore, 2020, pp. 1 ss., p. 4).

L'obbligo di rispettare il dovere costituzionale di solidarietà è ormai riconosciuto anche dalla giurisprudenza. Si pensi a quelle

decisioni che hanno ammesso la riduzione della penale - in forza di una lettura costituzionalmente orientata dell'accordo negoziale e in applicazione del principio di proporzionalità, che rappresenta una declinazione del principio di solidarietà - stabilendo che anche l'autonomia negoziale deve rispettare i limiti fissati dall'art. 2 della Costituzione (Prisco, 2012, pp. 369 ss.).

Anche le decisioni che hanno imposto la rinegoziazione dei contratti di locazione durante la pandemia hanno fatto leva, oltre che sulla buona fede, sul dovere di solidarietà tra i contraenti (Magri, 2021, pp. 397 ss.).

Un altro portato del principio di solidarietà è l'introduzione nel nostro ordinamento del divieto di abuso del diritto, che, per anni, è stato oggetto di un acceso dibattito dottrinale (Rescigno, 1965, pp. 205 ss.; Patti, 1987, pp. 1 ss.; Gambaro, 1988; Sacco, 2012; Furguele, 2017), posto che, in ossequio alla regola tramandata dal diritto romano, taluno riteneva che *qui suo iure utitur neminem laedit*, mentre altri sostenevano che abusare del diritto fosse pratica contraria ai principi generali dell'ordinamento giuridico. Ecco che una lettura costituzionalmente orientata rende evidente il fatto che abusare del diritto, al solo scopo di danneggiare altri, è in palese contrasto con il principio di solidarietà e quindi pratica contraria all'ordinamento (Lepore, 2020, p. 4).

La centralità che il diritto costituzionale e, più in generale, i diritti umani hanno assunto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto civile italiano rende evidente che la 'costituzionalizzazione' del diritto civile è un dato ormai acquisito dalla scienza e dall'esperienza giuridiche italiane che segna il culmine di un percorso lento e articolato giunto a un traguardo consolidato, che, per il civilista, è divenuto ormai ineludibile (Pennasilico, 2013, p. 281; Salvi, 2004, pp. 241 ss.).

IV. Referencias

Alpini, A. (2023). Dall'ordinamento al "sistema ordinamentale". Il diritto "italo-europeo" e la svolta di Pietro Perlingieri. *Annali della SISDiC*, (10), 135-159.

- Aa. Vv. (2007). *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale* (vol. III). Napoli.
- Bachmann, G. (2010). Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten. *Archiv für die civilistische Praxis*, 210(3), 424-488. <https://doi.org/10.1628/000389910792181237>
- Barcellona, P. (1973). *L'uso alternativo del diritto* (voll. I e II). Bari.
- Benacchio, G. A., e Graziadei, M. (2016). *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*. Atti del IV Convegno SIRD (Trento, 24-25 settembre 2015). Napoli.
- Bianca, C. M. (1983). La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, I.
- Bobbio, N. (1950). Scienza del diritto e analisi del linguaggio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- Bussani, M. (a cura di). (2006). *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli.
- Cerri, D., e Mariani Marini, A. (2007). *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*. Pisa.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge.
- Femia, P. (1996). *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*. Napoli.
- Femia, P. (a cura di). (2006). *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*. Napoli.
- Femia, P. (a cura di). (2018). *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*. Napoli.
- Furguele, G. (a cura di). (2017). *Abuso del diritto*. Napoli.
- Gambaro, A. (1988). Abuso del diritto (diritto comparato e straniero). In *Enciclopedia giuridica Treccani* (vol. I). Roma.
- Gambaro, A. (1990). *Il diritto di proprietà*. Milano.
- Irti, N. (2014). La crisi della fattispecie. *Rivista di Diritto Processuale*, 69(1), 36-44.
- Kohler, C., e Puffer-Mariette, J. C. (2014). EuGH und Privatrecht - Ein Rückblick nach 60 Jahren. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, (4), 696-739.
- Körber, T. (2004). *Grundfreiheiten und Privatrecht*. Tübingen.
- Lepore, A. (2020). Principio di solidarietà e autonomia negoziale nel sistema giuridico italiano. *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, (9).

- Lipari, N. (1968). Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. *Rivista di Diritto Civile*, I.
- Lipari, N. (a cura di). (2006). Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto. Napoli.
- Lipari, N. (2017). *Il diritto civile tra legge e giudizio*. Milano.
- Magri, G. (2012). Quale futuro per la funzione sociale della proprietà? Abbandonare Weimar per tornare a Locke? Milano.
- Magri, G. (2021). Rinegoziazione e revisione del contratto. Tribunale di Roma, Sez. VI, 27 agosto 2020. *Revista de Derecho Privado*, (41), 397-418. <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.14>.
- Magri, G. (2022). *Dallo scambio immorale allo scambio illecito. I nuovi confini dell'irripetibilità della prestazione indebita*. Torino.
- Mezzanotte, F. (2016). *Le libertà fondamentali del Trattato e il diritto privato*. Roma.
- Nicolò, R. (1964). voce Diritto civile. In *Enciclopedia del Diritto* (vol. XII). Milano.
- Patti, S. (1987). Abuso del diritto. In *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile* (vol. I). Torino.
- Pennasilico, M. (2013). Legalità costituzionale e diritto civile. In P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*. Napoli.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli.
- Perlingieri, P. (1984). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli.
- Perlingieri, P. (1986). L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata. *Rassegna di Diritto Civile*.
- Perlingieri, P. (1987). *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*. Napoli.
- Perlingieri, P. (1991). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli.
- Perlingieri, P. (2003). In tema di tipicità e atipicità nei contratti. In P. Perlingieri (a cura di), *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*. Napoli.
- Perlingieri, P. (2006). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli.

- Perlingieri, P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-europeo delle fonti*. Napoli.
- Perlingieri, P., e Femia, P. (2004). *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile* (2a ed.). Napoli.
- Perlingieri, P., e Giova S. (a cura di). (2018). *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*. Napoli.
- Perlingieri, G., e Zarra, G. (2019). *Ordine pubblico interno ed internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*. Napoli.
- Perner, S. (2013). *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*. Tübingen.
- Prisco, I. (2012). Riducibilità ex officio della penale manifestamente eccessiva. In G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*. Napoli.
- Pugliatti, S. (1964). La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera). In *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano.
- Remien, O. (2003). *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*. Tübingen.
- Rescigno, P. (1968). Per una rilettura del codice civile. *Giurisprudenza Italiana*, IV, c. 209.
- Rescigno, P. (1970). L'autonomia dei privati. In *Scritti in onore di Gioacchino Scaduto*, II, Padova.
- Rescigno, P. (1965). L'abuso del diritto. *Rivista di Diritto Civile*, I.
- Rescigno, P. (1991). *Introduzione al Codice civile*. Bari.
- Rescigno, P. (1998). I manuali di diritto privato dopo la Costituzione. *Rivista di Diritto Civile*, I.
- Rescigno, P. (a cura di). (2006). *Autonomia privata individuale e collettiva*. Napoli.
- Rodotà, S. (1960). Note critiche in tema di proprietà. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- Rodotà, S. (1964). *Il problema della responsabilità civile*. Milano.
- Rodotà, S. (1967). Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. *Rivista del Diritto Commerciale*, I.
- Rodotà, S. (1969). *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano.
- Rodotà, S. (1970). Editoriale. *Politica del diritto*, I(1).

- Rodotà, S. (1977). Poteri dei privati e disciplina della proprietà. In *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna.
- Sacco, R. (2012). Abuso del diritto. In *Digesto delle Discipline Privatistiche* (vol. VII). Torino.
- Salvi, C. (2004). Norme costituzionali e diritto privato. *Rivista Critica del Diritto Privato*.
- Sesta, M. e Cuffaro, V. (a cura di). (2006). *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli.
- Scalisi, V. (2010). Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto'. In *Europa e diritto privato*.
- Scoditti, E. (2017). Stefano Rodotà e i giovani civilisti degli anni Sessanta. *Questione Giustizia*. https://www.questionegiustizia.it/articolo/stefano-rodota-e-i-giovani-civilisti-degli-anni-sessanta_20-09-2017.php
- Tamponi, M., e Gabrelli, E. (2006). *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli.
- Zoppini, A. (2016). Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico). In F. Mezzanotte (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*. Roma.
- Zoppini, A. (2022). Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, numero speciale.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Magri, Geo, "Il rapporto tra diritto civile e costituzione nell'esperienza giuridica italiana", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 13, núm. 28, julio-diciembre de 2025, e21056. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21056>

APA

Magri, G. (2025). Il rapporto tra diritto civile e costituzione nell'esperienza giuridica italiana. *Revista de Derecho Privado*, 13(28), e21056. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21056>

Revisión del derecho familiar: de un canon tradicional a su constitucionalización con un enfoque en derechos humanos

Revision of Family Law: from a Traditional Canon to its Constitutionalization with a Focus on Human Rights

Reina Libertad Gamero Palafox

<https://orcid.org/0000-0003-4693-1794>

Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. México

Correo electrónico: reina_gamero@uaeh.edu.mx

Juan Antonio Taguenca Belmonte

<https://orcid.org/0000-0002-9465-9951>

Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. México

Correo electrónico: taguenca@uaeh.edu.mx

Recepción: 27 de octubre de 2025

Aceptación: 26 de enero de 2026

Publicación: 12 de marzo de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.20666>

Resumen: Se propone un análisis respecto al contenido y alcance del derecho familiar, desde un cuestionamiento en torno a la familia y el planteamiento de un paradigma de derechos humanos. En forma específica se consideran el derecho humano a la familia, así como el derecho humano al cuidado, en el ámbito del sistema jurídico mexicano. Desde algunos conceptos propios del feminismo se cuestiona el canon tradicional del derecho familiar y su carácter excepcionalista que no problematiza las relaciones familiares como jerarquizadas y por tanto susceptibles a reproducir desigualdades sociales, así como a normalizar un modelo único de familia. Para el planteamiento de la familia como un derecho humano se cuestiona la definición de familia, comúnmente identificada como una institución perenne de las civilizaciones occidentales cuando en la actualidad es evidente su dinamicidad. El cuestionamiento a la idea de familia, desde una perspectiva de género, conlleva la pregunta de quién o quiénes serán titulares de ese derecho humano. Mientras que, al referir cuidado como derecho humano, se retoma la definición de cuidado y la forma en que se distribuyen los cuidados en la sociedad y al interior de las familias, pues ello implica relaciones de poder y muchas veces la reproducción de un mandato de género. Estos elementos se ubican dentro del sistema jurídico mexicano como parte de la denominada constitucionalización del derecho familiar que con nuevos desarrollos sobre fi-

guras del derecho familiar permite visibilizar relaciones de cuidado y dar cuenta de una transformación de la definición de familia, así como de las relaciones, los derechos y las obligaciones de sus integrantes.

Palabras clave: constitucionalización del derecho familiar; cuidado; derecho familiar; derechos humanos; familia; feminismo; precedente judicial.

Abstract: This paper proposes an analysis of the content and scope of Family Law, based on a critical examination of the family and the formulation of a human rights paradigm. Specifically, it considers the human right to family and the human right to care within the framework of the Mexican legal system. From some concepts specific to Feminism, the traditional canon of Family Law and its exceptionalist character are questioned, which does not problematize family relationships as hierarchical and therefore susceptible to reproducing social inequalities, as well as normalizing a single model of family. The argument for family as a human right challenges the definition of family, commonly identified as a perennial institution of Western civilizations, when its dynamism is evident today. Questioning the idea of family from a gender perspective raises the question of who will be entitled to this human right. Whereas, when referring to care as a human right, the definition of care is revisited, as well as the way in which care is distributed in society and within families, since this implies power relations and often the reproduction of a gender mandate. These elements are located within the Mexican Legal System as part of the so-called Constitutionalization of Family Law, which, with new developments on figures of Family Law, allows to make visible relationships of care and to account for a transformation of the definition of family, as well as the relationships, rights and obligations of its members.

Keywords: constitutionalization of family law; care; family law; human rights; family; feminism; judicial precedent.

I. Introducción

En México, la identificación de la familia como un elemento central en la vida de los actores sociales suele ser un denominador común para buena parte de la sociedad. Tradicionalmente se suele considerar a la familia como una institución fundamental que ha de protegerse, como un elemento fundamental de la sociedad. Si bien ese discurso puede ser adecuado y propio de un Estado de derecho, esto dependerá de que dicha protección, y en general, la regulación de las relaciones familiares se efectúe desde una perspectiva de derechos humanos.

Este artículo propone un análisis respecto al contenido y alcance del derecho familiar desde el cuestionamiento a la idea de familia y el planteamiento de un paradigma de derechos humanos.

En los subsecuentes apartados se pretende explorar en qué medida el derecho familiar es conforme a una perspectiva de derechos humanos, para lo cual se retoman propuestas teóricas y jurídicas que definen a la familia y al cuidado como derechos humanos.

En el análisis de la familia y del derecho familiar, desde un enfoque de derechos humanos, se incluyen algunos elementos o categorías propias del feminismo, mismas que permiten discutir si el acceso a derechos humanos en el contexto de las relaciones familiares se norma de forma equitativa, así como si el respeto y protección no queda limitado debido a dinámicas propias de un sistema sexo-género. Como parte de la reflexión que se hace del contenido y alcance del derecho familiar, se dará cuenta de su clasificación tradicional dentro del sistema jurídico mexicano como una rama del derecho privado.

La división del derecho en privado, público y social y la inclusión del derecho familiar como derecho privado se retomará como parámetro de comparación, que permita contextualizar el cuestionamiento central al contenido, características, alcances y figuras contempladas en un canon tradicional del derecho familiar; se incluyen algunas reflexiones y precisiones dogmáticas respecto a la identificación del derecho familiar como rama del derecho privado y las propuestas para considerarlo una rama del derecho social o de un género diferente al privado y al público.

De lo anterior y de la referencia a algunas figuras jurídicas, se propone sustentar la denominada constitucionalización del derecho familiar, desde una perspectiva de género y de derechos humanos.

II. Desarrollo

Conforme a lo propuesto, a continuación, se cuestionarán algunos elementos que han caracterizado la regulación de las relaciones familiares en el sistema jurídico mexicano. Posteriormente, se desarrollan argumentos que han llevado a dimensionar la familia y el cuidado como derechos humanos. Todo lo cual, se postula, ha propiciado el surgimiento de un nuevo derecho familiar.

La propuesta metodológica seguirá una línea crítica desde lo teórico conceptual, que englobe elementos propios no solo de la ciencia jurídica y la revisión doctrinaria, sino desde las ciencias sociales, con la recuperación y aplicación de categorías propias de la teoría feminista y de teorías del cuidado, para correlacionarlas a lo normativo jurisprudencial, desde estándares internacionales y en la subsecuente exposición y análisis de figuras e interpretaciones del derecho familiar contenidas en precedentes judiciales. Con todo lo anterior, se enriquecerá el cuestionamiento básico a la idea tradicional de familia, para dar cuenta de una transformación en la que se sustenta el supuesto de investigación de un nuevo derecho familiar.

1. *El canon del derecho familiar*

La revisión que se propone del derecho familiar parte de su definición y delimitación dentro del sistema jurídico mexicano: se trata de una rama del derecho que regula las relaciones entre los familiares, sus derechos y obligaciones. Su objeto es regular

las relaciones jurídicas familiares, determina los derechos y responsabilidades legales derivadas de la situación familiar. [...] decide quién cuenta como miembro legal de la familia y quién no, cómo se inician y terminan las relaciones jurídicas familiares, y qué significa [legalmente] ser un miembro de la familia. (Espejo Yaksic, 2020, p. 355)

Como parte del sistema jurídico, en tanto regula relaciones entre particulares, se le ha ubicado tradicionalmente como una rama del derecho privado, lo que supone que el Estado no tiene injerencia o participación en dichas relaciones. Como parte del cuestionamiento al derecho familiar, resulta interesante analizar su ubicación dentro del derecho privado, en la medida en que ha determinado la lectura que se hace de su naturaleza y alcances.

Esa identificación ha llevado a la conformación de un canon del derecho familiar excepcionalista que es preciso cuestionar, para visibilizar que esa regulación tradicional de las relaciones familiares ha resultado determinante y muchas veces perjudicial para

un pleno ejercicio de derechos humanos y fundamentales al interior de las familias y, consecuentemente, en distintos ámbitos de la sociedad.

La conceptualización de familia, sus significaciones, estructura, funciones, roles e incluso la forma de resolver conflictos han quedado relegados a la esfera privada para constituir un canon excepcionalista.

Bajo la premisa de que se regulan relaciones íntimas o del orden privado, se ha favorecido cierto desentendimiento de la norma jurídica respecto a las desigualdades y relaciones de dominación que se pueden dar al interior de las familias; con base en estereotipos y roles de género que dan poco margen de elección e incluso obstaculizan el desarrollo pleno de las personas y especialmente el de las mujeres.

Entre las consecuencias de ello se tiene que el canon del derecho familiar ha sido una herramienta de opresión pues, como lo desarrolla Alma Beltrán y Puga, ha sancionado “formas explícitas y muchas veces sutiles, en que las normas familiares producen, reproducen, demarcan y evaden la diferencia social” (Beltrán y Puga, 2018, p. 237).

En tanto dicho canon no atiende a factores de clase, raza, género y condición social ni permite problematizar las relaciones familiares como jerarquizadas que llevan inclusive a reproducir desigualdades sociales (Espejo Yaksic, 2020, p. 30), el mismo ignora o invisibiliza relaciones desiguales, reproduce un modelo de género tradicional, normaliza un modelo de familia (heterosexual) y favorece ciertos arreglos familiares y a ciertos miembros de la familia frente a otros. A la par, se construye un mito de la domesticidad que, como se revisará, ayuda a normalizar una división sexual de los cuidados al interior de las familias.

Estas características lo convierten muchas veces en un elemento que reproduce el sistema-sexo género¹ y que por lo tanto es nece-

¹ Se retoma la acepción de Gayle Rubin, citada por Cristina Molina de sistema-sexo género como sistema de organización social y “conjunto de disposiciones por el cual una sociedad transforma el sexo biológico en productos de la actividad humana y el modo en que esa transformación se lleva a cabo” (Molina, 1994, p. 170).

sario cuestionar y transformar. Como queda expresado en la frase *lo personal también es político*, la regulación de las relaciones familiares también debe atender a un enfoque de derechos humanos y de perspectiva de género que permita superar visiones esencialistas y tradicionales en torno a las relaciones familiares. A la par de la crítica al canon tradicional del derecho familiar, desde un enfoque de derechos humanos y la aplicación de conceptos sociológicos de la teoría feminista, desde la dogmática jurídica se siguen debates acerca de su naturaleza y si debe ser considerado una rama del derecho privado, del derecho social o de un género diverso.

Como ya se señaló, primigeniamente, el derecho familiar se caracterizó como privado conforme la premisa de que las relaciones jurídicas que se regulan se encuentran sustentadas en la autonomía de la voluntad y “la intervención de los órganos de Estado sólo es auxiliar en la aplicación de las normas para el goce, ejercicio, reconocimiento y exigibilidad de los derechos, deberes y obligaciones derivados de los vínculos familiares” (Pérez Contreras, 2010, p. 26). Empero, más allá de que se pueda coincidir en el elemento voluntarista que origina relaciones y obligaciones familiares, el contenido de aquellas va más allá de la voluntad de quienes tienen vínculos familiares: si bien el Estado no es parte de las relaciones que interesan al derecho familiar, la dinámica de aquellas no queda al libre arbitrio de las personas y no puede equiparse a la naturaleza igualitaria y autónoma de las relaciones y obligaciones que se dan dentro del derecho civil bajo principios contractualitas.

En ese orden se ideas, desde la dogmática jurídica se ha propuesto incluir al derecho familiar dentro del derecho social, pues se considera que su fin es proteger la familia, como un ente que requiere especial protección por parte del Estado mexicano, lo que ya ha sido reconocido a nivel constitucional y en convenios y tratados internacionales. Desde estas posturas se concluye que “conforme a sus principios, normas, instituciones y fuentes, su naturaleza [del derecho familiar] es social, por tanto, se ubica como rama del derecho social (Magaña Martínez y Sosa y Silva García, 2019, p. 17).

El derecho social engloba normas que establecen una mayor protección para clases o grupos sociales que histórica y socialmen-

te se encuentran en desventaja frente a otros, como herramienta para nivelar tal circunstancia.

Si bien, como los autores citados (Magaña Martínez y Sosa y Silva García, 2019, p. 21), se considera que la naturaleza jurídica del derecho de familia es de interés público y no privado, debido a la trascendencia social de la familia, se guarda cierta cautela respecto a la idea de que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad, en la medida que a partir de ello se pueda sancionar una postura intervencionista del Estado que permita naturalizar, privilegiar o normalizar un esquema de familia frente a otras formas de conformar familia y con ello se limite indirectamente el libre desarrollo de las personas. Se busca evitar una injerencia del Estado que limite de alguna forma el libre desarrollo de la personalidad o establezca una protección limitada para ciertas formas de familia, como históricamente sucedió al no reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, o cuando se caracterizó y legitimó al matrimonio como la forma en que las personas deben vincularse, frente al concubinato, por no ser la forma socialmente más aceptable.

La visión del derecho familiar como derecho social, resulta acorde a la propuesta que se construye en la medida que se reconozca la existencia de dinámicas familiares que no son horizontales pues sus integrantes no se encuentran en un plano de igualdad real; sino en circunstancias de poder desiguales, marcadas por su género, su edad, sus capacidades, su estatus socioeconómico, entre otros; lo que hace necesario incluir normas desde un enfoque que garanticen la igualdad real entre quienes conforman familia, por ejemplo, atender al interés superior de las niñas, niños y adolescentes, así como a una perspectiva de género al regular y dirimir las relaciones y obligaciones de carácter familiar. Del debate en torno a la naturaleza del derecho familiar se retoma una tercera propuesta según la cual sería un “tercer género de orden público, colectivo, general, no económico, excepcionalmente patrimonial, donde la voluntad particular no tiene cabida” (Guitrón Fuentevilla, 2017, p. 271).

Ningún acto jurídico de derecho familiar puede resolverse con base en la autonomía de la voluntad, pues se trata de normas imperativas, inderogables, eficaces, que ordenan, aun en contra

de la voluntad particular. Se construye la premisa de que la protección a la familia como institución abstracta ha de estar supeitada a la protección de las personas que la integran; por lo que, como se expone a continuación, el cuestionamiento que se propone se centra en una perspectiva de derechos humanos.

2. Derecho familiar desde un enfoque de derechos humanos

Como uno de los principales avances de la humanidad y desde el reconocimiento a la dignidad intrínseca del género humano, cualquier sistema jurídico debe basarse y responder a un paradigma de derechos humanos. En el caso del sistema mexicano la conformación de dicho paradigma se define a nivel internacional con el establecimiento de un sistema universal, así como de un sistema interamericano de derechos humanos; mientras que, desde el derecho interno, es preciso referir la reforma constitucional en materia de derechos humanos efectuada en 2011.²

A partir de esa reforma, se habla de la conformación de un *bloque de constitucionalidad* pues aun cuando los derechos humanos³ ya estaban contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los principios de progresividad, universalidad, indivisibilidad e interdependencia son elementos fundamentales de un paradigma de derechos humanos y esenciales en la construcción de un Estado de derecho, a la par de herramientas hermenéuticas como la interpretación conforme⁴ y el principio *pro persona*.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2017, Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³ Es una simplificación común pensar que previo a la reforma constitucional de 2011 no se tenían o reconocían los derechos contenidos en los tratados internacionales, cuando la redacción del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya contemplaba su obligatoriedad. Precisión que se refiere pues en la medida que se contextualizan las diversas reformas legales, se comprenden mejor sus motivaciones y las normas implicadas.

⁴ El control constitucional de normas generales (difuso o concentrado por cuanto al tribunal supremo del país) se posibilita a partir de una interpretación conforme mediante la que “el tribunal constitucional, al analizar la constitucionalidad de la ley, se abstiene de declararla inconstitucional

Estos principios son pautas para todas las autoridades en el ejercicio de sus competencias, que deben de reconocer, garantizar y proteger derechos humanos, sin que se justifique que se exente de esa protección la esfera de la vida privada de las personas o esa protección se entienda limitada al espacio público.

Desde el constitucionalismo democrático, como explica Ferrajoli, los derechos humanos tienen su fundamentación axiológica en la igualdad en su titularidad y son condición necesaria para la convivencia pacífica (Massini-Correas, 2020, p. 148); por lo que es contrario a su lógica pretender compaginar una idea o paradigma de protección de derechos humanos con una norma que transige, permite o sanciona un sistema patriarcal que genera opresión y que por tanto excluye a una parte de la población del ejercicio de sus derechos, con base en una cuestión de género.

La obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos es conglobante a los tres poderes de la Unión, en el ejercicio de cada una de sus facultades y atribuciones: entre estas, al momento de legislar, de interpretar normas jurídicas, así como de aplicarlas o dirimir controversias. Con relación al derecho familiar, esta obligación implica un deber de legislar desde una perspectiva de género, pero también de interpretar y aplicar las normas familiares conforme a derechos humanos.

La aplicación de un enfoque basado en derechos humanos no se puede limitar a ciertas normas del derecho, por lo que se revisa la familia y las normas que lo regulan para referirnos específicamente al derecho humano a la familia y al cuidado.

A. La familia como derecho humano

La familia es una institución fundamental, por su importancia se estudia desde su diversidad hasta sus problemáticas, pero generalmente se hace con el objetivo de resolver o solventar necesidades o conflictos que se presentan al interior de las familias,

si dentro de las interpretaciones jurídicamente posibles hay una que haga a esta norma general conforme a la Constitución, adecuada a la Constitución, compatible con la Constitución” (Zaldívar Lelo de Larrea, 2016, p. 126).

mas no para generar un cuestionamiento en torno a la institución de la familia en sí misma. De entre los diversos cuestionamientos que se pueden hacer a la institución de la familia interesa retomar los que se hacen desde nociones de género y teóricas feministas; pues las mismas han logrado evidenciar situaciones estructurales de desigualdad.

Como primer elemento para rastrear desigualdades al interior de la familia se utiliza la idea del patriarcado, que Iliana Benítez Jiménez explica como una forma de ordenamiento social en la que el hombre es poseedor del poder. La autora recurre a la propuesta de Engels respecto al origen del patriarcado desde la aparición de la propiedad privada, cuando la afiliación dejó de ser por línea materna y la mujer fue sometida por la más estricta monogamia y la división sexual del trabajo.

En tanto el hombre se vuelve dueño de los medios de trabajo y padre de familia, la familia monógama se vuelve en fundamento para la subordinación de la mujer aun cuando no sea algo biológicamente determinado. Desde esa lectura, el derrote del sexo femenino estuvo dado por la aparición de la propiedad privada y acaso de la familia (Benitez Jiménez, 2001, p. 91). Como lo explica Silvia María Morales Gómez, la institución de la familia patriarcal relegó a la mujer a la sombra por muchos siglos, desde el punto de vista personal y legal (Morales Gómez, S. M., 2015, p. 131).

El feminismo permite cuestionar y criticar prácticas, discursos y representaciones que de lo contrario se seguirán reproduciendo con consecuencias de opresión y vulneración a las personas en función de la simbolización cultural de la diferencia sexual. De ahí que el propósito es aplicar algunos conceptos de teorías feministas, para lograr el cuestionamiento al objeto propuesto de la familia y su regulación jurídica.

Desde el feminismo radical se retoma la idea de opresión y, entre los distintos sistemas de dominación y subordinación por los que unas personas dominan a otras, se identifica la estructura del género y el sistema de patriarcado, el más poderoso y duradero de desigualdad (Lengermann, 1997, pp. 384-386). Como parte del sistema sexo-género se perpetuó una idea tasada de familia, heteropatriarcal, cisgénero y nuclear, vinculada por lazos de compañerismo, donde existe satisfacción de la vida sexual y afectiva, pero

la crianza y educación de los hijos es una tarea del núcleo doméstico, entiéndase preponderantemente las mujeres.

De lo anterior se busca problematizar, cuestionar y redefinir a la familia para hacer una lectura en clave de perspectiva de género de las relaciones familiares. El cuestionamiento a la idea esencial de familia requiere de una revisión al derecho familiar en clave feminista, con la aplicación de un control convencional y constitucional, que examine la definición de familia, así como la cargas y derechos producto de las relaciones familiares. El paradigma de derechos humanos obliga a tener una perspectiva feminista que visibilice y también combata el sistema sexo-género.

El cuestionamiento a las bases que sostienen el canon del derecho familiar no implica desconocer la relevancia social de la familia pues no se busca eliminar la idea de familia como elemento fundamental de la sociedad, tal como se encuentra reconocido a nivel internacional,⁵ sino más bien preguntarse de qué se habla cuándo se habla de familia; en la medida que la definición que se construya debe ser acorde a un paradigma de derechos humanos y a una perspectiva feminista.

Con relación a la familia, los Estados tienen la obligación convencional de protegerla, pero esta protección no puede entenderse limitada a un tipo de familia en particular, ni a la protección de la

⁵ Entre los instrumentos internacionales que permiten considerar a la familia como la base social cuya protección queda a cargo del Estado, se menciona: · La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 define a la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad. Establece el derecho del hombre y de la mujer para casarse y fundar una familia, el derecho a la igualdad en el matrimonio y el libre consentimiento en este.

· La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (art. 17.1) como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (art. 15.1) se define a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

· Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) se considera a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, concediéndole el derecho a la protección de la misma sociedad y del Estado.

familia como institución social, en detrimento a los derechos humanos de cada una de las personas que la integran. Al referirse a la familia como un derecho humano, habrá que cuestionarse quién o quiénes serán beneficiarios de ese derecho; por un lado, la familia, pero, como parte de esta, mujeres, hombres, personas adultas mayores, personas con discapacidad, niñas, niños, adolescentes. Quienes se encuentran en relaciones de cuidado, de parentesco, conyugales o de filiación; y no suelen encontrarse en un plano de igualdad pues el capital social, cultural y económico que poseen, e incluso su género, edad, preferencia sexual o nivel académico pueden implicar un desequilibrio con relación a los demás miembros de cada familia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como norma suprema protege a la familia como principio, pero no regula su creación o disolución ni establece un concepto de familia; sólo el deber legal de proteger su organización y desarrollo, esto es, le reconoce como sujeto de protección:

El derecho a la protección de la familia se reconoció textualmente hasta la reforma de derechos humanos de 2011, en el artículo 29 constitucional, como uno de los derechos que no puede restringirse o suspenderse. Vale destacar que de la exposición de motivos se desprende que el listado de los derechos que no pueden suspenderse fue extraído directamente del artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Orozco y Villa, 2022, p. 365).

Por otro lado, es preciso reconocer el papel del derecho en la conformación de las familias, en la medida en que las normas jurídicas no solo regulan, sino que pueden reconfigurar la realidad social.

Ello implica que, además de reconocer a la familia como un derecho humano, se debe evitar cualquier esencialización de la misma, que pueda ayudar a reproducir desigualdades de género y por tanto limite el libre desarrollo de las personas y especialmente de las mujeres.

Se propone una redefinición que se desligue de un pronunciamiento respecto a quiénes o cómo deben o pueden conformar una familia; por el contrario, se ha de reconocer su flexibilidad, di-

namidad y objetivo (más allá de visiones dogmáticas) en el pleno e igualitario desarrollo de sus integrantes, como lo propone Silvia María Morales Gómez (2015):

La familia es el grupo social primario donde hombres y mujeres encontramos los satisfactores básicos de nuestras necesidades. Es esencialmente un grupo dinámico cuyas relaciones al interior y al exterior delimitan características culturales —en las que van incluidos los diferentes tipos de normatividad— de la comunidad en que se desarrollan y, al mismo tiempo, hace que los hombres y mujeres que la integran hagan suyos los valores, también culturales, que se perfilan en esa comunidad. (p. 150)

B. El cuidado como derecho humano

La idea del cuidado implica denunciar su invisibilización, así como la inequitativa distribución y falta de reconocimiento y retribución de las labores de cuidado al interior de las familias. Para entender la amplitud, complejidad e importancia de los cuidados en el ámbito del derecho familiar se parte de la definición de cuidado de Fisher y Tronto, citada por Rosario Aguirre, Natalia Genta y Valentina Perrotta como “actividad específica que incluye todo lo que hacemos para mantener continuar y reparar nuestro mundo de manera que podamos vivir en él también como sea posible” (Aguirre et al., 2014, p. 48).

A nivel internacional se han generado importantes avances y debates desde las ciencias sociales y lo jurídico sobre cuidado, para impulsar su reconocimiento como derecho humano. De una forma implícita, se incluyó en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 2006) una visión más allá de la obligación de las familias, a cargo del Estado, por cuanto a las personas con discapacidad y en situaciones de pobreza.

Un hito importante fue el Consenso de Santo Domingo (2013), en el que se reconoce el cuidado como un derecho de las personas y, por lo tanto, como una responsabilidad que debe ser compartida por hombres y mujeres de todos los sectores de la sociedad, las familias, las empresas privadas y el Estado (Navarro y Rico, 2013, p.

181) por lo que este debería adoptar medidas, políticas y programas de cuidado. Si bien la revisión de los adelantos jurídicos a nivel internacional para el reconocimiento del cuidado como un derecho humano no es el tópico central de este artículo, es necesario mencionar la Opinión Consultiva 31/2025, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12 de junio de 2025, en la que dicho tribunal internacional reconoció explícitamente un derecho autónomo al cuidado:

113. Este Tribunal reitera que el cuidado constituye una necesidad humana universal y una condición indispensable para gozar de una existencia digna. En consecuencia, la Corte considera que el derecho autónomo al cuidado comprende el derecho de toda persona de contar con el tiempo, espacios y recursos necesarios para brindar, recibir o procurarse condiciones que aseguren su bienestar integral y le permitan desarrollar libremente su proyecto de vida, de acuerdo con sus capacidades y etapa vital. En esta lógica, el cuidado tiene como propósito no solo la subsistencia de las personas cuidadas y aquellas que cuidan, sino su realización y consecución de su proyecto de vida, reforzar la autonomía personal e inclusión en la comunidad a través de las labores de cuidado. Este derecho se rige por el principio de corresponsabilidad social y familiar, pues los cuidados recaen solidariamente sobre la persona, la familia, la sociedad y el Estado. (Opinión Consultiva, 2025)

El cuidado es presupuesto para la subsistencia y el desarrollo de la vida. En diversos momentos de nuestra existencia, todas y todos necesitamos cuidados y podemos proporcionarlos pues son presupuesto para una existencia digna, y desarrollo pleno.

Plantear el cuidado como un derecho humano implica considerarlo con relación a las personas que precisan el cuidado y a las personas que son cuidadoras. Su reconocimiento como tal implica la correlativa obligación a cargo del Estado de garantizar el derecho a recibirlos acorde a las circunstancias y momentos del ciclo vital de cada persona, pero también garantizar el derecho a proporcionar cuidados, o a decidir no cuidar.

Conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y en los términos que argumenta Karina Batthyány, por tratarse de un derecho humano, el Estado

debiera garantizar el acceso a cuidados de buena calidad “de forma independiente a los vínculos familiares y a las posibilidades económicas que existan en esos hogares” (Perrotta, 2021, p. 86), así como a la lógica del mercado.

Los elementos que caracterizan el cuidado como un derecho humano se pueden contrastar con las definiciones, características y funciones que se asignan a la familia, como institución que proporciona cuidados. Lo anterior implica un nuevo cuestionamiento al derecho familiar, centrado en la distribución, el reconocimiento y la remuneración del trabajo de cuidado.

La familia suele ser un elemento central para solventar las necesidades de cuidado, en el caso del Estado mexicano (como también sucede en buena parte del mundo y específicamente en América Latina), el mercado y la comunidad son solo subsidiarios a la labor que desempeñan las familias.

Al relacionar el cuidado con los derechos humanos, se les separa del enfoque asistencialista y, al menos en teoría, se vuelven exigibles. El cuidado debe ser universal y por lo tanto garantizado a todas y todos por medio de arreglos institucionales y presupuestarios:

garantizar el derecho al cuidado, en tanto derecho universal y propio de cada ciudadana y cada ciudadano, amplía la esfera de exigibilidad de cada persona hacia los distintos ámbitos (estatales y privados) y posibilita un cambio en la dinámica del cuidado. (Pautassi, 2007, p. 19)

Sin embargo, mientras el acceso a los cuidados no sea universal ni igualitario, la organización social de los cuidados implica y reproduce relaciones asimétricas, que también se evidencian al interior de las familias. Al respecto, se retoma la idea de Javier Pineda Duque, quien conceptualiza a la familia como un campo de cuidado y aplica el concepto de campo en la explicación de los campos de cuidado, como espacios específicos ocupados por distintos actores donde se proveen o demandan cuidados:

Los elementos que más influyen en la configuración del cuidado en las familias están relacionados primero, con la estructura misma de los hogares, dada su amplia diversidad y dinámica, y segundo,

con los arreglos de género que hacen sus integrantes frente a las labores de cuidado. (Pineda Duque, 2020, p. 142)

En la mayoría de las familias mexicanas, quienes se encargan del cuidado de las y los niños son las madres, tal como lo señala la revista *Forbes*, en el artículo publicado en 2023, El 75 % de las personas que brindan cuidados del hogar en México son mujeres: INEGI.⁶ La primera Encuesta Nacional para el Sistema de Cuidados (Enasic) que realizó el INEGI, reveló que el 75.1 % de las personas que están a cargo de brindar cuidado en el hogar son mujeres, mientras que sólo el 24.9 % son hombres.

Cada familia determina la forma en que se distribuyen los cuidados; empero, inmersos en la lógica de un sistema sexo-género, se suele hacer de forma tradicional, poco equitativa y contraria a un principio de justicia o del libre desarrollo de las personas.

Esta distribución que invisibiliza y desvaloriza los cuidados ha sido sancionada o al menos invisibilizada en el referido canon del derecho familiar desde la idea tradicional de familia y el llamado mito de la domesticidad, propio del mandato de género que expone Isabel Cristina Jaramillo en *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*:

El mito de la domesticidad se basa en ideas que no encuentran sustento en la realidad: que todos los seres humanos, y particularmente las mujeres, pueden realizar adecuadamente y además disfrutan las tareas domésticas; que es más eficiente que cada unidad doméstica se encargue de todas las tareas, y que todos los seres humanos, particularmente las mujeres, están igualmente capacitados para cuidar y educar niños. (p. 341)

En función a esa división sexual del trabajo cuando las mujeres cuidadoras quieren (o bien, necesitan) desenvolverse profesional o laboralmente en la esfera pública, deben prever quién las pueda sustituir en las actividades de cuidado, frecuentemente otros miembros de su familia, también mujeres.

⁶ El 75 % de las personas que brindan cuidados del hogar en México son mujeres: Inegi. (2023, octubre 3). <https://www.forbes.com.mx/el-75-de-las-personas-que-brindan-cuidados-del-hogar-en-mexico-son-mujeres-inegi/>

Otra opción es pagar a otras mujeres para que desarrollen actividades de cuidados por ellas, lo que lleva a mencionar la situación particular de las trabajadoras del hogar:

Las trabajadoras del hogar siguen siendo una de las poblaciones más precarizadas del mundo laboral. El sexismo, racismo y clasismo estructurales han impedido que gocen de sus derechos humanos, a pesar de que ellas se han organizado para que les sean reconocidos.⁷

Al desentramar estos elementos en torno al cuidado, se cuestionan las relaciones que se dan al interior de la familia y si estas permiten a quienes la integran, el ejercicio pleno o equitativo de sus derechos humanos. Aun cuando el Estado debería actuar como garante, al regular las relaciones familiares, se ha deslindado de las actividades de cuidado o de su reconocimiento; con lo que implícitamente ha sancionado o ignorado la división sexual de los cuidados en las familias como una actividad delegada naturalmente a las mujeres.

Mientras la sociedad en general parecía infravalorar el cuidado desde las normas jurídicas, se desdibuja el cuidado al no incluir una regulación específica al respecto o sancionar el mito de la domesticidad.

Contrario a ello, la regulación del derecho familiar desde una perspectiva de derechos humanos debe incluir la regulación del cuidado al interior de las familias, pues es necesario implementar medidas que impliquen revalorizar los cuidados como un derecho y permitan la redistribución del cuidado y su justa retribución, basadas en la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

La constitucionalización del derecho familiar parte de un paradigma de derechos humanos que aplique una perspectiva de género y coloca al cuidado y a la familia como derechos humanos —cuya protección queda a cargo del Estado—; con lo que el mencionado canon tradicional es superado, por ser insuficiente y ale-

⁷ Tomado de artículo titulado “La realidad de las trabajadoras del hogar en México, avances y desafíos pendientes”, abril de 2022. <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/La-realidad-de-las-trabajadoras-del-hogar-en-Mexico-20220406-0085.html>

jado de los fines de justicia, bienestar social, igualdad o libertad; se traza un Nuevo derecho familiar.

3. *Un nuevo derecho familiar*

Como lo explica Ana Laura Magaloni Kerpel, el derecho es dinámico, no es algo dado, atemporal o descontextualizado. Un sistema jurídico no es inmutable, “las normas generales y los propios precedentes van adquiriendo nuevos contenidos y significados en el curso de los procesos jurisdiccionales” (Camarena González, 2022, p. 71). Esta aseveración aplica por cuanto al contenido y naturaleza del derecho familiar, así como al sistema jurídico mexicano en general.

La reforma judicial del 2021⁸ en materia del Poder Judicial federal⁹ llevó a reconceptualizar las fuentes formales del derecho y específicamente el concepto tan asimilado de jurisprudencia, para transitar a un sistema de precedentes, explicado el precedente por Alejandra Martínez Verástegui como “una decisión judicial anterior relevante para la decisión de casos futuros” (Camarena González, 2022, p. XIX). Posicionar el precedente obligatorio como fuente formal en el sistema jurídico mexicano, transforma la cultura jurídica; pues las y los operadores jurídicos habrán de sustentar

⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de marzo del 2021, Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación.

⁹ El Poder Judicial de la Federación está facultado para crear precedentes que vinculan a todas las autoridades judiciales del país de cinco formas: 1) por precedentes obligatorios; 2) por reiteración; 3) por contradicción de criterios; 4) al resolver acciones de inconstitucionalidad, y 5) al resolver controversias constitucionales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mucho ha cambiado en su integración, pero también en su naturaleza y funciones, por lo que Rodrigo Camarena González la adjetiviza como un híbrido multifuncional: “La Corte opera como una corte extraordinaria de casación, un órgano cúspide en sistemas semidifuso y difuso de control de la constitucionalidad, y un tribunal constitucional de inspiración kelseniana; está facultada para revisar asuntos de legalidad y de constitucionalidad de órganos judiciales inferiores y resolver amparos en revisión por competencia originaria, y ejerce control concentrado de constitucionalidad” (Camarena González, 2022, p. 484).

sus decisiones no sólo en los argumentos y pruebas de las partes, acorde al contenido de las normas aplicables, sino a la *ratio decidendis* contenida en los precedentes.

Si bien todo el sistema jurídico puede ser revisado desde el paradigma de derechos humanos, a partir de un control de convencionalidad y bajo las gafas del feminismo; un caso particular es el derecho familiar, que logra alejarse del excepcionalismo que lo emparentaba con discursos esencialistas, creacionistas e incluso religiosos.

En la conformación de un sistema de precedentes, conforme al mandato constitucional,¹⁰ la labor de los órganos juzgadores federales en la impartición de justicia en materia familiar responde a nuevas realidades o quizá a realidades sociales que antes no se reconocían. Este cambio se identifica preponderantemente en torno a cuatro áreas específicas, “la igualdad de género; la orientación sexual y el matrimonio; la identidad de género, y los derechos de los niños dentro de las relaciones familiares” (Espejo Yaksic, 2020, p. 33), en la denominada constitucionalización del derecho familiar.

Los cambios a las figuras fundamentales del derecho familiar implican un proceso dialógico pues su constitucionalización ha implicado:

- I. Una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar;
- II. la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para

¹⁰ Artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...].

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción (párrafo reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 06 de junio de 2011, 11 de marzo de 2021).

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas (párrafo adicionado, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de marzo de 2021).

la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional, y

III. el desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto). (Espejo Yaksic, 2020, p. 9)

Es el surgimiento de nuevas figuras en el derecho familiar, así como la redefinición de otras propias del canon tradicional. Entre dichas figuras jurídicas se incluye la equiparación del matrimonio y el concubinato; el reconocimiento y retribución de los cuidados no remunerados, con el establecimiento de un derecho a recibir una pensión o indemnización compensatoria;¹¹ la redefinición de las relaciones filiales, a partir de una idea de voluntad procreacional; el reconocimiento del interés superior del menor, como eje rector en cualquier asunto, proceso o actuación que intervengan niñas, niños y adolescentes; la eliminación del absolutismo parental; así como la obligación de aplicar una perspectiva de género como herramienta metodológica al resolver controversias familiares.

Por su parte, Nicolás Espejo Yaksic explica esta transformación al derecho con relación a la agencia de las personas al interior de las familias y el reposicionamiento y reconocimiento de las mujeres, así como de las infancias:

a) los procesos de individualización y la agencia individual; b) el nuevo estatus legal de la mujer y, en general, de las identidades de género; c) el reconocimiento de la subjetividad legal de la infancia (sus derechos) y; el desacoplamiento entre parentalidad y reproducción natural, dados los avances tecnológicos. (Espejo Yaksic, 2020, p. 10)

Como fenómeno jurídico social dicha constitucionalización no es un hecho aislado de México, sino resultado de cambios en los

¹¹ El pago de una pensión alimenticia en un juicio de divorcio permite materializar el “derecho a la igualdad entre cónyuges, previsto no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto” (Orozco y Villa, 2022, p. 141).

paradigmas que trastocan las estructuras patriarcales y llevan a repensar las relaciones de familia, infancia y adolescencia en clave de derechos humanos en distintas sociedades.

Es así como este proceso de transformación lleva a cuestionar qué es lo que debe proteger, reglar, permitir y promover el derecho familiar; con la misma deconstrucción del concepto de familia, ya no como algo dado, sino como el resultado de ciertos procesos y contextos.

[Son] normas jurídicas que consagran un “sistema de representación”, de acortar la brecha entre derecho y realidad al plasmar cuan auténticas conquistas, muchas de las luchas de las feministas y los colectivos de diversidad de género.

Una herramienta legal hábil para empoderar a las mujeres y a las identidades de género constituyendo —en los términos del filósofo del derecho argentino Cárcova que utilizamos al inicio de este trabajo— “un mecanismo de contestación política y cambio social. (Salituri Amezcuea y Herrera, 2018, p. 72)

Además de los elementos teóricos y normativos referidos, son relevantes los criterios —tesis, jurisprudencias, precedentes— que ha emitido el Poder Judicial de la Federación para la resolución de conflictos familiares concretos, pues se interpretan las normas del derecho familiar y, sobre todo, se explican, desarrollan y operativizan la familia y el cuidado como derechos humanos.

Si bien ya se han citado algunos criterios teóricos y normativos sobre el concepto de la familia, resulta de especial interés retomar aquellas tesis que dan cuenta de un derecho humano a la familia, su fundamento constitucional y convencional, así como la naturaleza del concepto de familia.

Un importante criterio orientador respecto a la familia como un derecho humano es la tesis de rubro *Familia ensamblada. Sus integrantes tienen legitimación para promover amparo contra los actos que afecten su núcleo familiar*,¹² el cual señala la protección a la familia como un derecho humano; reconocido en los artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Hu-

¹² Tesis XVII.10.C.T.13 C (11a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 36, abril de 2024, t. V, p. 4511. Registro digital 2028667.

manos; mientras que en la tesis de rubro PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE,¹³ la protección a la familia se sustenta en el numeral 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Otro elemento interesante es la conceptualización de la familia pues en distintas tesis se explicita por qué no debe establecerse un concepto único de familia, en tanto podría constituir una injerencia arbitraria contra la vida privada. Aunado a que tampoco se debe restringir la protección a un esquema matrimonial; pues dicha protección no obedece a un modelo o estructura específico;¹⁴ y el concepto constitucional de familia debe ser entendido desde una perspectiva más amplia;¹⁵ para incluir en su protección todas sus formas y a la familia como un concepto sociológico.¹⁶

Aun cuando podría pensarse que el derecho humano al cuidado no ha sido central para el derecho familiar, resulta fundamental retomar entre los precedentes existentes figuras que implican el reconocimiento al cuidado, además de la aplicación de una perspectiva de género con relación al trabajo de cuidado no remunerado que se efectúa al interior de las familias.

De forma específica se relaciona el derecho humano al cuidado con la figura de la compensación económica, al respecto, la jurisprudencia de rubro COMPENSACIÓN ECONÓMICA. FINALIDADES, CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON LA PENSIÓN ALIMENTICIA

¹³ Tesis 1a. CCXXX/2012 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 1210. Registro digital 2002008.

¹⁴ FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 871. Registro digital: 161309.

¹⁵ CONCUBINATO. SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO MEXICANO SE DERIVA DEL MANDATO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUES LO QUE SE PRETENDE ES RECONOCER Y PROTEGER A AQUELLAS FAMILIAS QUE NO SE CONFORMAN EN UN CONTEXTO MATRIMONIAL. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* lib. 14, enero de 2015, t. I, p. 749. Registro digital: 2008255.

¹⁶ CÓNYUGES Y CONCUBINOS. AL SER PARTE DE UN GRUPO FAMILIAR ESENCIALMENTE IGUAL, CUALQUIER DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE ELLOS DEBE SER OBJETIVA, RAZONABLE Y ESTAR DEBIDAMENTE JUSTIFICADA. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 5, abril de 2014, t. I, p. 795. Registro digital: 2006167.

COMPENSATORIA,¹⁷ define dicha compensación como mecanismo resarcitorio que permite subsanar al interior de la familia el desequilibrio patrimonial derivado de que uno de los cónyuges asumió determinadas cargas domésticas y de cuidado en mayor medida que el otro. Mientras que en diversa jurisprudencia se establece que dicha figura se actualiza cuando la parte demandante se haya dedicado preponderantemente al hogar o al cuidado de la familia.¹⁸

Con los precedentes generados en torno a esta figura jurídica se da cuenta de la motivación de la misma pues se

pretende reivindicar el valor del trabajo doméstico y de cuidado históricamente invisibilizado en nuestra sociedad, a través de remediar la asimetría económica que se genera al momento de disolverse el vínculo matrimonial para el cónyuge que se dedicó a la realización de estas labores.¹⁹

A partir de estos y otros criterios que se generan como precedentes se presencia una reformulación del derecho familiar que implica un enfoque basado en derecho humanos y la aplicación de una perspectiva de género.

III. Conclusiones

La problematización del derecho familiar y de la familia ha llevado a superar una idea monolítica, universalizada y heteronormativa

¹⁷ Tesis 1a./J. 36/2024 (11a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 35, marzo de 2024, t. III, p. 2213. Registro digital 2028357.

¹⁸ COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO O DEL CONCUBINATO. TIENE DERECHO A RECLAMARLA QUIEN SE HAYA DEDICADO PREPONDERANTEMENTE A LAS LABORES DEL HOGAR Y AL CUIDADO FAMILIAR, CON INDEPENDENCIA DE SU GÉNERO. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 41, septiembre de 2024, t. III, vol. 1, p. 836. Registro digital 2029368.

¹⁹ COMPENSACIÓN ECONÓMICA. PROCEDE SU PAGO EN FAVOR DEL CÓNYUGE QUE SE DEDICÓ PREPONDERANTEMENTE A LAS LABORES DEL HOGAR Y/O AL CUIDADO DE LA FAMILIA DURANTE EL MATRIMONIO CELEBRADO BAJO SEPARACIÓN DE BIENES, SIN QUE ESTO IMPLIQUE QUE SU FINALIDAD SEA IGUALAR LAS MASAS PATRIMONIALES. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 35, marzo de 2024, t. III, p. 2220. Registro digital 2028360.

de familia; la propuesta es vislumbrarla desde las ciencias sociales como el resultado de procesos y contextos, pues el derecho y la familia son productos sociales. Contrario a discursos esencialistas, la familia no se entiende como algo dado, inamovible o inherente a las sociedades, sino como el resultado de procesos sociales y económicos contingentes; empero, cuando las definiciones y delimitaciones jurídicas en torno a la familia no aplican ni se basan en una perspectiva de género, los conceptos jurídicos reproducen realidades sesgadas, que afectan el ejercicio de agencia de los sujetos sociales y la forma en que se distribuyen cargas y beneficios al interior de las familias.

Resulta insuficiente e inútil ver el derecho familiar como propio del ámbito privado, desfasado y separado del mercado, de las políticas sociales, del trabajo, del empleo o inmune a dinámicas propias de un sistema patriarcal que de hecho lo definen y limitan.

La revisión de posturas doctrinales respecto a la naturaleza como privado, social o público, en el contexto del cuestionamiento propuesto, permitió evidenciar la evolución que se ha dado en el contenido, alcances y objetivos de esta rama del derecho.

Al mismo tiempo, la reubicación del derecho familiar dentro del sistema jurídico mexicano, fuera del derecho privado, implica ver al derecho no solo como un conjunto de normas jurídicas; sino como normas y principios que atienden a fines y responden a una realidad social compleja, marcada por estructuras sociales e históricas no siempre igualitarias, como lo son el capitalismo y el patriarcado; frente a las que es apremiante emplear un enfoque de derechos humanos y una perspectiva de género.

En ese orden de ideas, la problematización sobre el derecho familiar parte del cuestionamiento a su objeto de estudio o regulación, la familia. Se propone no sólo regular una institución por su relevancia social, sino dar cuenta de las personas al interior de las familias, quienes no siempre se encuentran en un plano de igualdad y merecen de especial protección para poder acceder efectivamente a sus derechos humanos, desde un plano de igualdad real.

Ha sido fundamental identificar y cuestionar el mito de la domesticidad, el canon tradicional el derecho familiar y las relaciones inequitativas al interior de la familia; pues son elementos con-

trarios a una efectiva protección a la familia, entendida en todos sus esquemas y como un espacio de cuidado.

La pregunta no es si se debe proteger a la familia como institución social, sino a qué familia o familias y bajo que parámetros de justicia y equidad social; pues desde un cuestionamiento a las relaciones familiares y una perspectiva de género se logra pensar, sancionar, regular y proteger otras formas de estructurar las relaciones y dinámicas familiares. La crítica propuesta a la idea de familia desde perspectivas feministas ha permitido cuestionar las significaciones y dinámicas en torno a las relaciones familiares, tradicionalmente bajo una división sexual del trabajo.

La división social de los cuidados se ve determinada por la clase, el género, la raza, o la edad como categorías de diferenciación social, que se traducen en relaciones inequitativas de poder. Si bien esta distribución de los cuidados atiende a dinámicas sociales y culturales propias de un modelo heteropatriarcal que precede y es independiente al derecho; en tanto las normas jurídica no traten de revertir estas dinámicas con base en una perspectiva de género y de derechos humanos, se vuelven un instrumento reproductor que sanciona o invisibiliza dinámicas inequitativas.

Si bien las normas no conforman la estructura social, que históricamente ha seguido lógicas capitalistas o patriarcales; para ser un verdadero garante de derecho humanos, cada Estado tiene la obligación de suprimir y combatir desigualdades estructurales. El mismo concepto de familia se reinterpreta desde una perspectiva sociológica y de derechos humanos que no se limite a un esquema familiar específico, para dar una protección más extensa que abarque las diversas formas en que se integre.

La lógica que se sigue al plantear un nuevo derecho familiar no es la de proteger a la familia como institución fundamental, inamovible del orden social, sino desde una postura acorde a derechos humanos que efectivamente logre proteger a quienes integran la familia para que las dinámicas y relaciones familiares sean conforme a un libre desarrollo de las personas.

Desde una redefinición de las relaciones familiares que supere el mandato de género, es posible pensar dinámicas de corresponsabilidad del cuidado entre hombres y mujeres, que conduzcan a regímenes familistas igualitarios. Donde más que hablar de un ideal

dado de familia se le construya como un espacio social conglobante de justicia y equidad de género basado en el respeto a los derechos humanos de sus integrantes.

La materialización de una perspectiva de género y de derecho humanos ha permitido el surgimiento de lo que se puede llamar un nuevo derecho familiar que regula las relaciones familiares y resuelve controversias surgidas como parte de dinámicas familiares, conforme a estándares internacionales en materia de derechos humanos y también a la identificación de desigualdades estructurales ocasionadas por un mandato de género, mismo que se logra identificar desde la aplicación de elementos teóricos feministas y una perspectiva de género.

Resulta fundamental reconocer los avances que se han dado desde el derecho internacional con relación al reconocimiento de la familia y del cuidado como derechos humanos; pues con ello se impulsa una transformación de la forma en que se regulan las relaciones familiares y los principios que rigen el derecho familiar. A través de los cuestionamientos doctrinales, del derecho internacional y de los precedentes judiciales se reformula el derecho familiar para dar cabida a una perspectiva de género que no reproduzca instituciones y dinámicas familiares contrarias a una igualdad real.

Para complementar esta revisión del derecho humano a la familia, además de los elementos teóricos y convencionales, ha sido importante retomar las determinaciones del Poder Judicial de la Federación, por cuanto considera a la familia como un espacio de cuidado, con la aplicación de una perspectiva de género en el análisis de las relaciones y obligaciones familiares.

Esta reformulación del derecho familiar también ha implicado la visibilización de las dinámicas de cuidado que se dan al interior de la familia, pues al reconocer el cuidado como un derecho se analiza la distribución del cuidado, tradicionalmente acorde a un mandato de género patriarcal; por lo que ahora se busca reconocer y remunerar los cuidados con la inclusión de mecanismos como la compensación económica.

La regulación de las relaciones familiares y la resolución de los conflictos familiares en sede judicial debe atender a un enfoque de derechos humanos que obligatoriamente implique el reconocimiento, la redistribución y la debida retribución de los cuidados

al interior de las familias. Siempre con la precisión de que dicha regulación no ha de tener un carácter paternalista que permita sea el Estado, en su faceta de legislador o juzgador, el que determine cómo se distribuirán las actividades de cuidado en las distintas familias.

Si bien el surgimiento de nuevas figuras jurídicas en el derecho familiar no garantiza su debida aplicación, o que las mismas puedan permear en las dinámicas familiares, en las formas en que se organizan los cuidados o se resuelven conflictos al interior de las familias; se trata de hitos jurídicos con trascendencia y consecuencias sociales que vale la pena sean analizados y valorados desde una perspectiva que bien puede ser esperanzadora, pero sin dejar de ser crítica.

Si bien las normas del derecho familiar pueden visibilizar e incluso remediar desigualdades históricas ocasionadas por una división sexual del trabajo de cuidado; la forma en que dichas reformas judiciales se materialicen en la vida de las y los justiciables y permeen en las decisiones judiciales, no dependerá sólo del elemento jurídico, sino de las dinámicas que surjan en el campo jurídico de impartición de justicia.

El denominado nuevo derecho familiar que se constituye, se materializará en la medida que las personas juzgadoras interpreten y apliquen las normas jurídicas y los precedentes judiciales para cada asunto en materia familiar, acorde a una perspectiva de género y de derechos humanos; lo que requiere de una agenda de transformación y una visión del derecho más allá de la norma, que atienda a sus fines y logre visibilizar y mediar en relaciones jerárquicas que pueden conllevar dinámicas de dominación ancladas en esquemas patriarcales.

La transformación del derecho familiar no puede considerarse o comprenderse desde una perspectiva únicamente jurídica, pues atienden a elementos sociales, políticos, económicos y culturales.

IV Bibliografía

Aguirre, R., Batthyány, K., Genta, N., y Perrotta, V. (2014). Los cuidados en la agenda de investigación y en las políticas públicas

- en Uruguay. *Revista Iconos*. (50), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=50931716003>
- Batthyány, K. (2021). *Políticas del cuidado*. CLACSO; Universidad Autónoma Metropolitana-Cuajimalpa.
- Beltrán y Puga, A. (2018). La laicidad y el excepcionalismo del derecho de familia en México: un apunte histórico. En M. Medina Arellano y P. Capdevielle, *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Benitez Jiménez, I. (2001). Los estudios feministas y el enfoque de género. Un acercamiento teórico-conceptual. *Revista Fem*.
- Camarena González, R. (2022). La agencia precedencial de la Suprema Corte. En A. MartínezVerástegui, *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Estudios Constitucionales de la SCJN.
- Espejo Yaksic, N. (2020). Capítulo I. La constitucionalización del derecho familiar. En N. Espejo Yaksic y A. M. Ibarra Olguín, *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*. Tirant lo Blanch.
- Guitrón Fuentesvilla, J. (2017). Naturaleza jurídica del derecho familiar. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2013.260.60705>
- Ibarra Olguín, A. M., y Treviño Fernández, S. D. (2020). Capítulo 10. Constitución y familia en México: nuevas coordenadas. En N. Espejo Yaksic y A. M. Ibarra Olguín. *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*. Tirant lo Blanch.
- Jaramillo, I. C. (2008). Capítulo tres. Familia. En C. Motta, y M. Sáez, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Siglo del Hombre Editores.
- Jurisprudencia 1a./J. 39/2024 (11a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, t. III.
- Jurisprudencia 1a./J. 36/2024 (11a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, t. III.
- Jurisprudencia 1a./J. 148/2024 (11a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 41, t. III.

- Lamas, M. (1999). Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género. *Papeles de Población*, 5(21). Universidad Autónoma del Estado de México.
- Lengermann, P. y. B. (1997). Teoría feminista contemporánea. En G. Ritzer, *Teoría sociológica contemporánea*. McGraw-Hill.
- Magaloni Kerpel, A. L. (2021). *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Magaña Martínez, M., y Sosa y Silva García, Y. (2019). Justificación de la autonomía del derecho de familia y rama del derecho social. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 4(12). <https://doi.org/10.32870/dgedj.voi12.187>
- Marco Navarro, F., y Nieves Rico, M. (2013). Cuidado y políticas públicas: debates y estado de situación a nivel regional. En L. Pautassi, y C. Zibecchi. *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*. Biblos.
- Martínez Verástegui, A. (2022). *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/teoria-y-practica-del-precedente-judicial-en-iberoamerica>
- Molina, C. (1994). La teoría feminista y su interés. En *Dialéctica feminista de la Ilustración*. Anthropos.
- Morales Gómez, S. M. (2015). La familia y su evolución. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, (5). Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Naciones Unidas. (2006), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- Oliva Gómez, E., y Villa Guardiola, V. J. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1).
- Opinión Consultiva 31/2025. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Orozco y Villa, L. H. (2022). Alimentos y compensación económica. En S. C. Treviño Fernández y A. M. Ibarra Olguín (Eds.), *Curso de derecho y familia*. Tirant lo Blanch.
- Pautassi, L. (2007). *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*. CEPAL.

- Pautassi, L. (2018). El cuidado: de cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción. En *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*. ONU Mujeres.
- Pérez Contreras, M. D. (2010). Capítulo primero: Introducción al derecho de familia. En *Introducción al derecho de familia. Derecho de familia y sucesiones*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Perrotta, V. (2020). Género y políticas de cuidado en Uruguay: ¿Avanzando en una relación virtuosa? En K. Batthyány, *Miradas latinoamericanas a los cuidados*. Siglo XXI.
- Pineda Duque, J. (2020). Los campos del cuidado, su organización social y las políticas públicas. Reflexión desde el caso colombiano. En K. Batthyány, *Miradas latinoamericanas a los cuidados*. Siglo XXI.
- Salituri Amezcua, M., y Herrera, M. (2018). El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros. *Revista de Derecho*. Universidad del Norte.
- Sánchez, C., Beltrán, E., y Álvarez, S. (2001). Feminismo liberal, radical y socialista. En E. y. Beltrán, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*. Alianza.
- Tesis P. XXIII/2011 (9a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV.
- Tesis 1a. CCXXX/2012 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, t. 2.
- Tesis 1a. CXXXVIII/2014 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, t. I.
- Tesis 1a. VI/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, t. I.
- Tesis XVII.10.C.T.13 C (11a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, t. V.
- Treviño Fernández, S. D., y Sosa Pastrana, F. (2022). Filiación y parentalidad. En S. C. Treviño Fernández. *Curso de derecho y familia*. Tirant lo Blanch.
- Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2016). La declaratoria general de inconstitucionalidad y de interpretación conforme. En *Hacia una nueva Ley de Amparo*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Gamero Palafox, Reina Libertad y Taguenca Belmonte, Juan Antonio, “Revisión del derecho familiar: desde un canon tradicional a su constitucionalización con un enfoque en derechos humanos”, *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 13, núm. 28, julio-diciembre de 2025, e20141. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.20666>

APA

Gamero Palafox, R. L. y Taguenca Belmonte, J. A. (2025). Revisión del derecho familiar: desde un canon tradicional a su constitucionalización con un enfoque en derechos humanos. *Revista de Derecho Privado*, 13(28), e20141. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.20666>

El proceso de codificación y descodificación civil en el ordenamiento jurídico chileno

The Process of Civil Codification and Decodification in the Chilean Legal System

Cristián Luis Lepin Molina

✉ <https://orcid.org/0009-0003-1517-1881>

Universidad de Chile. Chile

Correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl

Recepción: 20 de octubre de 2025

Aceptación: 12 de febrero de 2026

Publicación: 17 de marzo de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21057>

Resumen: En este trabajo analizamos los principales aspectos del proceso chileno de codificación civil, que tiene su máxima expresión en el Código Civil de Andrés Bello, vigente desde 1857. En este sentido, se analizan sus principales fuentes y principios, así como los principales desafíos que, en los diversos cambios legislativos expresados en leyes modificatorias y una abundante legislación especial complementaria, se han traducido en un proceso de descodificación —como ocurre con la mayoría de los códigos de la época— y que se expresan en nuestra opinión en una gran dispersión normativa, la fragmentación de áreas específicas y en la flexibilización de las normas civiles.

Palabras clave: proceso de codificación chileno; codificación; descodificación; Código Civil chileno; evolución legislativa; desarrollo histórico de la codificación.

Abstract: In this work, we analyze the main aspects of the Chilean civil codification process, which found its greatest expression in Andrés Bello's Civil Code, in force since 1857. In this regard, we examine its principal sources and guiding principles, as well as the main challenges arising from numerous legislative changes introduced through amending statutes and an extensive body of complementary special legislation. These changes have translated into a process of decodification—as occurred with most codes of that period—which, in our view, has resulted in significant normative dispersion, the fragmentation of specific areas of regulation, and the flexibilization of civil norms.

Keywords: chilean codification process; codification; decodification; Chilean Civil Code; legislative reforms; historical development of codification.

I. Introducción

El proceso codificador de la legislación civil se generó en nuestro continente a partir de la entrada en vigor del Código Civil francés en 1804. En este proceso, varios países optaron por aplicar el signado cuerpo normativo sin mayores modificaciones, y otros países lo utilizaron como fuente principal, pero considerando otras como —en el caso chileno— el proyecto de Código Civil español de García Goyena.

Es en la Francia de fines del siglo XVIII, que en forma posterior a la Revolución surgió la necesidad de codificar su legislación civil, para hacerla concordante con los principios de igualdad y la libertad que eran promovidos a todos los franceses en su calidad de ciudadanos (Figueroa Yáñez, 2004, p. 101).

En relación con el proceso codificador, Guzmán señala que

Representó una reacción frente a la concepción jurídica de épocas anteriores. Debo aclararles de inmediato que los supuestos teóricos en que se funda el moderno movimiento por la codificación como fenómeno histórico, nacen en Europa tan sólo a partir del siglo XVII, en plena época moderna, por lo tanto, antes no hubo codificaciones; antes no hubo movimientos codificadores. Naturalmente la tendencia de las sociedades a cada cierto tiempo de reunir el derecho en cuerpos únicos, compactos y totalizadores, que denominamos fijación, es una tendencia universal y permanente. Al efecto pueden citarse ejemplos desperdigados: la Ley de las XII Tablas de la más antigua Roma, la fijación del Corpus Iuris Civilis de Justiniano en el siglo VI, las Siete Partidas en el siglo XIII, la Nueva Recopilación de Leyes de España en 1567. (Guzmán Brito, 1984, p. 12)

Al respecto, el mensaje con que fue aprobado el Código Civil chileno indica que

Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la in-

migración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social. (Código Civil de Chile, p. 1)

¿Pero qué debemos entender por codificación? Para Corral Talciani

la codificación es una especie de fijación del Derecho que se caracteriza por innovar respecto de la presentación del material normativo y su organización, por establecer un Derecho nuevo que se distancia del anterior, y por determinar la pérdida de vigencia de todas las disposiciones jurídicas anteriores, aunque puedan ser compatibles con la legislación codificada. (Corral Talciani, 2007, p. 641)

La codificación sostenía que la ley debía cumplir los requisitos de simplicidad, claridad y concisión. Tal como lo había preconizado Jean-Jacques Rousseau, los Códigos deben ser “claros, cortos y precisos”. Esto condujo a que los códigos civiles decimonónicos se inspiraran en el plan del derecho romano de las *Institutas* (que constituía la estructura racional más perfecta que se conocía), y a que se redactaran con un lenguaje diáfano, lapidario y alejado de tecnicismos. Tal como afirma François Chabas, si existe algo que se ha alabado unánimemente de los códigos civiles, aún por sus firmes detractores, es su estilo de redacción, su “notable precisión”. Y esta ventaja no es sólo formal, sino que da cuenta de una virtud más profunda: “Aquello que se concibe bien se enuncia claramente, y las palabras para decirlo llegan fácilmente” (Boileau-Despréauz (1888), citado por Tapia Rodríguez, 2005, p. 43).

Es precisamente para designar la producción de esa clase de efecto que Max Weber acuñó la expresión “racionalización” del derecho. De acuerdo con esta concepción, mayor es el grado

de racionalidad del derecho mientras se maximice la previsibilidad del resultado de las decisiones jurídicas para sus destinatarios, gracias a la sujeción de los procesos de decisión a reglas generales y abstractas que puedan ser públicamente conocidas. Una de las vías de racionalización del derecho que Weber identifica es, precisamente, la sistematización que representa al orden jurídico bajo la forma de un complejo coherente de normas generales y abstractas, susceptibles de dar, a través de cálculos lógicos, respuesta unívoca a todo caso jurídico (Weber, 1979, pp. 509 y ss.). De ahí que el autor considere que la codificación representa un hito significativo en el proceso histórico de racionalización del derecho occidental.

En efecto, la necesidad de codificar surge como una respuesta a la sensación de inseguridad y a la falta de certeza jurídica de la época previa, en que la norma se extraía de los casos y las interpretaciones u opiniones de los juristas. La labor fundamental del proceso codificador será preparar un texto que reúna las normas esenciales y principios que rigen una normativa específica, con carácter permanente y estable, expresada a través de enunciados breves. De esta forma, para Vogel un Código es “la presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen una o varias esferas particulares del Derecho en un país determinado” (2004, p. 790).

La dictación del Código Civil francés representa un enorme progreso tanto en el plano jurídico como social. El rol asignado va más allá de una simple ley, su función es de una verdadera Constitución que regula los aspectos civiles de la vida de los ciudadanos; aunque su influencia incluso traspasa sus fronteras, sirviendo de referente obligado para otros países de la región.

En este sentido, para Cabrillac (2004):

Desde el punto de vista sociológico, el Código Civil francés constituye el acto fundador de una nueva sociedad, engendrada por profundas conmociones. Sella la paz social recobrada en torno a los valores dominantes de la burguesía, que son el liberalismo económico y el conservadurismo social, que responde a las necesidades de una sociedad aun esencialmente rural, que no ha sido afectada por la Revolución Industrial que conmocionará a Europa sólo a mediados del siglo XIX. (p. 74)

En forma similar, para Figueroa (2007):

El papel histórico que jugaron ambos Códigos —el francés y el chileno— en sus respectivos países, fue diferente en uno y en otro caso, pero igualmente trascendente: en Francia, el Código Napoleón coronó una unidad nacional preexistente, y puso fin a las desigualdades internas que habían sido causa de la Revolución. En Chile, en cambio, el Código de Bello se construyó en uno de los elementos esenciales en la construcción de una unidad nacional existente sólo en ciernes, y apuró un poco a la fuerza, me parece, una igualación de clases sociales, que no existía en la realidad fáctica. (p. 673)

II. La codificación en el derecho privado: el Código Civil chileno

El surgimiento del derecho civil chileno, y en particular del Código Civil, está ligado a su desarrollo histórico. En la etapa previa a la independencia republicana las normas que regían en Chile eran las del Reino de España, que fueron dictadas para nuestro país en particular, y la recopilación de las Leyes de Indias (BOE, 1998), que fueron normas que se aplicaron para los habitantes de América en general. Supletoriamente se aplican las leyes generales españolas, como las Partidas del rey Alfonso X (BOE, 2011) y una serie de otras normas que dependían de la Corona española. Todo, considerando que a esa fecha tampoco existía un Código Civil en España.

El Código Civil chileno es obra principalmente del jurista Andrés Bello, quien después de varias décadas de trabajo, pudo ver realizada su obra en 1855, y que ha permanecido vigente por más 160 años sin mayores modificaciones, salvo en lo que se refiere a las relaciones familiares. Esta obra regula los derechos y obligaciones civiles a que están sujetos los ciudadanos, en cuanto a su persona y familia, las obligaciones y contratos, y los derechos reales y derechos sucesorios.

En este sentido, Tapia Rodríguez (2005) señala que

el origen histórico del Código Civil chileno se confunde con la obra de Andrés Bello. Andrés Bello comenzó a trabajar en un proyecto

de Código Civil desde 1833. En 1840, cuando estimó tener avanzado suficientemente el trabajo, y después de haber sido elegido senador, propuso al Senado un proyecto de ley para crear una Comisión de Legislación, que se dedicara a la codificación de las leyes civiles. En esa época Bello ya tenía redactado una parte considerable del Código Civil: El Título Preliminar, un libro completo de Sucesiones, un libro incompleto de Obligaciones y algunos títulos del libro de Bienes. El Congreso creó la Comisión de Legislación, a la que se integró Bello, y se formó también una Junta Revisora para examinar los avances de la primera. Siguiendo el propósito de Andrés Bello, la Comisión de Legislación trabajó sobre los proyectos redactados por él. Sin embargo, en 1846 Bello debió proseguir nuevamente solo el trabajo de redacción, pues las comisiones, luego de haber sido fusionadas, prácticamente ya no se reunían. En 1852, Bello finaliza el proyecto de Código Civil, agregando un nuevo Título Preliminar y un libro dedicado a las Personas. Publicado el año siguiente, el proyecto fue objeto de una discusión por una nueva Comisión, dirigida, en la práctica, por el mismo Presidente de la República Manuel Montt. Esta nueva Comisión efectuó innovaciones, pero la mayoría fueron propuestas por el mismo Bello, que también formaba parte de ella. En 1855, el proyecto definitivo fue sometido al Congreso Nacional, que lo aprobó sin discusión (no fue necesario depurarlo, como ocurrió en Francia en el Tribunal). Los estudios históricos han concluido, que, salvo algunas normas o figuras aisladas, el Código Civil es la creación intelectual de Andrés Bello. (p. 24)

A partir de la conformación de la República, incluso desde las primeras Constituciones, surge la necesidad de crear una comisión para legislar civil y penalmente. En la Constitución de 1826, se consagra un artículo que establecía la formación de la comisión referida en el párrafo precedente.

En ese contexto, en 1831 el gobierno a través de un oficio firmado por el ministro de la época, Diego Portales, señala que no debía pensarse en una simple compilación de las Leyes de Castilla y las Indias, sino que debía estudiarse una nueva legislación compatible con nuestras tradiciones y costumbres como país. Finalmente, en el mismo oficio Portales propone encomendar la tarea a una sola persona, ya que la experiencia se había encargado de demostrar que las comisiones numerosas eran ineficientes. En 1840

se crea una comisión mixta para la codificación de las leyes civiles y en 1841 una junta revisora del proyecto, la cuales fueron unidas en 1845, pero con el paso del tiempo se paralizó todo y el proceso se estancó.

No obstante, el trabajo realizado por Andrés Bello y la Comisión Revisora, debía ser sometido a la aprobación del Congreso Nacional, el principal temor se encontraba en la discusión en particular de sus normas, lo que podía traer como consecuencia la pérdida de coherencia y la dilación indefinida de su aprobación como texto legal.

En el intertanto, Andrés Bello trabaja en un proyecto, el cual concluye en 1852 y el mismo año se designó una comisión para que lo revisara, realizándose más de 300 sesiones, de las cuales no se conservan actas. La comisión finalizó sus funciones en 1855, tiempo en el cual se envió al Congreso y se aprobó (el primer Código de la República) sin modificaciones en una ley de artículo único, la cual fijaba la entrada en vigor del Código desde el 1 de enero de 1857 y ordenaba que se hiciera de este una versión oficial, correcta y esmerada. Al realizarse dicha edición, Andrés Bello aprovechó para introducir algunas modificaciones al proyecto aprobado por el Congreso.

Si bien la doctrina tradicionalmente ha diferenciado varios proyectos (1841-1845, 1846-1847, 1853 —proyecto inédito— y el de 1855), se debe tener en consideración que las diferencias solamente radicarón en la fecha, ya que no tenían grandes transformaciones en el contenido. La verdad es que siempre se trabajó sobre la base de un mismo proyecto, que era el de Andrés Bello.

También se ha mencionado el proyecto de Mariano Egaña, el cual fue revelado póstumamente, y se ha estimado por algunos autores que este proyecto de Código Civil sería el primero y de autoría del mismo jurista; pero realmente este proyecto estaba basado en el trabajo de las Comisiones de 1840-1841, de las cuales tanto Egaña como Bello formaban parte.

Es así, como

el 22 de noviembre de 1855 fue fechado el mensaje del presidente de la república, Manuel Montt, a través del cual sometió el proyecto de Código Civil al congreso. Dicho mensaje lo redactó Bello, y

en él pueden distinguirse cuatro partes. Primeramente, el mensaje hacía ver que la codificación resultaba ser una necesidad sentida periódicamente por todas las sociedades, en atención a diversos factores que de modo paulatino producían la superación en los hechos de la legislación, llegada por su forma y fondo a ser insuficiente para regular la vida social. La experiencia exitosa de otros países había animado a Chile a emprender tal senda y al efecto se recordaba de modo muy somero los principales hitos del proceso desde 1840. Enseguida el mensaje informaba acerca de cuál había sido la relación entre el material recogido en el proyecto y el contenido en la legislación extranjera: Chile no se había hallado en el caso de copiar a la letra ningún código extraño; se había servido de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares del país, y cuando éstas no habían presentado obstáculos reales, se había procedido a introducir novedades provechosas. El mensaje continuaba, y esto constituía la mayor parte de este haciendo una relación de las principales innovaciones introducidas por el proyecto a la legislación hasta entonces vigente en Chile, con sus respectivas explicaciones. El finalizaba recordando la prolijidad con que el proyecto había sido revisado y llamaba la atención acerca del hecho de que mucha sería la tardanza que habría de producirse si el congreso decidía discutirlo en particular, amén que de ello probablemente haría desaparecer su unidad y armonía. Reconocía que acaso no era el proyecto una obra perfecta, pero declaraba no dudar que con su adopción se solucionaría la mayor parte de los problemas por que atravesaba la administración de justicia. Si la práctica encontraba defectos en la obra, el congreso podría a su solución más tarde mediante leyes especiales. (Guzmán Brito, 1982, pp. 378-379)

Finalmente, se decidió aprobar el texto en forma íntegra, lo que permitió mantener la unidad y la coherencia de las distintas normas legales que integran el Código Civil chileno. Es así como el presidente de la República promulgó el nuevo Código Civil, el 14 de diciembre de 1855, cuyo artículo final prescribía que comenzaría a regir desde el 1 de enero de 1857, fecha en que serían derogadas las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan.

Con relación a la trascendencia e influencia del Código Civil chileno, Guzmán Brito (1984, p. 29) señala que

El Código Civil de Bello es el monumento legislativo mejor logrado del siglo XIX. De ahí, entonces, que cuánto para Europa significó el código francés, para América significara el chileno: así como el primero resultó asimilado, adoptado y usado como modelo, así también el chileno fue usado en diverso grado por todos los países de América, salvo Bolivia y Perú, que tenían códigos anteriores. Países como Ecuador, Venezuela, El Salvador, Nicaragua; Honduras, Colombia y Panamá, simplemente acogieron el Código chileno y lo promulgaron como propio, con algunas modificaciones, para adoptarlo a sus circunstancias. En otros países se le tuvo como fuente principal o muy importante, como en Uruguay y en Argentina; también influyó en proyectos que no fructificaron en ley, como sucedió en el Esboco preparado por un gran jurista brasileño; Augusto Texeira de Freitas.

Así, el Código Civil chileno contiene 2524 artículos, más un artículo final, y se estructura a través de un título preliminar, dedicado a la observancia de la ley; cuatro libros, y un título final. El libro primero “De las personas”, se refiere a la persona y a la familia; el libro segundo “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”; el libro tercero, “De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos”, y el libro cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos”. El título final dice relación con la observancia del Código.

III. Estructura y contenido del Código Civil

El Código Civil chileno se compone de un título preliminar, cuatro libros y un título final. A diferencia de su principal fuente, el Código Civil francés tiene un título preliminar y tres libros. El título preliminar consta de 53 artículos (el Código Civil francés en su título preliminar sólo contenía seis artículos) y se refieren a la ley, su concepto, promulgación y obligatoriedad, los efectos que produce en el tiempo y en el espacio, a las reglas de interpretación de la ley y a su derogación. También se definen una serie de conceptos de uso frecuente en el derecho como parentesco, dolo, culpa, fuerza mayor, presunciones y caución. Adicionalmente, en este título preliminar se encuentran normas sobre derecho internacio-

nal privado en los artículos 14, 15 y 18 y, por último, se establecen las formas de computar los plazos legales.

El libro I, titulado “De las personas”, se refiere a las personas naturales desde el principio de su existencia hasta el término de esta, considerando aspectos como la nacionalidad, el domicilio, el estado civil, y normas sobre el matrimonio, y las tutelas y curatelas. También se refiere a las personas jurídicas, específicamente las de derecho privado sin fines de lucro —como son las corporaciones y fundaciones— tratando aspectos relativos a su constitución, funcionamiento y término de existencia.

El libro II, que se titula “De los bienes y su dominio, posesión, uso y goce” se establecen las distintas categorías de bienes, así como los derechos reales que pueden constituirse sobre ellos, por ejemplo, derecho dominio o propiedad, usufructo, fideicomiso, uso, habitación, entre otros. También hay un tratamiento de algunos de los modos de adquirir el dominio, de la posesión de los bienes y a las distintas acciones para proteger tanto el dominio como la posesión de ellos.

El libro III, que se titula “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”, se refiere a la regulación de sucesión intestada para los casos en que una persona fallece sin haber otorgado testamento y también se regula la sucesión testada, en la que se establecen las distintas asignaciones testamentarias, las asignaciones forzosas (que aplica a ciertos familiares por obligación), las formas de otorgar un testamento, los albaceas (personas que son designadas por el testador para hacer cumplir sus disposiciones testamentarias, vale decir, ejecutores testamentarios), la partición o repartición de los bienes del difunto, el pago de deudas hereditarias y testamentarias, y a las donaciones entre vivos. En ese contexto, el Código francés no tiene un libro sobre la sucesión por causa de muerte, pues este tema es tratado en los modos de adquirir el dominio. A esto se suma que las donaciones entre vivos en el referido cuerpo legal se abordan en el libro relativo a los contratos.

En el libro IV, titulado “De las obligaciones en general y de los contratos”, se trata de la parte más abstracta de todas, pues su normativa se refiere de lleno al campo de la autonomía privada y de la forma en que se establecerán las relaciones jurídicas. Para ese efecto, consagra los diferentes tipos de obligaciones,

sus efectos, los modos de extinguirlas, la prueba de las obligaciones, las convenciones matrimoniales, la sociedad conyugal como régimen patrimonial del matrimonio y el régimen de participación en los gananciales. Adicionalmente este libro regula una serie de contratos (tales como compraventa, arrendamiento y sociedad), las normas de interpretación de los contratos, los cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos civiles, la fianza, prenda, hipoteca, transacción, la prelación de créditos y la prescripción.

Por último, el título final posee sólo un artículo, el que se refiere a la observancia del Código, es decir, el momento en que empezará a regir.

IV. Fuentes del Código Civil chileno

El derecho civil es aquella parte del derecho privado común y general, que se refiere a la persona en sus relaciones o vínculos personales y patrimoniales; alcanza todo el espectro de la persona, siendo el rasgo que lo distingue, entonces, la individualidad. Este derecho es la base de las demás áreas, aplicando supletoriamente a todo el derecho, incluido el derecho público.

El Código Civil chileno tuvo como fuente principal al Código Civil francés de 1804, pero no se limitó a realizar una mera copia o transcripción. Tal como se señala en su mensaje

los ensayos de esta especie que se han hecho de un siglo a esta parte, y sus resultados generalmente felices nos animaban a emprender una obra semejante, con la ventaja de podernos aprovechar de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia.

Agrega

desde luego concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en los que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones. (Código Civil de Chile, p. 1)

En ese sentido, para Somarriva Undurraga (1955):

El Código Civil chileno está muy lejos de constituir una simple copia o traducción de Códigos extranjeros. Si bien su fuente más fecunda lo fue el Código Francés, es lo cierto también se inspiró en otros cuerpos legislativos y que en muchos casos dio soluciones originales y reglamentó adecuadamente instituciones ignoradas hasta ese momento o que sólo se encontraban establecidas de forma incipiente. Tal como acontece con la reglamentación de la muerte presunta, como algo distinto de la simple ausencia, y con las personas jurídicas, materias ambas que después las legislaciones modernas han contemplado siguiendo el ejemplo de nuestro Código. (p. 6)

Se ha señalado que

un ejemplo de adaptación de este método de codificación a la realidad nacional es que Andrés Bello, a diferencia del modelo francés, no consagró en el texto nacional la secularización del derecho, sino que dejó entregada la constitución de la familia y la comprobación del estado civil las leyes canónicas, como forma de “transacción en homenaje a las ideas dominantes. (Alessandri y Somarriva, 1945, citados por Tapia, 2005, p. 33)

Sin embargo, la estructura y las normas del Código Civil se adaptaron sin problemas a las leyes que introdujeron posteriormente esta secularización (1884) o que intentaron profundizarla (2004) (Tapia, 2005, p. 33).

El Código Civil tuvo por fuente al Código Civil francés en materia de obligaciones —en que lo sigue muy de cerca—, pero tiene un criterio independiente al modelo francés. Andrés Bello también tuvo en consideración otros códigos de la época, a saber: el Código de Baviera (1756), el Código austríaco (1812), el Código de Luisiana (1822), el Código sardo (1838), y el de los Países Bajos del mismo año, entre otros. También se inspiró en la antigua legislación española, especialmente en Las Partidas y en el proyecto de Código Civil español de García Goyena. En cuanto a la doctrina que influyó en su gestación, entre los grandes juristas de la época se estudió en especial a Pothier, Domat y Savigny. Igualmente, conside-

ró a los primeros grandes comentaristas del Código de Napoleón como Delvincourt, Duranton, Troplong y Marcadé.

De esta diversidad de fuentes surge una obra original, que tiene cercanía con algunas de las fuentes mencionadas, pero no constituye una réplica o copia de aquellas. Prueba de lo anterior, es que en el título preliminar se establecen principios de derecho internacional privado y se trata también la interpretación de la ley, materias que no abarca el Código Civil francés. Las normas interpretativas, aunque están inspiradas en el Código de Luisiana, crean un sistema distinto y absolutamente original.

En materia de bienes se aparta del Código francés, se vuelve en esta materia al derecho romano, y se establece la necesidad de un modo de adquirir para la constitución del dominio, a diferencia del modelo francés en que los contratos *per se* transfieren el dominio, vale decir, basta el título obtener el dominio de los bienes. En materia de tradición de bienes raíces y constitución de gravámenes sobre ellos, se sigue el principio registral vigente a la época en el ordenamiento jurídico alemán. En materia de sucesiones, si bien sigue la tradición española, modifica y elimina instituciones que existían en España; ejemplo de ello es el mayorazgo, la diferencia de sexo, la primogenitura y la consideración del origen de los bienes.

Es en materia de obligaciones y contratos donde nuestro Código se aproxima mayormente al Código Civil francés. Sin embargo, no se trata de una mera transcripción, ya que el *Code* sólo trata a los contratos y el Código chileno regula los contratos y las declaraciones de voluntad. Con esto, nuestro Código Civil recepciona la teoría de los actos jurídicos, no sólo tomando en cuenta la clasificación de los actos que atiende a si estos son bilaterales o unilaterales, sino que considera a las manifestaciones de la voluntad.

En definitiva, el Código Civil chileno tiene como inspiración a los elementos antes mencionados, pero constituye una obra original y pionera en su tiempo que influyó notablemente en países de América latina como Ecuador y Colombia, y sirvió de base para la elaboración de sus respectivos códigos civiles.

V. Principios que inspiran el Código Civil

Los principios que inspiran el Código Civil chileno se deducen del conjunto de sus disposiciones, y existe consenso en que —por lo menos— son los siguientes: protección de la propiedad privada y la libre circulación de la riqueza; la protección a la buena fe; la autonomía de la voluntad; principio de reparación del enriquecimiento sin causa, el principio de igualdad; el principio de responsabilidad. Además, existen principios incorporados en forma posterior a través de sucesivas normas modificatorias, como el interés superior de los hijos, o de principios incorporados recientemente por leyes especiales, por ejemplo, el principio de protección al cónyuge más débil incorporado por la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

A continuación, analizaremos cada uno de los principios señalados:

1. *Protección de la propiedad privada y la libre circulación de la riqueza*

En nuestro Código Civil la protección del derecho de dominio es uno de los valores fundamentales y su consagración normativa se encuentra en el libro II del mencionado cuerpo normativo, que se refiere a los bienes, su dominio y posesión, y a la constitución de derechos reales sobre ellos. Está inspirado en la Revolución francesa y en las normas del Código de Napoleón, en que se establece como un valor particular la protección de la propiedad privada.

En este sentido, resulta un valor esencial el libre tráfico de bienes, es decir, que circulen en la sociedad libremente y sin trabas, pues se entiende que entre más personas puedan acceder a la propiedad mayores son las posibilidades de generación de riqueza y, en consecuencia, mayor beneficio social. Como manifestaciones del principio de libre circulación de la riqueza en el Código Civil encontramos los artículos 582 en el que define el dominio o propiedad; 745 que prohíbe los fideicomisos sucesivos; 769 que prohíbe igualmente la constitución de usufructos sucesivos o alternativos; 1126 que en principio establece la ineficacia de la prohibición

de enajenar a menos que comprometa derechos de terceros; 1317 establece que la partición de una comunidad puede pedirse siempre; 1964 que prescribe que en el arrendamiento el arrendador tiene facultad para enajenar el bien arrendado, incluso habiéndose estipulado con el arrendatario la prohibición de hacerlo; 2031 que faculta al dueño de una finca gravada con un censo para enajenarla y 2415 que permite siempre al dueño de una finca hipotecada volver a hipotecarla o incluso enajenarla, aun habiéndose obligado a no hacerlo.

Por su parte, como manifestaciones del principio de protección a la propiedad privada, el Código de Bello consagra como vías de tutela del dominio a la acción reivindicatoria y otras acciones que previenen un daño —denominadas interdictos posesorios— tales como denuncia de obra nueva y la de obra ruinosas; a la acción de demarcación y cerramiento, y las acciones indirectas, como las acciones posesorias y la tercería de posesión. Por último, se consagran también las acciones personales, como las que derivan de los contratos de comodato o arrendamiento.

2. Protección a la buena fe

No existe norma expresa que consagre el principio de la buena fe, pero está presente en todas las relaciones jurídicas civiles, jugando un rol fundamental en los actos jurídicos, especialmente en la etapa de formación del consentimiento y en la ejecución del acuerdo de voluntades y, por supuesto, en el cumplimiento del contrato. La buena fe importa la idea de querer obrar o actuar con rectitud. Puede ser entendida en un sentido objetivo, como el correcto comportamiento en las relaciones con otros sujetos, el cual deriva del contenido del artículo 1546 del Código Civil que expresa que los contratos deben cumplirse de buena fe; mientras que, en sentido subjetivo, implica la creencia sincera o la firme convicción de actuar correctamente.

Entonces, en el primer caso lo que se analiza son los actos o comportamientos externos del sujeto y, en el segundo, se busca establecer la íntima convicción. En este último sentido, el artículo 706 del Código Civil define la buena fe en materia posesoria como

la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio.

Así, la buena fe en el derecho civil se presume pues nuestro Código parte de la idea de que las personas actúan de buena fe en sus relaciones jurídicas. Se tiene como base para esta presunción, lo que prescribe el artículo 707 del Código Civil, cuyo texto señala que la buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En los demás casos, entonces, la mala fe deberá probarse (se trata de una presunción simplemente legal, debido a que se puede probar lo contrario). Los supuestos en que la ley presume la mala fe son escasos en la legislación civil chilena, pudiendo mencionar como ejemplo, lo que dispone el artículo 94, número 6, del Código Civil que se refiere a quien ha sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido en la declaración judicial de muerte presunta, o lo que prescribe el artículo 1468 del Código Civil en el sentido que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

3. *Autonomía de la voluntad*

Este principio surge por aplicación de la libertad humana al derecho civil, es decir, el libre albedrío para que cada persona pueda crear sus propios actos jurídicos según su conveniencia, siempre que ello no sea contrario a la ley, el orden público y las buenas costumbres. De esta manera, las personas pueden dar el contenido que deseen a sus actos jurídicos, modificarlos o incluso ponerle término anticipado por mutuo acuerdo. Es una manifestación de este principio lo dispuesto en el artículo 1444 del Código Civil en el que se establece la facultad de las partes de modificar las cosas de la naturaleza de un contrato y agregarle las meramente accidentales, y lo prescrito en el artículo 1545 del Código Civil que señala que el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales.

No obstante, en ciertas materias han aumentado las normas de orden público e irrenunciables que restringirían la aplicación de este principio. Es lo que sucede, por ejemplo, en los contratos de suministro y los de adhesión, en que la manifestación de vo-

luntad se reduce suscribir el contrato y el contenido de este viene predeterminado por una de las partes. Cabe señalar que la autonomía de la voluntad siempre ha tenido límites, pues no se trata de una libertad que pueda atentar contra las demás; por el contrario, los límites son parte de las relaciones humanas sobre todo en la medida en que se deben enmarcar en conductas permitidas en un estado de derecho.

Los límites referidos son, en primer lugar, la ley; implica, por una parte, que no se puede renunciar a los derechos a los que la ley les asigna el carácter de irrenunciables, y por otra, significa que se deben cumplir todos los presupuestos que contenga la norma para cada acto. Un segundo límite está constituido por el orden público, que refiere a la idea de la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad, con referencias en el código a esta limitación en los artículos 548, 880, 1461, 1467 y 1475. Un tercer límite se refiere a las buenas costumbres, hacen alusión a ellas los mismos preceptos indicados y corresponde a aquellos usos uniformes que la sociedad considera como normas básicas de la convivencia social.

Por último, también se menciona como límite a la autonomía de la voluntad, la protección de los derechos legítimos de terceros, la cual significa que la autonomía de la voluntad tiene como claro límite los derechos que han adquirido los terceros en conformidad a la ley. Así, por ejemplo, el artículo 582 del Código Civil al establecer la definición del derecho real de dominio señala: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

4. Principio de reparación del enriquecimiento sin causa

El enriquecimiento sin causa se produce cuando existe un perjuicio patrimonial en una persona sin que haya una causa que lo justifique o, de existir, esta sea injusta o ilegítima. Si bien la expresión enriquecimiento sin causa denota un cierto reproche a la conducta de un sujeto que se enriquece a costa de otro, sólo será relevante jurídicamente en la medida en que esta situación sea injusta o contraria a derecho, es decir, no se sanciona el enriquecimiento, sino

que no exista una justificación que habilite a quien se ha enriquecido para obtener ese provecho.

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico y, específicamente, el Código Civil establece como principio general que no puede existir enriquecimiento sin una causa que lo justifique. Este principio tampoco se encuentra expresamente consagrado, sino que se deduce de un conjunto de preceptos legales, por ejemplo:

- 1) Prestaciones mutuas que se deben al reivindicante y el poseedor vencido, establecidas en los artículos 904 y siguientes del Código Civil.
- 2) Las recompensas en la sociedad conyugal, reguladas en los artículos 1725 y siguientes del Código Civil.
- 3) Actos ejecutados por el marido que dan a los acreedores acción sobre los bienes de la mujer, siempre que estos actos cedan utilidad personal a ella y hasta la concurrencia del beneficio que se obtenga, según prescribe el artículo 1751 del Código Civil.
- 4) La obligación que tiene el incapaz de restituir aquello en que se hubiera hecho más rico una vez declarada la nulidad del contrato, consagrada en el artículo 1688 del Código Civil.
- 5) Los cuasi contratos, por ejemplo, la comunidad, la agencia oficiosa y el pago de lo no debido.

De este conjunto de normas se infiere ese principio, pero también se ha desarrollado en su virtud una acción más general para obtener la restitución de este enriquecimiento sin causa, conocida en su expresión latina como *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin causa. Los requisitos para su procedencia son:

- 1) El enriquecimiento de una persona: que tenga un beneficio, provecho o ganancia material, intelectual o moral. Incluso cierta doctrina moderna acepta la exclusión de un pasivo, es decir, cuando el sujeto deja de desembolsar algo que le debería haber representado un costo económico como, por ejemplo, si una persona se beneficia del trabajo de otro.
- 2) El empobrecimiento correlativo de otra persona: que el perjudicado sufra una pérdida real y efectiva en su patrimonio.

- 3) Que el enriquecimiento no tenga una causa que lo justifique, o de existir, esta debe ser injusta o ilegítima: en el primer caso se refiere a la ausencia de causa, no existe motivo, justificación o título que lo justifique; y en el segundo caso nos referimos a que, de existir una causa, esta sea injusta o ilegítima, vale decir, que sea contraria a derecho.
- 4) Inexistencia de otra acción nominada que habilite para obtener la restitución: se deduce que se trata de una acción subsidiaria en la medida que no exista otro mecanismo en el ordenamiento jurídico se aplica esta acción.

La finalidad de esta acción es obtener el reembolso equivalente al enriquecimiento, aunque podría suceder que el enriquecimiento sea mayor al empobrecimiento, pero en este caso, el reembolso no podrá exceder al monto de la pérdida infligida al reclamante.

5. Principio de igualdad

El Código Civil por una parte consagra la igualdad entre chilenos y extranjeros en la adquisición y goce de los derechos civiles y, por otra, establece incapacidades generales (absolutas o relativas) o incapacidades especiales o prohibiciones (como sucede en el matrimonio, filiación, tutela y curatelas (guardas) y en el testamento). Se señala que ello es producto de la influencia directa de la Revolución francesa en la codificación civil, teniendo como valores fundamentales, además de la libertad de las personas, la igualdad entre ellas.

Este principio se establece en forma directa en algunas normas jurídicas, a saber:

- 1) El artículo 33 del Código Civil establece que todos los hijos son iguales.
- 2) El artículo 57 del Código Civil consagra la igualdad entre chilenos y extranjeros en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles.

Pero también se establece indirectamente en:

- 1) En el artículo 55 del Código Civil al definir a las personas naturales.
- 2) En el artículo 982 del Código Civil se establece que en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura.
- 3) Este principio de igualdad se aplicaba a las personas con excepción de las relaciones de familia —en las que primaban vínculos de orden jerárquico— privilegiando el Código Civil la situación del padre en relación con los hijos a través de la patria potestad (poder sobre los bienes y persona del hijo) y también el poder del marido en relación con la mujer a través de la potestad marital (poder sobre la persona y bienes de la mujer). Dichas instituciones han sido eliminadas y reemplazadas por relaciones de carácter igualitario tanto entre hijos como respecto de los cónyuges; quedando como resabio de la desigualdad algunos aspectos de la sociedad conyugal (como régimen patrimonial del matrimonio) en que, por ejemplo, el marido es el único administrador de la sociedad conyugal, y en que, además, se priva a la mujer de la administración de sus bienes propios.

6. Principio de responsabilidad

Este principio implica la atribución legal de consecuencias patrimoniales en un sujeto cuando ha provocado daño en la persona o en el patrimonio de otro. Constituye la aplicación del principio romano *alterum non laedere* en virtud del cual nadie puede dañar a otros, es decir, es la ley la que se encargará de establecer la obligación de indemnizar o resarcir los perjuicios que se puedan generar con dicha conducta. En materia civil la responsabilidad se puede dar en dos ámbitos:

- 1) Responsabilidad contractual: se genera por el incumplimiento culpable, sea en forma total o parcial, de las obligaciones de un contrato, aplicándose los derechos que tiene el acreedor para ser resarcido de los perjuicios que dicho incumplimiento le genera.
- 2) Responsabilidad extracontractual: a diferencia de la anterior, acá no existe vínculo jurídico previo entre las partes y es consecuencia de la reparación de los perjuicios que se causen por la

comisión de un delito o cuasidelito civil, reglamentada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

7. Otros principios del Código Civil

Sin perjuicio de los principios analizados, existen otros que no fueron consagrados en el Código Civil y que se han incorporado por leyes modificatorias al mismo Código o por leyes especiales, por ejemplo:

A. Interés superior de los hijos (Lepin y Maturana, 2024)

Se incorpora a propósito de la ratificación por parte de Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990). Tiene su aplicación en las relaciones paterno-filiales, específicamente materias como el cuidado personal de los hijos (artículos 222 y 225 del Código Civil), la relación directa y regular (artículo 229 del Código Civil), entre otros. Sin perjuicio de tratarse de un concepto jurídico indeterminado, parte de la doctrina señala que se refiere a la protección de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes (Lepin y Maturana, 2024).

B. Protección al cónyuge más débil (Lepin Molina, 2013a)

No se encuentra establecido por el Código Civil ni por sus leyes modificatorias, pero resulta aplicable a algunas instituciones del derecho familiar, como los alimentos y los bienes familiares. Su consagración expresa se encuentra en el artículo 3 de la Ley núm. 19.947 sobre matrimonio civil. Por cónyuge más débil se entiende aquel que se encuentra en situación de desmedro económico al momento de la ruptura matrimonial (Lepin Molina, 2013a, p. 519), y es incipiente la discusión de si esta noción se podría aplicar a los convivientes civiles.

VI. Otras fuentes de la legislación civil

A continuación revisaremos someramente otras fuentes de la legislación civil como la costumbre y la jurisprudencia.

1. La costumbre

La costumbre también es una fuente formal del derecho civil chileno, y se consagra en materia civil y comercial. Con relación a la ley, la costumbre es anterior y determina el origen de la norma. En este sentido, la norma jurídica no nace como un producto de creación espontánea y arbitraria, sino que recoge un uso social consuetudinario, uniformemente aceptado, que determina que ciertas situaciones o conflictos deben ser abordados o resueltos de cierta manera.

La doctrina señala como sus requisitos: 1) que se trate de un uso social de carácter general y aceptado por la comunidad (carácter subjetivo); 2) que tenga el carácter de uniforme; 3) que sea constante (carácter objetivo); 4) que tenga una cierta duración en el tiempo, y 5) que tenga un substrato jurídico (es decir, la voluntad o disposición de obrar jurídicamente).

El valor que el artículo 2 del Código Civil le atribuye a la costumbre se desprende sólo del reconocimiento que la ley realice de ella; esta disposición establece que “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Sólo con la finalidad de ilustrar al lector, mencionaremos los siguientes casos:

- 1) El artículo 608 del Código Civil reconoce valor a la costumbre al disponer que: “Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos”.
- 2) En el mismo sentido, el artículo 1198, inciso final del Código Civil prescribe que: “Tampoco se tomarán en cuenta para dichas imputaciones los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre”.
- 3) Por último, el artículo 1546 del Código Civil, prescribe que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Fuera de la legislación civil, en materia mercantil la costumbre es fuente del derecho comercial, tal como lo reconoce expresamente el artículo 4 del Código de Comercio, que dispone:

Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudentialmente por los juzgados de comercio.

A diferencia del Código Civil que no establece normas especiales para la prueba de la costumbre y, siendo esta un hecho, puede acreditarse con cualquier medio de prueba; el Código de Comercio fija normas especiales al efecto.

Así el artículo 5 del Código de Comercio dispone que

No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1. Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella.
2. Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.

Además, el artículo 6 del Código de Comercio, le asigna un valor de elemento interpretativo, al disponer que: “Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

2. La jurisprudencia

La jurisprudencia, por su parte, no tiene fuerza general obligatoria según lo que prescribe el artículo 3, inciso 2, del Código Civil, al señalar que: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. No obstante lo anterior, si los tribunales resuelven determinados asuntos de una manera uniforme se produce lo que se llama

“jurisprudencia uniforme”, es decir, un conjunto de fallos sobre una determinada materia y en un mismo sentido, lo que puede tener el efecto de persuadir —por los argumentos— a los tribunales de menor jerarquía; especialmente si esa jurisprudencia emana de la Corte Suprema, que al resolver los recursos de casación en el fondo unifica los criterios jurisprudenciales, lo que genera un antecedente relevante en favor de una forma constante de interpretar y aplicar la ley. La Corte Suprema al tener la superintendencia directiva sobre los tribunales inferiores, en la práctica establece verdaderas pautas, sin perjuicio de que dichos tribunales no están obligados a aplicar dichos razonamientos.

Podemos concluir que la jurisprudencia no podrá constituir —teóricamente— una fuente formal del derecho porque ella sólo tendrá valor general en cuanto los tribunales libremente decidan ajustar su criterio en determinadas materias a la jurisprudencia establecida por los tribunales superiores y, como hemos señalado, aun cuando la sentencia no tiene la facultad de formular el derecho en forma general, sí lo establece en el caso particular que ella resuelve. Así, la sentencia judicial es vinculante porque las partes en la relación procesal se han sujetado objetivamente a la competencia del órgano jurisdiccional, y porque este, al pronunciar la sentencia, excluye la posibilidad de un juicio distinto del que se ha formulado.

VII. La descodificación y sus consecuencias¹

La necesidad de especialización del derecho moderno ha generado una gran cantidad de normas especiales y de normas modificatorias del Código Civil, que han diluido las principales ventajas de la codificación; que están dadas por la unidad normativa (reunir en un texto las normas sobre una materia), la coherencia y concordancia de sus normas y, en consecuencia, la certeza jurídica, que se traduce en una igual aplicación de la ley a los ciudadanos.

¹ Algunas ideas sobre la descodificación las desarrollamos en Lepin (2019, pp. 223-250).

En este sentido, la descodificación del Código de Bello se inicia a través de la regulación de materias de derecho familiar, con la entrada en vigor de la primera Ley de Matrimonio Civil en 1884, que consagra la celebración civil del matrimonio y establece sus causales de validez, que hasta esa fecha estaban entregadas a las normas de derecho canónico. En ese sentido, como expresa Figueroa Yáñez (2004) “desde la dictación del Código Civil francés en 1804 y del Código Civil chileno en 1855, ha existido un proceso constante de fragmentación y de dispersión de las reglas civiles que otrora parecieron monolíticas, sistemáticamente organizadas”.

Para Frontera (2007):

La descodificación consistió en la sustracción del código de su lugar central producida por la legislación especial. Se abandonó la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con sus principios y con lógica propios. (p. 227)

Sin embargo, para Corral Talciani (2007, p. 643), la idea de descodificación “unos la emplean para adherirse a la idea de declive de los códigos civiles, otros para refutarla y propugnar la conservación de la utilidad y sentido de los mismos”.

En este sentido, según Rivera y Medina (2014):

pese al anuncio de la muerte de los Códigos, una corriente de opinión ciertamente significativa distingue adecuadamente entre el envejecimiento de los Códigos y el método de la codificación en sí. No hay duda de que los códigos decimonónicos envejecieron como consecuencia de los acelerados cambios sociales del siglo XX. Y más se nota ese envejecimiento cuando nos enfrentamos a relaciones causadas en la creación de comunidades supranacionales ni siquiera avizoradas por los autores de esos códigos. (p. 17)

De esta manera, se ha presentado una serie de fenómenos que lleva a cuestionar la importancia del proceso de codificación. Nos referimos a la denominada descodificación, que puede encontrar sus principales manifestaciones en la “dispersión normativa”, en la “fragmentación” y, por último, en un cierto fenómeno de “flexibilización”.

1. La dispersión normativa

La gran cantidad de normas especiales y complementarias dictadas desde la entrada en vigor del Código Civil ha sido el principal argumento para sostener la pérdida de vigencia del Código Civil, sirviendo incluso para cuestionar la utilidad de la labor codificadora.

En este sentido, Figueroa (2004) señala que

Además de estas ramas completas desgajadas del tronco civil originario, ha existido una dispersión de reglas civiles, con motivo de la dictación de una abundante legislación complementaria, en todos los campos otrora destinados a ser regulados por la sola aplicación del Código. Es así como se ha legislado profusamente para casos y problemas específicos, para grupos gremiales o económicos, para sindicatos u organizaciones patronales, olvidando muchas veces los grandes principios contenidos en el Código Civil.

Se ha abierto así la “edad de la descodificación”, como la llama Natalino Irti (1992), o la “edad de la poscodificación”, como la denomina Francisco Tomás y Valiente (1989, p. 124).

Este fenómeno de dispersión normativa se ha expresado con gran fuerza en la regulación de las relaciones familiares, que encuentra manifestaciones a través de leyes especiales que regulan un tema de derecho familiar no desarrollado por el Código Civil. Desde la fecha de entrada en vigencia del Código Civil se han dictado diversas leyes especiales en la materia, a saber: Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884; Ley núm. 5.521, del 19 de diciembre de 1934, que iguala a la mujer chilena ante el derecho; Ley núm. 5.270, del 2 de diciembre de 1935, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; Ley núm. 7.612, del 21 de octubre de 1943, que introduce diversas modificaciones al Código Civil (reduce la mayor edad a los 21 años, suprime la muerte civil, autoriza la separación convencional de bienes durante el matrimonio, etcétera); Ley núm. 10.271, del 2 de abril de 1952, que introduce diversas modificaciones al Código Civil; Ley 18.802, del 9 de junio 1989, que Modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley núm. 16.618; Ley núm. 19.335, del 23 de septiembre de 1994, que establece el régimen de participación

en los gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal y otros cuerpos legales que indica; Ley núm. 19.585, del 26 de octubre de 1998, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación; Ley núm. 19.947, del 17 de mayo de 2004, que establece la Ley de Matrimonio Civil; Ley núm. 19.968, del 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia; Ley núm. 20.030, del 5 de julio de 2005, que modifica el Código Civil, en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular; la Ley núm. 20.680, que introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, del 21 de junio de 2013, y la Ley núm. 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, del 21 de abril de 2015.

Pero esta dispersión normativa no es exclusiva de la legislación familiar, por el contrario, se refiere al amplio campo del derecho patrimonial, a modo de ejemplo: La Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, del 7 de octubre de 1861; el Decreto núm. 110, Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, del 20 de marzo de 1979; el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces del 24 de junio de 1857; la Ley núm. 16.665 sobre Reconstitución de Inscripciones en Registro de Conservadores de Bienes Raíces (Deroga la Ley núm. 15.567), del 8 de septiembre de 1967; el Decreto Ley núm. 2.695, que Fija Normas para Regularizar la Posesión de la Pequeña Propiedad Raíz y para la Constitución del Dominio sobre ella, del 21 de julio de 1979; la Ley núm. 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria, del 16 de diciembre de 1997; el Decreto con Fuerza de Ley núm. 3 que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial, del 20 de junio de 2006; la Ley núm. 18.101, que Fija Normas Especiales sobre Arrendamiento de Predios Urbanos, del 29 de enero de 1982; la Ley Núm. 20.190, que Dicta Normas sobre Prenda sin Desplazamiento y crea el Registro de Prendas sin desplazamiento, del 5 de junio de 2007, y la Ley núm. 18.010, que Establece Normas para las Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero que indica, del 27 de junio de 1981.

2. La fragmentación

El otro fenómeno asociado a la descodificación es la denominada “fragmentación” que dice tener relación con la creación de nuevas ramas o estatutos jurídicos que derivan del Código Civil. Desde la promulgación del Código Civil se han dictado nuevos códigos que sustraen materias que hasta esa fecha eran reguladas por la legislación civil, como ocurrió con las relaciones laborales, comerciales, los derechos de aguas y los aspectos sanitarios. Se trata de nuevos cuerpos normativos surgidos de un tronco común y que buscan regular de manera sistemática una materia específica; en que ha logrado un desarrollo de tal nivel que justifica una regulación separada, en parte por la insuficiencia de la normativa vigente y, en parte, por la especialidad de sus relaciones jurídicas.

En ese orden de cosas, para Figueroa Yáñez (2004):

Ha existido una verdadera fragmentación del Derecho Civil, cuando —a partir del tronco común representado por el Código mismo— se desprendieron ramas completas para constituir derechos separados, autónomos, con reglas propias, diferentes de las originarias. Es el caso del Código del Trabajo, del Código Sanitario o del Código de Aguas en Chile. (p. 104)

Además, Moisset de Espanés (1994) señala que

en otro sentido, adviértase que esa comunidad de pensamiento ha determinado que, en un mismo momento histórico, los pueblos de la civilización occidental hayan experimentado la necesidad de codificar sus respectivos derechos. Ha sucedido algo semejante con el surgimiento de nuevas ramas del derecho separando del tronco común; y también puede apreciarse en la actual tendencia al desplazamiento que sufren ciertas áreas del Derecho desde la órbita del Derecho privado, hacia el campo del Derecho público. (p. 21)

3. La flexibilización

Un fenómeno poco desarrollado es el que denominamos de la “flexibilización” de las normas civiles, a través de la aplicación directa de normas de mayor rango (constitucionalización) o a través de la

interpretación por medio de principios jurídicos; vías por las que se ha logrado dar flexibilidad a las rígidas normas del Código Civil vigentes desde 1857. Como señala Figueroa Yáñez (2004):

A estos fenómenos de fragmentación y dispersión de las reglas civiles, debe agregarse la modificación de algunas de estas reglas por leyes de jerarquía superior, como aquellas contenidas en la Constitución Política de la República, en tanto se refieren a asuntos civiles, como sucede con las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Estas reglas son, sin duda, reglas de Derecho Civil, cuya naturaleza jurídica no puede alterarse por su ubicación en un texto de jerarquía superior. Es necesario agregar la influencia que está ejerciendo sobre nuestra legislación civil interna la existencia de leyes supranacionales, como son los Tratados Internacionales ratificados por Chile, que se refieren a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, normas que han pasado a constituir legislación nacional, conforme al artículo 5^o de nuestra Constitución. (p. 105)

Con relación a la constitucionalización del derecho privado, Ferrada Bórquez (2003, p. 7) señala que es:

Un proceso medianamente reciente en países herederos de la tradición jurídica europea continental como el nuestro. Sus orígenes se remontan al proceso de reconstrucción europea con posterioridad a la denominada Segunda Guerra Mundial y el término de los regímenes autoritarios, lo que se traduce, en el ámbito jurídico, en la promulgación de nuevos textos constitucionales en algunos países europeos —particularmente en Alemania e Italia—, los que como reacción a las atrocidades y a la barbarie recientemente vivida, establecen un entramado de valores y principios materiales de profundo contenido humanista y un sistema de garantías a los derechos y libertades del hombre que influirán sobre todo el ordenamiento jurídico. Precisamente, a partir de una afirmación rotunda de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, deriva del nuevo carácter normativo de ésta —y no ya meramente programático, como había sido la tónica—, se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema —volviendo así a la formulación clásica del

valor de la Constitución que hiciera la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 16)—, irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas.

Para Kemelmajer existen tres temas interrelacionados entre Constitución y derecho privado: la primacía de la Constitución, el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y las vías procesales para su tutela (2005, p. 1197).

Evidentemente, según lo expuesto, la constitucionalización también encuentra manifestaciones en el derecho civil chileno, especialmente a través de la aplicación del principio de igualdad, lo que ha generado mayor impacto en las relaciones familiares. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de las denominadas acciones de filiación (Lepin Molina, 2015).

También se ha logrado esta flexibilización de las normas a través de la interpretación de los principios jurídicos. Según Dworkin, cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad (2002, p. 72). Para Cillero, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos (2007, p. 133). Para Alexy, en tanto, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (2008, p. 67).

Desde nuestro punto de vista, se trata de un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que con base en una determinada orientación resuelva el caso —por decirlo de una manera— legislando en cada supuesto en particular. Lo anterior, implica un reconocimiento por parte del legislador de sus limitaciones, en el sentido que no puede prever todas las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente (Lepin Molina, 2013a, p. 515).

Así, en el derecho familiar los nuevos principios son fruto de la incorporación de las progresivas reformas enunciadas, las que han sido generadas a la luz de los tratados sobre derechos humanos.² Estos últimos, en virtud de lo que dispone el artículo 5 de la Constitución Política de la República, constituyen por una parte un límite al ejercicio de la soberanía nacional y, por otra, un deber del Estado y de sus órganos, de promover y respetar los derechos

² Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, Decreto núm. 873, del 23 de agosto de 1990, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de enero de 1991; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente en Chile desde el 10 de mayo de 1972, Decreto núm. 778, del 30 de noviembre de 1976, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de abril de 1989; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en Chile desde el 10 de marzo de 1972, Decreto núm. 326, del 28 de abril de 1989, publicado en el *Diario Oficial* el 27 de mayo de 1989; Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, vigente en Chile desde el 6 de enero de 1990, Decreto núm. 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 9 de diciembre de 1989; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, también denominada “Convención de Belem do Pará”, vigente en Chile desde el 15 de diciembre de 1996, Decreto núm. 1.640 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 11 de noviembre de 1998; Convención Sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde el 12 de septiembre de 1990, Decreto núm. 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 27 de septiembre de 1990; Convención Sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, vigente en Chile desde el 9 de enero de 1961, Decreto núm. 23 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 10 de enero de 1961; Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, vigente en Chile desde el 1 de noviembre de 1999, Decreto núm. 1.215 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 4 de octubre de 1999; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, vigente en Chile desde el 16 de febrero de 2002, Decreto núm. 24 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 30 de abril de 2002, y Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, vigente en Chile desde el 1 de mayo de 1994, Decreto núm. 386 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* el 17 de junio de 1994.

esenciales que emanan de la naturaleza humana (Lepin Molina, 2013b, pp. 45 y 46).

En este sentido, los nuevos principios que inspiran nuestra legislación, en el moderno derecho familiar se basan en la protección del más débil, la igualdad, la libertad y la autonomía privada.

VIII. Conclusiones

El Código Civil chileno surge en el marco del proceso codificador de fines del siglo XVIII, por influencia directa del Código de Napoleón de 1804, inspirado en los principios de la Revolución francesa, y como una necesidad de dar certeza jurídica a los ciudadanos.

Los principios tradicionales del Código Civil chileno son: protección de la propiedad privada y la libre circulación de la riqueza; la protección a la buena fe; la autonomía de la voluntad; principio de reparación del enriquecimiento sin causa, el principio de igualdad; el principio de responsabilidad. No obstante, existen principios que han sido incorporados por modificaciones posteriores como el interés superior de los hijos, o de principios incorporados recientemente por medio de leyes especiales como, por ejemplo, el principio de protección al cónyuge más débil incorporado por la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

En la actualidad existe un proceso de descodificación del Código Civil que se inicia con la entrada en vigor de la primera Ley de Matrimonio Civil en 1884, y que ha generado gran cantidad de leyes especiales en el ámbito patrimonial y familiar. Estimamos que la descodificación encuentra como principales manifestaciones a la dispersión normativa, la fragmentación y a la flexibilización.

IX. Referencias

- Alessandri, A., y Somarriva, M. (1945). *Curso de Derecho Civil, Tomo I: Parte general y las personas* (2a. ed.). Nascimento.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón, Trad.) (2a. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- BOE. (1998). *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias* (Ed. facsímil). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1998-62
- BOE. (2011). *Las Siete Partidas*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60
- Boileau-Despréauz, N. (1888). *L`art poétique*. Société de Saint Augustin
- Cabrillac, R. (2004). El Código Civil francés e Hispanoamérica. *La Codificación: raíces y prospectiva. La codificación en América*, El Derecho.
- Cillero Bruñol, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño (UNICEF)*, (9).
- Código Civil de Chile. *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Decreto núm. 873, del 23 de agosto de 1990.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Decreto núm. 1.640, del 11 de noviembre de 1998.
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, Decreto núm. 24, del 30 de abril de 2002.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Decreto núm. 789, del 9 de diciembre de 1989.
- Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, Decreto núm. 23, del 10 de enero de 1961.
- Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, Decreto núm. 386, del 17 de junio de 1994.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Decreto núm. 830, de septiembre de 1990.
- Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, Decreto núm. 1.215, del 4 de octubre de 1999.
- Corral Talciani, H. (2007). La descodificación del derecho civil en Chile. En A. Guzmán Brito (Edit.), *El Código Civil de Chile*

- (1855-2005). *Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación*. LexisNexis.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio* (M. G. Barcelona, Trad.). Ariel.
- Ferrada Bórquez, J. C. (2003). *La Constitucionalización del Derecho chileno*. Jurídica de Chile.
- Figuroa Yáñez, G. (2004). Codificación, descodificación, recodificación del derecho civil. En C. Pizarro Wilson y M. Tapia Rodríguez (Eds.), *De la codificación a la descodificación*. Cuadernos de Análisis Jurídicos, Ediciones Universidad Diego Portales.
- Figuroa Yáñez, G. (2007). Hacia una recodificación sustitutiva del Código Civil. En A. Guzmán Brito (Edit.), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación*. LexisNexis.
- Frontera, J. C. (2007). La descodificación como síntoma de la historicidad del derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", I(1)*.
- Guzmán Brito, A. (1984). La Codificación del Derecho. *Revista de Derecho*, (8).
- Guzmán Brito, A. (1982). *Andrés Bello codificador: historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*. Universidad de Chile.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). Codificación y constitucionalización del derecho civil. En M. D. Martinic y M. Tapia (Dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (Tomo II). LexisNexis.
- Lepin Molina, C. (2013a). El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2).
- Lepin Molina, C. (2013b). Autonomía de la voluntad y los acuerdos conyugales. En C. Domínguez Hidalgo et al. (Coords.), *Estudios de derecho civil VIII. Jornadas nacionales de derecho civil*. Thomson Reuters.
- Lepin Molina, C. (2015). *Jurisprudencia de Derecho Familiar: Tribunal Constitucional (2004-2014)*. Thomson Reuters.

- Lepin Molina, C., y Maturana Miquel, C. (2024). *Tratado de derecho procesal de familia*. Tirant lo Blanch.
- Moisset de Espanés, L. (1994). *Codificación civil y derecho comparado*. Zavalía.
- Natalino Irti, J. M. (1992). *La edad de la descodificación*. Bosch.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto núm. 778, del 30 de noviembre de 1976.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Decreto núm. 326, del 28 de abril de 1989.
- Rivera, J. C., y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (tomo I). Thomson Reuters; La Ley.
- Somarriva Undurraga, M. (1955). *Evolución del Código Civil chileno*. Nascimento.
- Tapia Rodríguez, M. (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Jurídica de Chile.
- Tomas y Valiente, F. (1989). *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Alianza.
- Vogel, L. (2004). Le monde des Codes Civils. *Le Code Civil-un passé, un presente, un avenir*. Daloz.
- Weber, M. (1979). *Economía y sociedad* (2a. ed.). Fondo de Cultura Económica.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Lepin Molina, Cristián Luis, “El proceso de codificación y descodificación civil en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 13, núm. 28, julio-diciembre de 2025, e21057. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21057>

APA

Lepin Molina, C. L. (2025). El proceso de codificación y descodificación civil en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho Privado*, 13(28), e21057. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2025.28.21057>