

EL DERECHO DE FAMILIA EN AMÉRICA LATINA

DEBATES Y TRANSFORMACIONES

Isnel Martínez Montenegro

Eduardo Oliva Gómez

Editores

Ensayos Jurídicos

Isnel Martínez Montenegro - Eduardo Oliva Gómez
Editores

El Derecho de Familia en América Latina: debates y transformaciones

 rubicón
E D I T O R E S



EL DERECHO DE FAMILIA EN AMÉRICA LATINA:

DEBATES Y TRANSFORMACIONES

ISNEL MARTÍNEZ MONTENEGRO

EDUARDO OLIVA CÓMEZ

2025 RUBICÓN EDITORES

www.rubiconeditores.cl

contacto@rubiconeditores.cl

ISBN: 978-956-6341-14-5

1ª edición octubre de 2025

Tiraje: 400 ejemplares

Impreso en Chile / Printed in Chile

Ninguna parte de este libro puede ser reproducida, transmitida o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos o químicos, incluidas las fotocopias, sin permiso escrito del editor.

ÍNDICE

PRÓLOGO

<i>Isnel Martínez Montenegro</i>	9
--	---

PARTE I FAMILIA, MIGRACIÓN Y BIEN COMÚN

ENTRE EL ARRAIGO Y LA MOVILIDAD: FAMILIAS, MIGRACIÓN Y BIEN COMÚN EN CHILE

<i>Mónica Baeza Leiva</i>	17
---------------------------------	----

REFLEXIONES Y RETOS DE FAMILIA MULTIESPECIE O INTERESPECIE EN MÉXICO. UNA VISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

<i>Ricardo Tapia Vega</i>	43
---------------------------------	----

PARTE II PROCESOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y REFORMAS JURÍDICAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

NECESIDAD DE UNA LEY ESPECÍFICA PROCESAL DE FAMILIA PARA CUBA: ¿POR QUÉ UN ENFOQUE DESDE EL SUR?

<i>Oswaldo Manuel Álvarez Torres</i>	67
--	----

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

<i>Jennie Aimée Molina Morán</i>	89
--	----

NUEVAS TIPOLOGÍAS FAMILIARES EN MÉXICO: DESAFÍOS EN SU
INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL DE FAMILIAS

Eduardo Oliva Gómez 111

HACIA UNA CUARTA GENERACIÓN EN EL DERECHO
PROCESAL DE FAMILIAS

*Diego Benavides Santos, Yolanda Rueda Romero, Samuel Montaña
Ortiz y Karen Esparza Gómez* 135

PARTE III
JUSTICIA FAMILIAR Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

JUSTICIA FAMILIAR EN TIEMPO REAL: EL MODELO DE PENSIONES
ALIMENTARIAS EN COSTA RICA

Mayra Helena Trigueros Brenes..... 155

JUSTICIA RESTAURATIVA FAMILIAR, DE LA NORMA A LA PRÁCTICA:
SU PROCESO CREATIVO EN COSTA RICA S

Ma. Ester Brenes Villalobos 173

MEDIDAS DE APOYO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL
DERECHO FAMILIAR MEXICANO

Gisela María Pérez Fuentes 203

PARTE IV
DESAFÍOS FAMILIARES CONTEMPORÁNEOS

CONTROL PARENTAL EN CIUDADES INTELIGENTES: RETOS PARA
EL DERECHO DE FAMILIA

Karla Cantoral Domínguez 239

LA VIOLENCIA, FENÓMENO SOCIAL QUE ATENTA CONTRA LAS FAMILIAS

Francisco Xavier García Jiménez y Ladislao Adrián Reyes Barragán 259

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DE PROMESAS ALTRUISTAS, DERECHOS CUSTOMIZADOS Y TURISMO REPRODUCTIVO

Fabiana Lorena Passini..... 277

PRÓLOGO

El estudio del Derecho de Familia en América Latina ha adquirido en las últimas décadas una relevancia creciente, no solo desde el punto de vista jurídico, sino también social, político y cultural. La familia, reconocida constitucionalmente como núcleo fundamental de la sociedad, constituye el espacio donde se articulan derechos, deberes, afectos y responsabilidades intergeneracionales. Sin embargo, la estructura y función de la familia no son homogéneas ni estáticas; por el contrario, se encuentran en permanente transformación, influenciadas por fenómenos sociales como la migración, la diversidad cultural, los avances tecnológicos, la aparición de nuevas tipologías familiares, la expansión de los derechos humanos y la innovación judicial y procesal. Este libro, *El Derecho de Familia en América Latina: debates y transformaciones*, ofrece un análisis multidimensional de estas transformaciones, reuniendo investigaciones, reflexiones y estudios de caso que permiten comprender los desafíos y avances del Derecho de Familia en contextos latinoamericanos diversos.

La obra se organiza en cuatro partes que reflejan de manera integral la complejidad del Derecho de Familia y sus procesos de reforma, innovación y adaptación a la realidad contemporánea. La primera parte, *Familia, migración y bien común*, aborda el vínculo entre la familia y la movilidad humana, así como el impacto de las políticas públicas y migratorias sobre la noción de bien común. El capítulo de Mónica Baeza Leiva, titulado “Entre el arraigo y la movilidad: familias, migración y bien común en Chile”, examina las tensiones entre el reconocimiento constitucional de la familia como núcleo social fundamental y las políticas de control migratorio que generan exclusión y vulnerabilidad. La autora sostiene que la familia migrante, más allá de su rol afectivo y protector, funciona como motor de integración social, cultural y económica, por lo que su reconocimiento efectivo es central para consolidar un bien común inclusivo y plural. La reflexión se centra en cómo los derechos fundamentales de los integrantes de familias migrantes deben articularse con políticas públicas que superen enfoques

de control y seguridad, promoviendo la cohesión social y el fortalecimiento del entramado comunitario.

En el mismo eje de análisis, Ricardo Tapia Vega propone una reflexión innovadora sobre la familia multiespecie o interespecie en México, considerando los derechos de los animales y su inclusión en la dinámica familiar desde una perspectiva de derechos humanos. Este capítulo cuestiona la concepción tradicional de familia, ampliando la noción de vínculos afectivos y responsabilidades hacia otros seres vivos y evidenciando cómo los cambios normativos y sociales plantean desafíos inéditos para el Derecho de Familia, obligando a los operadores jurídicos a repensar la definición de núcleo familiar y las obligaciones legales asociadas a él.

La segunda parte, *Procesos de constitucionalización y reformas jurídicas en el derecho de familia*, profundiza en la evolución normativa y la necesidad de especialización judicial en distintos contextos latinoamericanos. Osvaldo Manuel Álvarez Torres, en su capítulo “Necesidad de una Ley Específica Procesal de Familia para Cuba: ¿Por qué un Enfoque desde el SUR?”, analiza cómo la ausencia de normas procesales especializadas en el Código de Procesos de 2021 limita la protección efectiva de las familias y la labor del juez familiar, diferenciando el proceso familiar del civil y destacando la importancia de un enfoque interdisciplinario, mediador y garantista. Álvarez Torres propone la creación de un Código Modelo o Tipo, similar al histórico Código de Bustamante en el Derecho Internacional Privado, como guía para la armonización de reformas jurídicas en la región, asegurando que los procesos judiciales sean inclusivos, pluralistas y orientados a proteger a los grupos más vulnerables.

Jennie Aimée Molina Morán, en “La constitucionalización del Derecho de Familia en Guatemala: de la teoría a la práctica”, evidencia la manera en que los tribunales, particularmente la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia, han interpretado las normas familiares bajo un enfoque constitucional, marcando precedentes en la protección de derechos fundamentales y en la consolidación de la familia como núcleo social esencial. Molina Morán resalta que el proceso de constitucionalización no

solo implica cambios doctrinales, sino también desafíos prácticos y límites que requieren atención constante de jueces, legisladores y académicos.

En “Nuevas tipologías familiares en México: desafíos en su incorporación en la legislación procesal de familias”, Eduardo Oliva Gómez realiza un análisis detallado de cómo las familias mexicanas han evolucionado en el siglo XXI, incorporando nuevos modelos y estructuras que demandan una actualización normativa para garantizar el reconocimiento legal de sus relaciones y efectos jurídicos. Oliva Gómez propone la inclusión de disposiciones específicas en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, con el fin de que el sistema judicial pueda atender de manera efectiva las relaciones jurídicas emergentes y proteger los derechos de todos los miembros de la familia.

Diego Benavides Santos y colaboradores, en “Hacia una cuarta generación en el derecho procesal de familias”, presentan un análisis prospectivo sobre la digitalización, la oralidad procesal, la perspectiva de género, la protección de grupos vulnerables y la humanización del sistema judicial. Esta cuarta generación del derecho procesal familiar representa un avance significativo, unificando la normativa nacional, incorporando mecanismos multidisciplinarios y fortaleciendo la justicia familiar mediante procesos más inclusivos y adaptados a la realidad contemporánea.

La tercera parte, *Justicia familiar y mecanismos de protección*, centra su atención en los sistemas judiciales y en los instrumentos procesales diseñados para garantizar derechos concretos. Mayra Helena Trigueros Brenes, en “Justicia familiar en tiempo real: el modelo de pensiones alimentarias en Costa Rica”, analiza el tránsito de la normativa de alimentos hacia un sistema integral, donde la solución del conflicto y la protección de la persona humana son prioritarias. Ma. Ester Brenes Villalobos, en “Justicia Restaurativa Familiar, de la norma a la práctica: su proceso creativo en Costa Rica”, expone la implementación de la justicia restaurativa como herramienta para resolver conflictos familiares, destacando los elementos normativos y organizativos que permiten su aplicación efectiva.

Gisela María Pérez Fuentes, en “Medidas de apoyo para personas con discapacidad en el derecho familiar mexicano”, aborda la evolución del

sistema legal respecto de personas con discapacidad, desde un enfoque patrimonialista y excluyente hacia un modelo inclusivo y respetuoso de la dignidad humana, alineado con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Este capítulo evidencia que, aunque se han logrado avances importantes en el reconocimiento de derechos, persisten desafíos en la interpretación y aplicación de normas que protejan integralmente a estas personas.

La cuarta parte, *Desafíos sociales contemporáneos*, analiza fenómenos recientes que impactan el Derecho de Familia. Karla Cantoral Domínguez examina el control parental en ciudades inteligentes, destacando la protección de la privacidad e identidad digital de menores en entornos virtuales, y su relación con el interés superior del niño. Francisco Xavier García Jiménez y Ladislao Adrián Reyes Barragán analizan la violencia como fenómeno social complejo, considerando sus diversas formas—física, psicológica, estructural y tecnológica—y cómo repercute en la familia. Finalmente, Fabiana Lorena Passini, en “Gestación por sustitución: de promesas altruistas, derechos customizados y turismo reproductivo”, ofrece una reflexión crítica sobre las técnicas de reproducción humana asistida, los dilemas éticos y jurídicos que surgen de la gestación por sustitución, y los conflictos entre derechos individuales, dignidad humana y principios de corresponsabilidad social.

En conjunto, esta obra ofrece una perspectiva integral y multidisciplinaria del Derecho de Familia en América Latina, abordando tanto los desafíos normativos como los sociales, culturales y tecnológicos que afectan a las familias contemporáneas. El libro es un recurso valioso para académicos, juristas, legisladores, operadores judiciales y estudiantes, proporcionando herramientas analíticas y reflexivas que permiten comprender las transformaciones del Derecho de Familia y su adaptación a la diversidad de situaciones sociales y culturales de la región.

Asimismo, el libro invita a repensar el Derecho de Familia como un instrumento dinámico y flexible, capaz de proteger derechos, garantizar la dignidad humana, promover la justicia social y fortalecer la cohesión comunitaria en sociedades diversas y complejas. La obra demuestra que la protección de la familia no puede limitarse a un conjunto de normas

estáticas, sino que requiere procesos judiciales especializados, políticas públicas inclusivas, sensibilidad cultural, innovación tecnológica y un enfoque constante en derechos humanos. La pluralidad, la diversidad, la inclusión y la protección de los más vulnerables constituyen ejes centrales que atraviesan los debates y propuestas contenidas en este volumen, reflejando la vitalidad y actualidad del Derecho de Familia en América Latina.

El Derecho de Familia en América Latina: debates y transformaciones representa un aporte significativo a la literatura jurídica, ofreciendo un panorama amplio, crítico y actualizado que ilumina los debates actuales, las reformas normativas y los desafíos contemporáneos que enfrenta el Derecho de Familia en la región. Cada capítulo, desde su enfoque particular y contexto nacional, contribuye a la construcción de un marco analítico común que permite comprender la familia no solo como núcleo social fundamental, sino también como actor dinámico de derechos, deberes y relaciones complejas en sociedades latinoamericanas cada vez más diversas y globalizadas.

Dr. Isnel Martínez Montenegro.
Académico de la Universidad Católica de Temuco

PARTE I
FAMILIA, MIGRACIÓN Y BIEN COMÚN

ENTRE EL ARRAIGO Y LA MOVILIDAD: FAMILIAS, MIGRACIÓN Y BIEN COMÚN EN CHILE

Mónica Baeza Leiva*

RESUMEN

Las familias, la migración y el bien común se articulan en Chile como dimensiones que revelan tensiones profundas entre el marco constitucional y la realidad social. Si bien la Constitución reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, las políticas migratorias han privilegiado enfoques de control y seguridad que dejan a numerosas familias extranjeras en condiciones de vulnerabilidad y exclusión. Esta contradicción debilita la noción de bien común, que debería proyectarse como garantía de dignidad e igualdad para todas las personas que habitan el territorio. En este escenario, las familias migrantes se erigen como un actor clave: no solo es un espacio de afecto y protección, sino también un motor de integración cultural, social y económica. Reconocer su papel implica superar visiones restrictivas y avanzar hacia un modelo inclusivo que conciba la diversidad familiar como parte constitutiva de la comunidad nacional. En definitiva, el desafío para Chile no es elegir entre seguridad y derechos, sino articular políticas que, desde las familias migrantes, fortalezcan la cohesión social y consoliden un bien común abierto a la pluralidad.

* Académica Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco, Magíster en Derecho Università degli studi di Genova-Universidad Católica de Temuco. Doctoranda Universidad de Zaragoza, España. Ha sido Directora del programa de Magíster en Resolución Colaborativa de Conflictos de la Universidad Católica de Temuco.

I. INTRODUCCIÓN

Las familias, la migración y el bien común constituyen tres categorías jurídicas y sociales que, aunque habitualmente se analizan de manera separada, en el contexto chileno contemporáneo se encuentran estrechamente entrelazadas. La Constitución chilena define a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, expresión que refleja la centralidad de esta institución en la tradición jurídica nacional y que, a su vez, impone al Estado un deber de protección activo. Sin embargo, los cambios normativos, sociales y culturales de las últimas décadas han transformado radicalmente su configuración, dando paso a un modelo pluralista que reconoce diversas formas familiares y que se vincula directamente con los estándares internacionales de derechos humanos (HERNÁNDEZ y LATHROP, 2022; TURNER, 2025).

El artículo 1° de la Constitución, al calificar a la familia como núcleo social, ha sido objeto de críticas por su ambigüedad y carácter limitado. HERNÁNDEZ y LATHROP (2022) sostienen que esta expresión refleja una concepción tradicional inspirada en valores humanistas y cristianos, centrada en la familia matrimonial heterosexual, lo que puede excluir de facto otras formas de organización familiar presentes en la sociedad contemporánea.

Esta concepción conservadora presenta al menos tres problemas principales: i) **exclusión de familias diversas**: al privilegiar la familia matrimonial, se margina a familias monoparentales, homoparentales o convivientes de hecho; ii) **vinculación rígida con la moral religiosa**: al basarse implícitamente en modelos tradicionales, dificulta la adaptación del marco constitucional a las transformaciones sociales actuales; y iii) **ambigüedad en su alcance jurídico**: el texto constitucional no precisa qué implican los deberes del Estado frente a las familias, dejando un amplio margen interpretativo que puede conducir a decisiones judiciales o políticas contradictorias con los estándares internacionales de derechos humanos.

La guía de educación cívica de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile plantea que una lectura moderna y pluralista del precepto constitucional debe interpretarlo de manera inclusiva, reconociendo todas las formas de familias como esenciales para la cohesión social y vinculándolo

efectivamente con la garantía del bien común. Desde esta perspectiva, la crítica central al concepto constitucional no es que reconozca a la familia como núcleo social, sino que lo haga de manera limitada, sin incorporar la diversidad real de las familias actuales ni la obligación estatal de protegerlas integralmente.

Paralelamente, Chile ha experimentado un fenómeno migratorio inédito en su historia reciente. Desde 2017, con la llegada masiva de población haitiana y venezolana, el país ha debido enfrentar el desafío de integrar a más de 1,6 millones de personas extranjeras, muchas de las cuales se encuentran en situación irregular (Dirección Nacional de Migraciones, 2022). Este proceso ha impactado de manera particular a las familias migrantes, que enfrentan condiciones de precariedad, exclusión y estigmatización, tensionando tanto la protección constitucional de la familia como la noción misma de bien común (COLMENARES Y ABARCA, 2022; BARAHONA, et al., 2022).

El bien común, entendido como la finalidad última del Estado en garantizar condiciones de dignidad y desarrollo para todas las personas, ha sido tradicionalmente vinculado a la estabilidad familiar y a la cohesión social (SILVA, 2011). Su realización enfrenta hoy un doble desafío: por un lado, la obligación de proteger la diversidad familiar reconocida en la legislación interna y en los tratados internacionales ratificados por Chile; por otro, la necesidad de responder a demandas sociales de seguridad y orden frente al ingreso irregular de migrantes (LÓPEZ Y MARTÍNEZ, 2024). En este cruce de tensiones, las familias migrantes se erigen como actor clave, pues su inclusión o exclusión en las políticas públicas determina en gran medida el alcance real del bien común.

El presente capítulo busca examinar esta intersección entre familias, migración y bien común en Chile, a partir de tres ejes: i) los fundamentos actuales del derecho de familia en Chile, en diálogo con la normativa internacional de derechos humanos; ii) la migración y sus efectos sobre las familias en el contexto de seguridad ciudadana y cohesión social; y iii) la noción constitucional de bien común y su proyección frente a la integración de las familias migrantes. La hipótesis que guía este análisis sostiene

que solo mediante un reconocimiento efectivo de la pluralidad familiar, incluidas las familias migrantes, podrá construirse un modelo de bien común coherente con los principios de dignidad, igualdad y justicia social que inspiran al constitucionalismo contemporáneo.

II. FUNDAMENTOS ACTUALES DE LA FAMILIA EN CHILE

El concepto de familia en Chile atraviesa hoy un proceso de transformación profunda, reflejo tanto de la evolución social como de los avances en el derecho internacional de los derechos humanos. Históricamente, el derecho chileno se fundamentó en una visión restringida de las familias, centrada en el matrimonio heterosexual, la filiación matrimonial y una estructura jerárquica en la que el marido ejercía la administración del patrimonio familiar y la patria potestad exclusiva sobre los hijos. Sin embargo, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han transitado hacia un modelo plural y dinámico que reconoce diversas formas de organización familiar, reforzando al mismo tiempo los principios de igualdad, dignidad y no discriminación.

En el plano normativo, el Código Civil define a la familia como un conjunto de personas unidas por matrimonio, Acuerdo de Unión Civil o filiación, así como por vínculos de consanguinidad o afinidad, mientras que la Constitución Política de la República la reconoce en su artículo 1° como el “núcleo fundamental de la sociedad”, estableciendo un deber activo del Estado de protegerla y fortalecerla. Esta definición ha suscitado distintas interpretaciones. HERNÁNDEZ y LATHROP (2022) sostienen que la referencia constitucional se inspira en una concepción humanista y cristiana que prioriza la familia matrimonial. Otros autores también defienden una interpretación inclusiva, que reconozca y proteja todas las formas de familia existentes, visión respaldada por instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica, especialmente en sus disposiciones sobre igualdad entre hijos e hijas (BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE, 2022).

El debate contemporáneo sobre la familia ha generado una tensión entre la noción tradicional de familia como pareja heterosexual con hijos y la teoría de la pluralidad de formas de familia. Esta perspectiva, promo-

vida por un enfoque individualista, plantea que diversas configuraciones afectivas y convivenciales deberían recibir igual reconocimiento jurídico. Sin embargo, tal postura podría diluir el concepto de familia y transformar el Derecho de Familia en un Derecho de las convivencias, dejando de proteger específicamente la institución familiar tradicional. La familia nuclear, conformada por un hombre y una mujer unidos por amor y abiertos a la descendencia, representa un núcleo irremplazable para la socialización y humanización de los hijos. Las normas jurídicas que buscan proteger a la familia pierden eficacia si se disocia el reconocimiento legal de la familia de su núcleo natural y procreador. Por otra parte, el Derecho de Familia ha comenzado a centrarse más en los derechos del niño, desplazando la atención de la pareja hacia la filiación, la procreación y la protección de los hijos, con énfasis en su bienestar y desarrollo. La incorporación de técnicas de reproducción asistida y la extensión de la filiación a parejas del mismo sexo generan nuevas configuraciones, pero también cuestionan la coherencia entre el vínculo biológico y el afectivo, desafiando la noción tradicional de paternidad y maternidad (CORRAL, 2015).

El debate constitucional se refleja también en los proyectos recientes. El proyecto de nueva Constitución de 2022, en su artículo 10, reconocía expresamente la existencia de múltiples formas de familia, no limitadas a vínculos filiativos o consanguíneos, garantizando a todas ellas el derecho a una vida digna. En este contexto, TURNER (2025) advierte que la discusión chilena ha oscilado entre concebir la familia como espacio privado, basado en la autonomía individual, y considerarla una institución pública cuyo reconocimiento requiere la acción activa del Estado.

La evolución legislativa ha acompañado este tránsito hacia la pluralización. La Ley 19.585 de 1998 consagró la igualdad de derechos de todos los hijos, independientemente del origen de su filiación; la Ley 19.968 de 2004 creó los Tribunales de Familia; la Ley 20.830 de 2015 reguló el Acuerdo de Unión Civil, extendiendo reconocimiento jurídico a parejas del mismo sexo; la Ley 21.334 de 2021 otorgó a los padres la facultad de acordar el orden de los apellidos de sus hijos; y la Ley 21.400 de 2021 reconoció el matrimonio igualitario. Como destaca LATHROP Y VIDAL (2022), estas reformas no solo modificaron instituciones concretas, sino que reconfiguraron el derecho

de familia en su conjunto, alineándolo con los principios de igualdad y dignidad consagrados en la normativa internacional.

Más recientemente, nuevas normas y proyectos han impactado directamente en la práctica jurídica familiar. La Ley 21.389, que creó el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos, representó un avance significativo en la tutela efectiva de los derechos de los hijos, estableciendo mecanismos de retención de fondos y restricciones patrimoniales frente a la morosidad. OTAROLA (2023) destaca que esta innovación busca superar la histórica ineficacia de los sistemas de cobro de alimentos en Chile, colocando al deudor en una situación de responsabilidad jurídica y social. Asimismo, la Ley 21.254 introdujo medidas transitorias para la retención de fondos previsionales en el pago de deudas alimenticias, asegurando que los derechos de los niños prevalezcan sobre los intereses financieros de los obligados.

Otro aspecto relevante es la convivencia de hecho, que aún carece de regulación integral. El proyecto de ley tramitado entre 2024 y 2025, aunque finalmente archivado, refleja la necesidad de otorgar reconocimiento jurídico a relaciones no formalizadas mediante matrimonio o unión civil, pero que constituyen espacios efectivos de vida familiar. FERRANTE (2023) subraya que el reconocimiento de estas realidades es indispensable para consolidar un derecho de familia que responda a las exigencias actuales de pluralismo y justicia social.

Los tratados internacionales ratificados por Chile han incidido de manera decisiva en esta evolución. La Convención sobre los Derechos del Niño (1990) introduce principios estructurales como el interés superior del niño, la no discriminación y el derecho a la participación en las decisiones que le afectan, que hoy guían la actuación de los tribunales de familia. La CEDAW (1989) ha promovido reformas orientadas a garantizar la igualdad de género en el ámbito familiar, reforzando la corresponsabilidad parental y la plena capacidad de la mujer en la sociedad conyugal. ARANCIBIA y CORNEJO (2014) subraya que estas obligaciones internacionales han llevado a legisladores y tribunales chilenos a reinterpretar normas tradicionales a la luz de los derechos humanos.

A partir de esta evolución normativa, doctrinaria y judicial, se pueden identificar **tres fundamentos actuales de la familia en Chile**:

1. **Marco constitucional y normativo:** La familia se reconoce como el núcleo fundamental de la sociedad y se regula en el Código Civil, lo que establece su relevancia jurídica y social como pilar de cohesión y bienestar colectivo (LEPIN, 2014).
2. **Evolución legislativa y práctica judicial:** Las reformas recientes y la consolidación de tribunales especializados reflejan un tránsito hacia un modelo inclusivo, dinámico y centrado en la igualdad, la corresponsabilidad parental y la protección del interés superior del niño (ASTUDILLO, 2020).
3. **Derecho internacional y perspectiva pluralista:** La familia se define de manera inclusiva, incorporando familias tradicionales, homoparentales, monoparentales y convivientes de hecho, en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos y con los debates contemporáneos sobre pluralidad familiar (FERRANTE, 2023).

La familia en Chile se concibe hoy como una institución diversa y dinámica, cuyo fundamento último es la dignidad de todas las personas que la integran. Esta concepción reconoce que la familia ya no puede ser entendida únicamente como un modelo único, tradicional y jerárquico, sino como un espacio en el que conviven múltiples formas de organización afectiva, social y económica. La diversidad incluye familias nucleares, monoparentales, homoparentales, extendidas, reconstituidas y aquellas constituidas por convivientes de hecho, así como núcleos familiares transnacionales y migrantes. Cada una de estas configuraciones contribuye de manera particular al tejido social, aportando cohesión, apoyo mutuo y transmisión de valores, a la vez que refleja las transformaciones culturales, económicas y demográficas del país.

La dinámica contemporánea de la familia se evidencia también en su capacidad de adaptación frente a cambios sociales y legales. La apertura del marco normativo y el reconocimiento de los derechos de todos sus

miembros, incluidos niños, adolescentes y adultos, establecen un principio de igualdad y no discriminación que guía tanto la acción del Estado como la práctica judicial y administrativa. Este enfoque asegura que la dignidad de cada persona sea respetada independientemente de su origen, orientación sexual, situación migratoria o estructura familiar, consolidando a la familia como espacio de desarrollo integral y de protección de derechos fundamentales.

Además, la familia cumple un rol central en la integración social, particularmente en contextos de migración. Actúa como núcleo de socialización, apoyo y cuidado, transmitiendo valores, lenguajes y prácticas culturales que permiten a los individuos adaptarse a su entorno y participar activamente en la sociedad. La interacción entre familias chilenas y familias migrantes genera un espacio de intercambio cultural y aprendizaje mutuo, enriqueciendo la cohesión social y promoviendo una comprensión más amplia del bien común, que incluye tanto a los nacionales como a quienes llegan al país.

III. MIGRACIÓN Y FAMILIA EN CHILE: TENSIONES ACTUALES ENTRE SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS HUMANOS

En los últimos años, el fenómeno migratorio en Chile ha adquirido una centralidad inédita, particularmente desde 2017-2018, cuando la crisis humanitaria en Haití y la crisis política y económica en Venezuela provocaron un aumento exponencial de los flujos migratorios hacia el país. Según la Dirección Nacional de Migraciones (2022), la población extranjera residente superó los 1,6 millones de personas en 2022, con un porcentaje significativo en situación irregular, lo que generó tensiones tanto en la estructura estatal como en la percepción de la ciudadanía. LIBERONA, *et al.* (2022) advierte que la irregularidad en el ingreso por pasos no habilitados constituye no solo un desafío de control fronterizo, sino también un factor de vulnerabilidad extrema para quienes migran, al quedar privados de acceso pleno a derechos básicos y expuestos a explotación, abusos y estigmatización social.

Este fenómeno ha impactado de manera directa en la familia migrante, considerada el núcleo más afectado por la precariedad de las condiciones

de vida. STEFONI (2023) observa que, en localidades del norte como Colchane, la falta de regulación ha derivado en ocupaciones informales, extorsiones y conflictos comunitarios, aumentando la tensión entre residentes locales y familias extranjeras recién llegadas. La paradoja es evidente: mientras el derecho internacional reconoce la migración como un derecho humano, los Estados, en ejercicio de su soberanía, imponen límites y controles para proteger el orden interno (LÓPEZ Y MARTÍNEZ, 2024). En Chile, esta tensión se ha materializado en la coexistencia de políticas restrictivas, como los estados de excepción en la macrozona norte, y mecanismos de regularización, como la autodenuncia de ingreso clandestino, que en la práctica legitiman el acceso irregular al territorio (Diario Constitucional, 2022).

La relación entre migración y seguridad ciudadana constituye otro eje central del debate. Informes del PNUD (2014) señalan que la percepción de inseguridad en Chile no depende únicamente de la tasa objetiva de delitos, sino también de la construcción social del miedo. Hechos delictivos de alto impacto mediático, como las agresiones a carabineros en Iquique (COOPERATIVA, 2022) o el homicidio de un matrimonio de adultos mayores por parte de migrantes irregulares (MEJÍA Y TORRES, 2024), han reforzado una narrativa pública que asocia migración con criminalidad. No obstante, LÓPEZ, et al. (2024) advierte que estas percepciones suelen estar sobredimensionadas y mediadas por discursos políticos y mediáticos que tienden a criminalizar indiscriminadamente a los migrantes.

Estudios recientes muestran que la relación entre ciudadanía y migración está marcada por la ambivalencia. COLMENARES Y ABARCA (2022) destacan que la llegada masiva de migrantes en un corto período ha puesto presión sobre el Estado para reforzar capacidades en seguridad y servicios sociales, especialmente en regiones del norte. A su vez, BERRIOS, *et al.* (2023) sostienen que las percepciones ciudadanas dependen de la experiencia directa: quienes conviven o trabajan con migrantes tienden a desarrollar visiones más inclusivas, mientras que gran parte de la población mantiene estereotipos negativos alimentados por los medios.

Esta situación produce efectos directos sobre las familias migrantes. La irregularidad migratoria repercute en la reunificación familiar, el acceso

a vivienda y educación, y la transmisión de la ciudadanía a hijos e hijas nacidos en Chile. ROMÁN (2021) señala que las dificultades para concretar procesos de deportación, particularmente con Venezuela, han generado un limbo jurídico que afecta tanto al Estado como a las familias migrantes, dejándolas en condiciones de alta precariedad.

La respuesta estatal ha tendido a medidas de corto plazo, estados de excepción, despliegue de Fuerzas Armadas en frontera, programas de expulsión, que no han logrado contener la presión migratoria ni reducir la percepción de inseguridad. VILLARREAL y BERNAL (2024) advierte que, mientras no exista cooperación internacional efectiva con los países de origen y tránsito, así como políticas integrales de inclusión social, Chile seguirá enfrentando un dilema irresoluble entre control y protección. De este modo, la migración irregular constituye no solo un problema de frontera, sino un fenómeno estructural que exige respuestas articuladas en los ámbitos social, económico y cultural.

La situación de las familias migrantes evidencia una tensión estructural entre el reconocimiento jurídico de los derechos humanos y la práctica efectiva del Estado. A pesar de que la migración es un derecho internacionalmente protegido y la familia se considera un núcleo fundamental de la sociedad, las políticas chilenas se han centrado principalmente en el control fronterizo y la contención, dejando a muchas familias en condiciones de vulnerabilidad extrema (RAMOS y TAPIA, 2024). Esta contradicción refleja un “doble estándar” normativo: mientras la legislación nacional reconoce la diversidad familiar, las familias migrantes enfrentan restricciones en el acceso a vivienda, educación y salud, así como dificultades para la reunificación familiar. Más allá de un problema administrativo, esta situación plantea un dilema conceptual: la definición constitucional de familia como núcleo social no se traduce efectivamente para quienes no poseen ciudadanía, generando exclusión y estigmatización. En este sentido, la familia migrante se convierte en un indicador crítico del grado de inclusión y justicia social que el Estado está dispuesto a garantizar, señalando la necesidad de repensar políticas y marcos legales que integren coherentemente la diversidad familiar con los principios de dignidad, igualdad y bien común (HERNÁNDEZ, 2023).

Además, la familia migrante no solo constituye un núcleo afectivo y de protección, sino que desempeña un rol estratégico en la integración de los migrantes a la sociedad chilena. Funciona como espacio de transmisión de valores, lenguajes y prácticas culturales, así como de apoyo económico y social, facilitando la adaptación de sus miembros y contribuyendo a la estabilidad de las comunidades receptoras (COLMENARES, 2022). Su inclusión efectiva en políticas públicas de educación, salud, vivienda y empleo garantiza el respeto de los derechos fundamentales de los migrantes y fortalece la cohesión social, la participación ciudadana y la percepción de seguridad colectiva. De esta manera, la familia actúa como un puente entre la protección jurídica y la integración social, permitiendo que los migrantes dejen de ser percibidos solo como una carga para el Estado y pasen a formar parte activa del desarrollo cultural, económico y social del país. Ignorar o restringir este rol, como ocurre actualmente con políticas centradas en control fronterizo y expulsión, limita tanto la eficacia de la integración como el alcance real del bien común, evidenciando la necesidad de un enfoque inclusivo que reconozca a la familia migrante como actor clave en la construcción de una sociedad diversa y cohesionada (TORRES, 2019).

En Chile, la familia migrante cumple un papel esencial en la integración de los migrantes, funcionando como un puente entre culturas y facilitando la adaptación de sus miembros. Este fenómeno se refleja en el creciente número de nacimientos de hijos de madres extranjeras; en 2022, aproximadamente el 18,9 % de los nacimientos correspondieron a madres extranjeras, destacando la presencia de mujeres venezolanas, peruanas y haitianas (La Tercera, 2023). Asimismo, la formación de nuevas familias entre migrantes y nacionales chilenos ha enriquecido la diversidad cultural y social del país, promoviendo una convivencia más inclusiva y plural.

No obstante, este proceso de integración enfrenta desafíos significativos que limitan el pleno ejercicio de los derechos de las familias migrantes y, por ende, afectan la construcción del bien común en la sociedad chilena. La irregularidad migratoria constituye uno de los obstáculos más evidentes, al colocar a los miembros de estas familias en situaciones de vulnerabilidad jurídica y social. La falta de documentación adecuada restringe el acceso a servicios esenciales, impide la participación en programas estatales de

apoyo y genera un estado de incertidumbre constante, que afecta especialmente a niños, niñas y adolescentes nacidos en Chile, pero cuyos padres carecen de estatus regular (RAMÍREZ, 2022).

Otro desafío crítico es el acceso limitado a derechos básicos, como la salud, la educación, la vivienda y la protección social. La carencia de políticas de inclusión efectivas expone a las familias migrantes a condiciones de precariedad que afectan su bienestar físico, psicológico y social. La imposibilidad de acceder a servicios de salud adecuados puede derivar en retrasos en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, mientras que la educación insuficiente o intermitente limita las oportunidades de desarrollo de los hijos, perpetuando ciclos de desigualdad. Asimismo, la dificultad para acceder a vivienda digna genera hacinamiento y vulnerabilidad frente a abusos laborales o sociales, consolidando un patrón de exclusión estructural (CANALES, 2019; COLMENARES, 2022).

La discriminación social representa un tercer desafío que amplifica los efectos de la irregularidad y la falta de acceso a derechos. Las familias migrantes son frecuentemente objeto de estigmatización basada en su origen, idioma o religión, lo que puede traducirse en actitudes de rechazo, violencia simbólica o incluso física, y en la limitación de oportunidades de integración laboral y comunitaria. Este tipo de discriminación no solo afecta la cohesión social, sino que contradice principios fundamentales de igualdad y dignidad reconocidos en la Constitución chilena y en los tratados internacionales ratificados por el país, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la CEDAW (SILVA, 2011; CODDOU, 2023).

En este contexto, es imperativo que las políticas públicas reconozcan y respalden el rol fundamental de la familia migrante como núcleo de protección, apoyo mutuo y transmisión cultural. La garantía efectiva de derechos de salud, educación y vivienda no solo asegura la dignidad de sus miembros, sino que también fortalece la cohesión social y promueve la integración en la comunidad local. La adopción de enfoques inclusivos que consideren la diversidad de las familias, monoparentales, homoparentales, mixtas entre nacionales y migrantes, o convivientes de hecho, permite superar la visión restrictiva de la familia tradicional y contribuye

a construir un modelo de sociedad que respete y potencie la pluralidad, la justicia social y el bien común.

Estos desafíos no solo responden a una obligación jurídica y ética, sino que constituye una condición esencial para que la integración migratoria se traduzca en un aporte efectivo al desarrollo cultural, económico y social de Chile. Reconocer a la familia migrante como actor central implica un cambio de paradigma: pasar de la gestión de la migración como problema de control fronterizo a su abordaje como oportunidad para fortalecer la cohesión social y consolidar un bien común inclusivo y sostenible (FERRADA y URIBE, 2021).

Desde una perspectiva jurídica y social, la situación de las familias migrantes en Chile evidencia que la protección constitucional de la familia y la garantía del bien común no pueden concebirse de manera aislada de la realidad migratoria. La tensión entre normas formales y prácticas efectivas refleja un déficit en la implementación de políticas inclusivas que reconozcan la diversidad familiar como un valor central de la cohesión social. En este sentido, el Estado enfrenta el desafío de articular de manera coherente la soberanía sobre sus fronteras con el deber de garantizar derechos fundamentales, particularmente para niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad. La persistencia de lagunas normativas y la falta de coordinación interinstitucional agravan la exclusión de las familias migrantes, mostrando que la protección de la familia como núcleo social no puede limitarse a quienes poseen ciudadanía, sino que debe extenderse de manera universal para cumplir con los principios de dignidad, igualdad y justicia social.

Desde un enfoque sociopolítico, la integración de las familias migrantes constituye un factor determinante para la construcción de cohesión social y la prevención de conflictos comunitarios. La inclusión efectiva en educación, salud y vivienda no solo fortalece el capital humano de estas familias, sino que también contribuye a la estabilidad y seguridad de las comunidades receptoras. Ignorar este rol estratégico perpetúa estereotipos negativos y alimenta discursos de miedo y exclusión, mientras que reconocer y fortalecer a la familia migrante como actor activo en la sociedad permite

transformar la percepción pública de la migración, pasando de un enfoque defensivo centrado en el control a un enfoque proactivo orientado a la integración y al bien común. Así, la política migratoria y familiar deja de ser solo un instrumento de gestión administrativa y se convierte en un mecanismo clave para construir una sociedad inclusiva, diversa y cohesionada.

La noción de bien común constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo chileno. Desde la Constitución de 1833 hasta la vigente de 1980, con sus múltiples reformas, se ha entendido que la finalidad última del Estado es promover condiciones que permitan a todas las personas y grupos sociales alcanzar su pleno desarrollo. La Constitución de 1980, en su artículo 1°, lo formula de manera indirecta al señalar que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Esta disposición vincula estrechamente la idea de bien común con la protección de la familia, entendida no solo como institución privada, sino también como espacio social que sostiene la cohesión y estabilidad del país (SILVA, 2011).

Sin embargo, el concepto de bien común no es estático, sino que evoluciona con los cambios sociales. Autores como HERNÁNDEZ y LATHROP (2022) destacan que la doctrina chilena ha oscilado entre una visión conservadora, que identifica el bien común con la promoción de una familia matrimonial y nuclear, y otra más inclusiva, que sostiene que el bien común exige reconocer y proteger todas las formas de familia existentes. La discusión constitucional reciente, especialmente durante los procesos de 2022 y 2023, evidenció esta tensión: mientras algunos sectores defendían la centralidad de la familia “tradicional” como núcleo exclusivo de protección estatal, otros proponían una noción pluralista del bien común, incorporando la diversidad familiar como condición para una sociedad justa y cohesionada (BIBLIOTECA DEL CONGRESO, 2022).

Esta evolución resulta crucial en el contexto de la migración contemporánea en Chile. La llegada de miles de familias haitianas y venezolanas desde 2017 ha transformado de manera irreversible el panorama social, cultural y demográfico del país. LÓPEZ *et al.*, (2018) advierte que el Estado no ha logrado articular políticas eficaces de integración, generando situaciones

de precariedad extrema que afectan tanto a las familias migrantes como a la percepción de la ciudadanía local. En estas condiciones, la noción de bien común se tensiona: por un lado, existe un deber jurídico-constitucional de proteger a la familia en todas sus formas; por otro, persisten discursos políticos y medidas administrativas que consideran a la familia migrante como una carga o incluso como una amenaza para la seguridad nacional (TORRES, 2019).

La tensión entre seguridad y derechos humanos se manifiesta de manera dramática en el ámbito familiar. Muchas familias migrantes ingresan en situación de irregularidad, lo que restringe su acceso pleno a salud, vivienda o educación. Esto vulnera derechos fundamentales y contradice el principio constitucional del bien común, que implica que todas las personas que habitan el territorio puedan desarrollarse en condiciones dignas (CANALES, 2019). Al mismo tiempo, la percepción ciudadana —alimentada por episodios delictivos de alto impacto mediático— asocia migración con inseguridad, presionando al Estado a priorizar medidas de control por sobre estrategias de inclusión (COLMENARES, 2022).

Desde un punto de vista normativo, Chile ha avanzado en el reconocimiento de las familias nacionales, por ejemplo, con la Ley 20.830 sobre el Acuerdo de Unión Civil y la Ley 21.400 que reconoce el matrimonio igualitario, reflejando una concepción pluralista de la familia en consonancia con los derechos humanos. No obstante, estas transformaciones no siempre se han extendido a las familias migrantes. GALAZ, *et al.*, (2022) señala que mientras la legislación interna se moderniza en clave de igualdad y diversidad, la política migratoria mantiene enfoques restrictivos, produciendo un “doble estándar”: se reconoce diversidad en el ámbito interno, pero se excluye a familias extranjeras que también integran la sociedad chilena.

La doctrina constitucional chilena ha insistido en que el bien común debe comprenderse como una realidad incluyente. SILVA (2011) sostiene que este principio es inconcebible sin justicia social, entendida como el acceso de todos, nacionales y extranjeros, a condiciones mínimas de dignidad. Esta obligación se refuerza con los tratados internacionales ratificados por Chile, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la CEDAW, que exigen

proteger a la familia y erradicar cualquier forma de discriminación. Excluir a las familias migrantes del horizonte de protección equivale, por tanto, a vaciar de contenido el principio constitucional del bien común.

El desafío actual consiste en articular un modelo de política pública que combine control fronterizo y cohesión social con integración y dignidad familiar. ANDRADE Y COCINA (2024) argumenta que mientras no exista cooperación internacional efectiva con los países de origen, Chile enfrentará un dilema persistente entre seguridad y derechos. Una política centrada exclusivamente en la contención erosiona la noción misma de bien común, generando exclusión y estigmatización, con efectos negativos para los migrantes y la sociedad receptora.

En consecuencia, el bien común solo puede alcanzarse si se reconoce la contribución y dignidad de las familias migrantes como parte integral de la comunidad nacional. Su integración no constituye un obstáculo, sino una oportunidad para fortalecer los lazos sociales, enriquecer la diversidad cultural y proyectar un modelo de desarrollo inclusivo. El verdadero dilema no es elegir entre familia nacional y migrante, sino decidir si Chile será capaz de construir un bien común que refleje la pluralidad de familias que conviven actualmente en su territorio.

La realidad de las familias migrantes evidencia cinco desafíos principales:

1. **Irregularidad migratoria:** Muchas familias ingresan por pasos no habilitados o carecen de documentación regular, lo que limita su acceso a derechos básicos como salud, educación y vivienda (COLMENARES, 2022; OYARTE, et al., 2022; CASTILLO, et al., 2023). Esto contradice el principio constitucional del bien común, que exige garantizar condiciones dignas para todos, independientemente de la nacionalidad.
2. **Acceso limitado a servicios y derechos fundamentales:** La precariedad en servicios esenciales impide que las familias migrantes puedan desarrollarse plenamente y participar en la vida comunitaria (FEDDERSEN, et al., 2022; GIMÉNEZ, 2024).

Cuando ciertas familias no acceden a estos derechos, se debilita la función social de la familia como pilar de cohesión.

3. **Estigmatización y percepción negativa:** La asociación mediática y política entre migración y criminalidad genera discriminación y rechazo social hacia las familias extranjeras (CANALES, 2019; RAMÍREZ, 2022), dificultando su integración y limitando su aporte al bien común.
4. **Dificultades en la reunificación familiar:** Procesos burocráticos complejos y políticas restrictivas obstaculizan la permanencia unida de las familias (FERRADA y URIBE, 2021; CASTILLO, et al., 2024). La fragmentación familiar afecta el desarrollo integral de sus miembros y erosiona la capacidad de la familia de contribuir socialmente.
5. **Integración intercultural y formación de nuevas familias:** El crecimiento de familias mixtas entre migrantes y nacionales, evidenciado en que aproximadamente el 18,9 % de los nacimientos en 2022 correspondieron a madres extranjeras (INE, 2022), plantea desafíos de reconocimiento legal y cohesión cultural. La falta de políticas inclusivas limita la integración plena de estas familias, restringiendo el alcance del bien común como principio de justicia social y cohesión nacional.

En conjunto, estos desafíos muestran que la noción constitucional de bien común solo puede alcanzarse si se reconoce y protege a todas las familias presentes en el país, sin distinción de nacionalidad, y si se promueven políticas públicas que faciliten la integración, el acceso a derechos y la participación plena en la sociedad. La familia migrante, lejos de constituir un obstáculo, representa una oportunidad para fortalecer los lazos sociales y construir un modelo de bien común más inclusivo y pluralista.

A pesar de los avances normativos y doctrinales en torno a la protección de la familia y el reconocimiento del bien común, la situación de las familias migrantes en Chile evidencia importantes limitaciones en la práctica. La coexistencia de políticas restrictivas y medidas de inclusión

parcial refleja una capacidad estatal insuficiente para articular un enfoque integral que garantice derechos, cohesión social y seguridad. La brecha entre los principios constitucionales y la implementación efectiva de políticas públicas muestra que, aunque el marco legal reconoce la pluralidad familiar, en la práctica muchas familias extranjeras permanecen en condiciones de vulnerabilidad y exclusión.

Asimismo, el análisis evidencia una tensión constante entre la perspectiva normativa y la realidad social. Si bien el texto subraya el valor estratégico de la familia migrante para la integración y el fortalecimiento del bien común, las percepciones ciudadanas, los estereotipos mediáticos y las restricciones administrativas limitan el alcance de estas contribuciones. Esto indica que la inclusión de las familias migrantes no depende solo de la existencia de normas progresistas, sino también de su aceptación y respaldo social, así como de la capacidad del Estado para ejecutar políticas consistentes y sostenibles en el tiempo.

Igualmente, se plantea un desafío estructural: la construcción de un bien común inclusivo requiere reconocer y conciliar intereses diversos, equilibrando la protección de los derechos de todas las familias con la necesidad de mantener cohesión social y seguridad. Sin esta articulación, la familia migrante corre el riesgo de ser tratada como un problema más que como un actor central en la sociedad. Por tanto, avanzar hacia un modelo efectivo de integración y justicia social exige repensar las políticas públicas, fortaleciendo la coordinación institucional, la participación comunitaria y la sensibilización ciudadana, de modo que el principio del bien común se traduzca en una realidad tangible para todos los habitantes del país.

IV. CONCLUSIONES

El análisis evidencia que, aunque la Constitución chilena reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y vincula indirectamente este reconocimiento con el bien común, su redacción resulta insuficiente y ambigua frente a la pluralidad familiar contemporánea. La protección estatal sigue centrada en modelos tradicionales, dejando vacíos jurídicos en cuanto a familias diversas y migrantes. Esta limitación genera un des-

fase entre la letra de la norma y su aplicación práctica, configurando un escenario en el que el bien común se convierte en un principio de difícil operatividad, sujeto a interpretaciones restrictivas que pueden vulnerar derechos fundamentales.

Desde la perspectiva del derecho internacional, Chile ha ratificado instrumentos como la Convención sobre los Derechos del Niño y la CEDAW, que imponen obligaciones claras de protección y no discriminación. Sin embargo, la política migratoria y la práctica administrativa revelan un **doble estándar**: mientras el derecho interno avanza hacia la pluralidad familiar y la igualdad de derechos, las familias migrantes enfrentan restricciones que limitan su acceso a servicios básicos, su reunificación y su participación social. Esta discrepancia constituye una **contradicción estructural entre obligaciones internacionales y políticas domésticas**, cuestionando la coherencia del marco jurídico chileno y evidenciando que la noción de bien común no se traduce en protección efectiva para todos los habitantes del país.

Finalmente, la crítica central es que el bien común en Chile continúa siendo conceptualizado de manera excluyente, subordinando los derechos de las familias migrantes a criterios de seguridad y control fronterizo. La integración de estas familias no se percibe como un mandato jurídico ni como un interés social estratégico, sino como un desafío logístico y político. Para superar esta tensión, se requiere un **rediseño normativo y administrativo integral**, que reconozca explícitamente la diversidad familiar y garantice la implementación efectiva de derechos, armonizando Constitución, legislación interna y estándares internacionales. Solo así el principio del bien común puede dejar de ser un ideal abstracto y convertirse en un instrumento real de justicia social, igualdad y cohesión en el contexto de una sociedad plural y migrante.

REFERENCIAS

ANDRADE-MORENO, Marcos y COCINA-CHOLAKY, Martina. Respuesta del Estado chileno a la crisis migratoria y de refugiados venezolana (2018-2022). *Migr. Inter.*, 2024, vol.15, rmiv1i12857.

ARANCIBIA OBRADOR, María José y CORNEJO AGUILERA, Pablo. El Derecho de familia en Chile: Evolución y nuevos desafíos. *Ius et Praxis*, 2014, vol.20, n.1, pp.279-318.

ASTUDILLO MEZA, Constanza. Criterios jurisprudenciales en el derecho de familia chileno para fundamentar la autorización para salir del país de niños, niñas y adolescentes y su relación con el principio del interés superior de éstos y con la familia extendida. *Rev. Derecho Privado*, 2020, n.39, pp.397-407.

BARAHONA URBINA, Planck; GONZÁLEZ QUEZADA, Juan Pablo y VERES FERRER, Ernesto. Inmigración internacional en Chile: El caso de Venezuela. *Rumbos TS*, 2022, vol.17, n.27, pp.129-148.

BERRIOS-RIQUELME, José; GALDAMES, Rodrigo; DUFRAIX, Iciar y BOLÍVAR, Daniela. Discriminación percibida por inmigrantes sudamericanos en la región de Tarapacá: diferencias por variables sociodemográficas. *Si Somos Americanos*, 2023, vol.23, 2.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. La familia: protección de la familia en la normativa internacional. Guía de Formación Cívica. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/educacion-civica/guias/la-familia>

CANALES, Alejandro I. La inmigración contemporánea en Chile. Entre la diferenciación étnico-nacional y la desigualdad de clases. *Pap. Poblac.*, 2019, vol.25, n.100, pp.53-85.

CASTILLO LOBOS, Lucia Odette; CONTRERAS VÁSQUEZ, Luis Patricio; HERMOSILLA ALDEA, Elizabeth Yenny. La supervivencia por sobre el ideal de maternidad: experiencias de duelo migratorio de las madres migrantes en Chile. *Salud Colectiva*, vol. 19, 8 ene. 2023.

CODDOU MCMANUS, Alberto. La ratificación del Protocolo Facultativo CEDAW: implicancias y desafíos del procedimiento de comunicaciones individuales para el Estado de Chile. *RDUCN*, 2023, vol.30, 14.

- COLMENARES, Neida y ABARCA, Karelys. La migración a nivel local en Chile. Desafíos, demandas y políticas en tiempos de pandemia. *Si Somos Americanos*, 2022, vol.22, n.1, pp.164-192.
- COOPERATIVA. “Agresión a carabineros en Iquique durante fiscalización a migrante venezolano”. *Cooperativa.cl*, 12 de junio de 2022.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. ¿El derecho de familia a un derecho de las familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “pluralidad de formas de familia”. *Revista de Derecho de Familia*, 2015, vol. II, n.º 6, p. 21-48.
- DIARIO CONSTITUCIONAL. “Ingreso clandestino y figura de autodenuncia”. *Diario Constitucional*, 2022.
- DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES. *Informe anual sobre migración en Chile 2022*. Santiago: Gobierno de Chile, 2022.
- FEDDERSEN, Mayra; PASCUAL, Tomas y RODRIGUEZ ATERO, Macarena. EL DERECHO HUMANO A MIGRAR EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOAMERICANOS. *Rev. chil. derecho*. 2022, vol.49, n.2, pp.43-70.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y URIBE PENA, Karina. La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria. *Rev. derecho (Valdivia)*, 2021, vol.34, n.2, pp.225-246.
- FERRANTE, Alfredo. *El derecho de familia en Chile: entre principios y nuevas bases para la futura Constitución*. En: RUEDA, Natalia (ed.). *Problemas del derecho de familia, infancia y adolescencia. Reflexiones desde distintas experiencias jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023, pp.101-125.
- GALAZ, Caterine; STANG, María Fernanda and LARA, Antonia. Políticas migratorias y de diversidad sexual en Chile: tensionando la retórica del consenso posdictatorial. *rev.estud.soc.*, 2023, n.83, pp.61-80.
- GIMENEZ GUARIGUATA, Maribel José. Derechos Humanos y Migración. *Iustitia Socialis*. 2024, vol.9, n.16, pp.2-3.

HERNÁNDEZ G., José Ignacio. El bien común y el estado social en el nuevo proceso constituyente en Chile. *Estudios constitucionales*, 2023, vol.21, n. especial, pp.2-29.

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel; LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Derecho de familias. 1 tom. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

INE (Instituto Nacional de Estadísticas). *Estadísticas Vitales 2022*. Santiago.

La Tercera. “Natalidad en Chile: 1 de cada 5 nacimientos en 2022 fue de madre extranjera”. Santiago, 2023. Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/natalidad-1-de-cada-5-nacimientos-en-chile-en-2022-fue-de-madre-extranjera/>

LATHROP GÓMEZ, Fabiola; VIDAL OLIVARES, Álvaro. Evolución del Derecho de familias chileno: Cambios legales y jurisprudenciales. La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, N.º 39, 2023, pp. 66-83.

LEPIN MOLINA, Cristian. Los Nuevos Principios del Derecho de Familia. *RChDP*, 2014, n.23, pp.9-55.

LIBERONA CONCHA, Nanette; ROMERO QUEZADA, Mileska; SALINAS, Sius-Geng y VELOSO, Karen. Tráfico de migrantes en las fronteras del norte de Chile: irregularización migratoria y sus resistencias. *Derecho*, 2022, n.89, pp.9-36.

LÓPEZ-MORALES, Ernesto; FLORES PINEDA, Pablo y OROZCO RAMOS, Hernán. Inmigrantes en campamentos en Chile: ¿mecanismo de integración o efecto de exclusión?. *Revista INVI*, 2018, vol.33, n.94, pp.161-187.

LÓPEZ ROJAS, Dayán G. y MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel. Videovigilancia del espacio público en el marco del Plan de Seguridad Ciudadana Integral de la Municipalidad de Temuco. Una propuesta para evaluar su eficacia. *CUHSO (Temuco)* [online]. 2024, vol.34, n.2, pp.504-522.

LÓPEZ ROJAS, Dayán G.; MONDELO TAMAYO, J. O., y MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel.. (2024). Seguridad en Transición de la Protección Estatal a los Derechos Humanos. *Revista Republicana*, 36, 19-36.

MEJÍA-ELVIR, Percy y TORRES-VALDERRAMA, Sebastián. Resguardo a los derechos humanos de migrantes en situación irregular en Honduras: ¿Realidad o Discurso?. *ESPACIO ABIERTO*, 2024, vol.33, n.4, pp.35-50.

OTAROLA, Yasna. “Otra causal para rechazar la inscripción del título si es en algún sentido legalmente inadmisibles: que el alimentante esté inscrito en el registro nacional de deudores de pensiones de alimentos”. *Revista Fojas*, Universidad de los Andes, 2023, vol. 12, n.º 1, pp. 83-98.

OYARTE BÁLTICA, Marcela; CABIESES, Manuel; ESPINOZA, María Teresa; VALENZUELA, Iris; DELGADO, Iris. Percepción de discriminación en inmigrantes comparados a nacidos en Chile y su relación con acceso a servicios y resultados de salud. *Revista de Saúde Pública*, vol. 56, 6 ene. 2022.

PNUD. *Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Nueva York: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014.

RAMÍREZ VARELA, Francisco. La reconstrucción de familias fragilizadas de los adolescentes migrantes en Chile. *Si Somos Americanos* [online]. 2022, vol.22, n.1, pp.193-205.

RAMOS, Romina; TAPIA LADINO, Marcela. Entre humanitarismo y seguridad: la reorganización del control fronterizo en Chile (2010-2022). *Estudios Fronterizos*, vol. 25, 2024, e154.

ROMÁN SOTO, David. Migración Inclusiva en Chile, un Desafío Educativo Vigente. *Rev. latinoam. educ. inclusiva*, 2021, vol.15, n.1, pp.157-172.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional. Tomo I*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

STEFONI, Carolina; JARAMILLO, Matías; BRAVO, Aline y MACAYA-AGUIRRE, Gustavo. Colchane. La construcción de una crisis humanitaria en la zona fronteriza del norte de Chile. *Estud. Front*, 2023, vol.24, e113.

TURNER SAEZ, Susan. “Los intentos de establecer una noción de familia en la Constitución chilena”. *Filosofía Jurídica*, 2024, vol. 40, n.º 40, pp. 87-105.

TORRES MATUS, Leonora Rocío. La integración de los migrantes en Chile. Asimilación y retórica multiculturalista. *Migr. Inter.*, 2019, vol.10, e2068.

VILLARREAL SATAM, Freddy Lenín y BERNAL SUAREZ, Juan David. Conflictos de migraciones y tráfico de personas: Reflexiones generales. *Cuest. Pol.*, 2024, vol.42, n.80, pp.84-107.

LEYES Y NORMAS CHILENAS:

Chile. 1980. *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile. 1990. Decreto 830, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York: Naciones Unidas.

Chile. 1989. Decreto 789, *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*. Nueva York: Naciones Unidas.

Chile. 1998. Ley 19.585, *Igualdad de derechos de todos los hijos*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile. 2004. Ley 19.968, *Creación de los Tribunales de Familia*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile. 2015. Ley 20.830, *Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile. 2021. Ley 21.334, *Sobre determinación del orden de los apellidos por acuerdo de los padres*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile. 2021. Ley 21.400, *Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile. 2020. Ley 21.254, modifica la Ley N.º 19.968, que crea los Tribunales de Familia, para incorporar disposiciones transitorias de regulación de

medidas de retención judicial de fondos previsionales y de suspensión de la tramitación de la solicitud de retiro de fondos en razón de deudas por obligaciones alimentarias. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile. 2021. Ley 21.389, *Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

REFLEXIONES Y RETOS DE FAMILIA MULTIESPECIE O INTERESPECIE EN MÉXICO. UNA VISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Ricardo Tapia Vega*

RESUMEN

Este trabajo expone simultaneidades de apreciación normativa que actualmente existen, de manera disímbola, en el derecho mexicano respecto a la concepción del animal, presenta antecedentes y prospectivas sobre los derechos de los animales, y presenta a la familia multiespecie o interespecie en México, cerrando con la presentación de reflexiones y retos al respecto con visión de derechos humanos.

I. LOS ANIMALES EN EL DERECHO MEXICANO

El derecho romano consideró a los animales como cosas (*res*), susceptibles de integrar el patrimonio de los seres humanos, y esa concepción se incrustó en el *Código de Napoleón* (Código Civil francés de 1804), que tuvo como base las *Institutas* de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano; siendo dicho código la ley modelo civil para Europa continental e Iberoamérica.

* Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Profesor Investigador de Tiempo Completo Definitivo en dicha universidad. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores, Nivel I, de la SECIHTI. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. ORCID: 0000-0003-2750-1828. Correo electrónico: ricardo.tapia@uaem.mx

En esa tesitura, en México, actualmente, las codificaciones civiles federal y de las entidades federativas siguen ese derrotero. Así, me referiré a continuación a algunas disposiciones al respecto del *Código Civil Federal*, que a su vez se ha tomado como modelo para las codificaciones civiles de las entidades federativas.

El artículo 753 establece que “[s]on muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior”. En ese sentido, se tiene a los animales como bienes muebles, considerándolos cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro moviéndose por sí mismos. Por su parte, el artículo 750, fracción X, dispone que “[s]on bienes inmuebles...X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería; así como las bestias de trabajo indispensables en el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto...”

En los artículos 854 a 874, del capítulo II, titulado “de la apropiación de los animales”, relativo al Título Cuarto, del Libro Segundo, se aprecian reglas para hacerse de la propiedad de animales, por medios diversos al acuerdo de voluntades.

Luego, el capítulo IV, del título en cita, se ocupa del “derecho de accesión”, relativo al derecho que se tiene a la propiedad de todo lo que producen los bienes de cuya propiedad se es titular, así como todo aquello que se les une o incorpora natural o artificialmente, refiriéndose en ese orden de ideas a los animales, en los artículos 886 a 889 y 892.

El libro Cuarto, referente a “las obligaciones”, en su Título Cuarto relativo a los “efectos de las obligaciones”, en su capítulo II, referente a “la evicción y el saneamiento”, indica, en su artículo 2150, que “[e]najenándose dos o más animales juntamente, sea en un precio alzado o sea señalándolo a cada uno de ellos, el vicio de uno da sólo lugar a la acción redhibitoria, respecto de él y no respecto a los demás, a no ser que aparezca que el adquirente no habría adquirido el sano o sanos sin el vicioso, o que la enajenación fuese de un rebaño y el vicio fuere contagioso”, agregando que “[s]e presume que el adquirente no tenía voluntad de adquirir uno solo de los animales, cuando se adquiere un tiro, yunta o pareja, aunque

se haya señalado un precio separado a cada uno de los animales que los componen” (artículo 2151); que “[c]uando el animal muere dentro de los tres días siguientes a su adquisición, es responsable el enajenante, si por juicio de peritos se prueba que la enfermedad existía antes de la enajenación” (artículo 2153); y que “[e]n el caso de enajenación de animales, ya sea que se enajenen individualmente, por troncos o yuntas, o como ganados, la acción redhibitoria por causa de tachas o vicios ocultos, sólo dura veinte días, contados desde la fecha del contrato” (artículo 2155)

En el Libro Cuarto, el Título sexto, referente al “arrendamiento”, en su capítulo VI relativo al “arrendamiento de bienes muebles”, indica, en sus artículos 2470 a 2476 diversas disposiciones relativas al arrendamiento de animales; y en el Libro Cuarto, Parte Segunda, Título Decimoprimer, capítulo VII referente a “la aparcería rural”, se aprecian normas sobre aparcería de ganados en sus artículos 2752 a 2763.

Finalmente, se pone de relieve que, en el Capítulo V, del Título Primero del Libro Cuarto, se dispone:

Artículo 1929.- El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias:

- i. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;
- ii. Que el animal fue provocado;
- iii. Que hubo imprudencia por parte del ofendido;
- iv. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

Artículo 1930.- Si el animal que hubiere causado el daño fuere excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño del animal.

Artículo 1932.- Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.

Así las cosas, de la lectura sistemática de los textos trasuntos de la codificación civil federal mexicana, se aprecia que el animal es considerado como una cosa, objeto de apropiación y bien patrimonial; destacando que, las codificaciones civiles de las entidades federativas del país, que como se ha dicho, han tomado como modelo dicho código, presentan, en general, contenidos similares a los anteriormente consignados.

Es pertinente poner de relieve que, otras normas conciben también al animal como un bien, producto o un insumo, por ejemplo, el artículo 16 del *Código Fiscal de la Federación*, dispone que “se entenderá por actividades empresariales las siguientes... IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial...”.

Existiendo diversas normas que, en el mismo sentido, conceptúan al animal como un bien, producto o un insumo.

En el plano de los precedentes judiciales, llama la atención el siguiente:

Si bien es cierto que el sacrificio de un animal que se encuentra enfermo o expuesto a una enfermedad que represente una amenaza para la salud animal o humana, o para el medio ambiente, es una medida obligatoria y extraordinaria ante la inminencia de que ésta se disemine, según lo prevén los artículos 23 y 35 de la Ley Federal de Sanidad Animal, también lo es que esa decisión sólo estará justificada si se demuestran la enfermedad y sus consecuencias pues, de lo contrario, a fin de salvaguardar el derecho humano a la propiedad del dueño del bien semoviente, en el amparo promovido contra la orden de privación de la vida a éste por representar un riesgo para la salud pública, debe concederse la protección de la Justicia Federal para que la autoridad administrativa emita una nueva determinación en la que reconozca que no existen la enfermedad ni el peligro que se le atribuyó¹.

1 Tesis aislada, I.100.A.56 A (10a.), registro 2015659, emitida en la 10ª época, por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo la

Atento a la concepción de cosificación del animal, derivada de la normativa antes expuesta, en la materia penal, los delitos relacionados con animales tienen, en un primer plano, tradicionalmente, una ubicación dentro de los antisociales cuyo bien jurídico a tutelar es el patrimonio de los seres humanos.

Dentro de los delitos patrimoniales relacionados con animales, destacan el robo genérico²; el robo específico de ciertos semovientes, tipificado en algunas codificaciones, verbigracia como abigeato³, robo de ganado, etc.; el abuso de confianza⁴; y el daño o daño en propiedad ajena⁵, siendo ilustrativos los siguientes precedentes judiciales:

ponencia del magistrado Alfredo Enrique Báez López, de rubro “ORDEN DE PRIVACIÓN DE LA VIDA A UN ANIMAL POR REPRESENTAR UN RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA. EFECTOS DEL AMPARO CONCEDIDO EN SU CONTRA, POR NO DEMOSTRARSE LA JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA, EN TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 23 Y 35 DE LA LEY FEDERAL DE SANIDAD ANIMAL”.

2 Por ejemplo, el *Código Penal Federal*, dispone, en su artículo 367, que “comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley”, siendo el caso que en general las codificaciones sustantivas penales de las entidades federativas país definen al robo en los mismos términos.

3 Por ejemplo, el *Código Penal para el Estado de Morelos*, en su artículo 179 dispone que se castigará, por el delito de abigeato, “al que se apodere de una o más cabezas de ganado equino, bovino, caprino, ovino, porcino o sus híbridos, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de las mismas”.

4 Por ejemplo, el *Código Penal Federal*, dispone, en su artículo 382, que comete este ilícito el que “con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio”, siendo el caso que en general las codificaciones sustantivas penales de las entidades federativas país definen al robo en los mismos términos.

5 Por ejemplo, el *Código Penal Federal*, dispone, en su artículo 382, que se comete este ilícito “cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero”, siendo el caso que en general las codificaciones sustantivas penales de las entidades federativas país definen al robo en los mismos términos.

Si el acusado participa en haber desprovisto a una yegua y dos caballos de la cerda de la crin y la cola, esos hechos no tipifican el delito de daño en propiedad ajena, pues aun cuando puede considerarse que los animales a quienes se les quita la cerda sufren un daño, si el verdadero móvil de los hechos fue el propósito de apoderarse de la cerda quitada a los animales, es decir, si el móvil fundamental fue el de apropiarse indebidamente de la cerda para recibir con ello un beneficio económico, surgen las circunstancias que distinguen el robo del daño en propiedad ajena, ya que éste último, lo que mueve al agente no es el beneficiarse con el apoderamiento, sino el simple afán de causar un daño sin lograr con dicho daño en forma directa un lucro o beneficio, esto es, se trata de un delito de simple injuria y no enriquecimiento indebido como en el robo⁶.

El inciso b) del artículo 242, del Código Penal del Estado de Chiapas es claro y terminante en el sentido de que basta que el apoderamiento se refiera a un semoviente, ganado mayor, para que se surta su aplicación, pues expresamente se manifiesta en el numeral en cita que “se impondrá prisión de seis a doce años y multa de mil a diez mil pesos cuando el robo sea de una o más cabezas de ganado mayor”⁷.

Si no puede asegurarse que se trate del delito previsto en el artículo 368 del Código Penal de Tamaulipas referente al robo de una o más cabezas de ganado, pues según las constancias de autos el acusado, sin intención, sino en forma imprudencial dio muerte a una unidad de ganado en vez de a una pieza de caza, aprovechando después esa circunstancia para apoderarse de algunos trozos de carne del animal, se está en presencia del delito de robo simple. El robo de ganado indudablemente que se refiere a semovientes vivos, no a cadáveres, pues en este último caso el animal ya

6 Tesis aislada, registro 259303, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la 6ª época, bajo la ponencia del ministro Manuel Rivera Silva, de rubro “ROBO Y NO DAÑO EN PROPIEDAD AJENA”.

7 Tesis jurisprudencial, registro 235856, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la 7ª época, bajo la ponencia del ministro Mario G. Rebolledo F., de rubro “GANADO, ROBO DE. EL DELITO SE CONSTITUYE CON EL APODERAMIENTO DE UN SOLO SEMOVIENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)”.

no tiene existencia como ser biológico sino como una modesta riqueza de la cual se apodera el inculpado, es decir, su carne. El delito de abigeato, como también se le llama, se refiere al verbo latino abigere que significa arrear, lo cual presupone la existencia de los semovientes como seres vivos, no ocurriendo esto, y, no pudiéndose hablar de que haya habido robo de ganado, sino tan solo el simple aprovechamiento de algunos trozos de carne del animal privado de la vida en forma imprudencial⁸.

En un segundo plano, a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta, del siglo XX, podemos observar una concepción ecologista que sitúa al animal como parte del medio ambiente sano y la salubridad a que tiene derecho el humano, apreciándose la configuración de delitos medioambientales y sanitarios relacionados con animales.

Así, por ejemplo, se observa que el *Código Penal Federal*, a partir de sus reformas de 1996, incorporó un título, denominado “Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental”, incorporando diversos contenidos en reformas posteriores hasta 2017, destacando el contenido de los artículos 414 a 417 y 420 a 421, relativos a fauna, medio ambiente sano y la salubridad.

Y la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incorporó el párrafo sexto a su artículo 4 (adicción de 1999 y reforma de 2012), estableciendo que “[t]oda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

En un tercer plano, a partir de la segunda década del siglo XXI, se aprecia una concepción de bienestar del animal, como bien jurídico protegible, en la configuración de delitos de maltrato o crueldad contra animales domésticos y de prohibición sobre peleas de perros.

8 Tesis aislada, registro 292914, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la 5ª época, bajo la ponencia del ministro Agustín Mercado Alarcón, de rubro “ROBO SIMPLE Y NO DE GANADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS)”.

En esta línea, por ejemplo, el *Código Penal para el Distrito Federal* (hoy Ciudad de México), castiga el maltrato animal en sus artículos 350 bis y 350 ter; y en esa misma línea, el *Código Penal para el Estado de Morelos*, introdujo ese antisocial en sus artículos 327 a 329, y diversas entidades federativas han seguido también ese derrotero; asimismo, el *Código Penal Federal*, dispuso castigar diversas conductas relacionadas con las peleas de perros, en su artículo 419 bis.

También recientemente se aprecian prohibiciones respecto a peleas de gallos y corridas de toros, ya derivadas de leyes o reglamentos o incluso de decisiones jurisprudenciales.

II. ANTECEDENTES DE LA VISIÓN SOBRE DERECHOS DE LOS ANIMALES

Salt (2019) expone que desde los primeros tiempos ha habido pensadores que, de manera directa o indirecta, han conceptualizado que los animales han de tener también derechos, y literalmente indica que:

El canon budista y el pitagórico, dominados tal vez por la creencia en la reencarnación, incluyen la máxima de “no matar ni herir a ningún animal inocente”. Los filósofos humanitarios del Imperio Romano, entre los que destacan se destacan Séneca, Plutarco y Porfirio, fueron todavía más lejos en predicar a la humanidad el más amplio principio de la benevolencia universal. “Si se debe justicia a los seres racionales -dice Porfirio- ¿cómo es posible no admitir que estamos asimismo obligados a actuar justamente para con las especies que están bajo nosotros?”.

Salt (2019) también refiere que, un óbice al reconocimiento de prerrogativas para los animales ha sido “la llamada noción religiosa, que otorga inmortalidad al hombre, pero solo al hombre, con lo que proporciona (sobre todo en los países católicos) una sutil justificación para los actos de crueldad con los animales, alegando que no tienen alma”.

En esa tesitura, por ejemplo, se destaca que en los versículos 28, 29 y 30 del primer capítulo del Génesis de *La Biblia* se lee⁹:

28. Y los bendijo [se refiere al hombre y la mujer], diciéndoles [se refiere a Dios]: “Sean fecundos, multiplíquense, llenen la tierra y sométanla; dominen a los peces del mar, a las aves del cielo y a todos los vivientes que se mueven sobre la tierra”.

29 Y continuó diciendo: “Yo les doy todas las plantas que producen semilla sobre la tierra, y todos los árboles que dan frutos con semilla: ellos les servirán de alimento.

30 Y a todas la fieras de la tierra, a todos los pájaros del cielo y a todos los vivientes que se arrastran por el suelo, les doy como alimento el pasto verde”.

Y en los versículos 1 a 3, del capítulo noveno, también del Libro del Génesis, se lee¹⁰:

1 Entonces Dios bendijo a Noé y a sus hijos, diciéndoles: Sean fecundos, multiplíquense y llenen la tierra.

2 Ante ustedes sentirán temor a todos los animales de la tierra y todos los pájaros del cielo, todo lo que se mueve por el suelo, y todos los peces del mar: ellos han sido puestos en manos de ustedes.

3 Todo lo que se mueve y tiene vida les servirá de alimento; yo les doy todo eso como antes les di los vegetales.

En la Grecia antigua, Aristóteles, citado por Singer (2018) sostenía que los animales existen para servir a los propósitos de los seres humanos, al exponer que:

9 La Biblia. traducción argentina, visible en el siguiente sitio de internet del Vaticano: http://www.vatican.va/archive/ESLo506/___P2.HTM (consultado el 18 de agosto de 2025).

10 Ibidem, visible en el siguiente sitio de internet del Vaticano: https://www.vatican.va/archive/ESLo506/___PA.HTM (consultado el 18 de abril de 2023)

Las plantas existen para los animales y las bestias brutas, para el hombre: los animales domésticos, para su utilización y alimento; los salvajes (al menos la mayor parte), para alimento y otras necesidades de la vida, tales como el vestido y diversas herramientas.

Por tanto, si la naturaleza no hace nada sin motivo ni en vano, es innegablemente cierto que ha creado a todos los animales para beneficio del hombre¹¹.

Así, la visión que ha predominado ha sido la de considerar al animal como un bien para el ser humano.

Salt (2019) también dice que, durante la edad media, bajo el dominio de la iglesia católica, prácticamente no hubo atención al tema de los derechos de las especies inferiores ni de las injusticias sobre ellas cometidas, poniendo de relieve que otro obstáculo surgió a propósito de la *doctrina cartesiana*, en el siglo XVII, en la que René Descartes afirmaba que “los animales inferiores están desprovistos de consciencia y sensibilidad”, por lo que se les considera como una suerte de “máquinas animadas”.

En el siglo XVIII, en la ilustración, correspondió a Jeremy Bentham, citado por Singer (2018), señalar por primera vez que la capacidad de sufrimiento es la característica básica que le otorga a un ser el derecho a una consideración igual, expresando que:

Puede llegar el día en que el resto de la creación animal adquiera esos derechos que nunca se le podrían haber negado de no ser por la acción de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negrura de la piel no es razón para abandonar sin remedio a un ser humano al capricho de quien le atormenta. Puede que llegue un día en que el número de piernas, la vejez de la piel o la terminación del *os sacrum* sean razones igualmente insuficientes para abandonar a un ser sensible al mismo destino. ¿Qué otra cosa es la que podría trazar la línea infranqueable? ¿Es la facultad de

11 Aunque Pitágoras era vegetariano e instó a sus seguidores a tratar a los animales con respeto. Sin embargo, en este tema, fueron los criterios de Aristóteles y no los de Pitágoras los que permearon en la tradición occidental posterior. Cfr. Singer (2019).

la razón, o acaso la facultad del discurso? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes. Pero, aún suponiendo que no fuera así, ¿qué no se esclarecería? No debemos preguntarnos ¿pueden razonar?, ni tampoco ¿pueden hablar?, sino ¿pueden sufrir?

Hoy sabemos que, especies animales cercanas al humano, como los mamíferos y las aves, poseen sistemas nerviosos muy parecidos a los nuestros, que responden fisiológicamente como los nuestros cuando el animal se encuentra en circunstancias en las que nosotros sentiríamos dolor. Singer (2018).

En el siglo XIX, en 1822 el Parlamento Británico aprobó la primera ley contra la crueldad animal, siendo esta la *Ley sobre el maltrato al ganado*, conocida como *Ley Martin*¹² partir de ahí, aparecieron diversas leyes contra la crueldad hacia los animales (1833, 1835, 1849, 1854, 1876, etc.). En este contexto se destaca que la primera sociedad protectora de animales (la *Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, fundada por el clérigo Arthur Broome) fue fundada en Inglaterra en 1824, siendo su primer *patrón* la reina Victoria, en 1835 (en ese momento princesa). Salt (2019).

Por otra parte, desde las primeras décadas del siglo XX se comenzó, de alguna manera, a tomar conciencia global de la importancia del cuidado de especies animales, y así, comenzaron a aparecer algunos Tratados Internacionales en esa temática, entre otros: la *Convención para la Protección de Aves Migratorias y de Mamíferos Cinegéticos* (1936); la *Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América* (1940); la *Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas* (1971); la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres* (1973); y la *Convención Interamericana para la protección y Conservación de las Tortugas Marinas* (1996).

12 Por haber sido promovida por Richard Martin.

Ahora, en 1978 y 1989, respectivamente, la *Liga Internacional de los Derechos de los Animales*, elaboró sendas Declaraciones Universales de los Derechos del Animal (la primera constante de 14 artículos y la segunda de 10), leídas y proclamadas en la sede de la UNESCO-París, aunque sin haber logrado hasta ahora su proclamación ni por la UNESCO ni la por la ONU. Capacete González (2018)¹³.

Es de destacar que, en algunos países han aparecido casos jurisdiccionales de rompimiento de la visión antropocentrista, en los que se han dictado fallos en favor de animales, por ejemplo, en Argentina, la resolución del 18 de diciembre de 2014, emitida por la Cámara Federal de Casación Penal, que determinó dar trámite a un *habeas corpus* en favor de Sandra, una orangutana residente en el zoológico “Ecoparque” de Buenos Aires¹⁴; o la resolución del Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza, de fecha 3 de noviembre de 2016, que estimó que había lugar a la acción de *habeas corpus* interpuesta a favor de la chimpancé Cecilia¹⁵.

III. PROSPECTIVA HACIA EL DERECHO ANIMAL EN MÉXICO

En épocas recientes, más o menos después de la segunda década del siglo XXI, ha permeado en sistema mexicano, en ciertas estructuras, el reconocimiento de los animales como seres sintientes sujetos a protección.

Particularmente, la *Constitución Política de la Ciudad de México* (de 2017), en su artículo 13, aparato B, numeral 1, reconoce prerrogativas a los animales, disponiendo que:

13 Véase Capacete González, Francisco J., “La declaración universal de los derechos del animal”, *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, vol. 9/3, 2018, España, pp. 144-145. Visible en el siguiente sitio de internet: https://revistes.uab.cat/da/article/view/v9-n3-capacete/pdf_14 (consultado el 22 de agosto de 2025).

14 Causa No. CCC 68831/2014/CFC1, registro nro. 2603/14, Sala II, de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por Alejandro W. Slokar, Ángela E. Ledesma y Pedro R. David.

15 Sentencia relativa al EXPTE. NRO. P-72.254/15, resuelto por la jueza María Alejandra Mauricio, pp. 31 y ss.

Esta Constitución reconoce a los animales como seres sintientes, y, por lo tanto, deben recibir trato digno. En la Ciudad de México toda persona tiene un deber ético y obligación jurídica de respetar la vida y la integridad de los animales; éstos, por su naturaleza son sujetos de consideración moral. Su tutela es de responsabilidad común.

También en las leyes de aplicación nacional, recientemente se aprecia, por ejemplo, que el último párrafo del artículo 78 (adicionado en 2015) de la *Ley General de Vida Silvestre* ha establecido que “queda prohibido el uso de ejemplares de vida silvestre en circos”, y que el artículo 87 bis 2 (adicionado en 2018) de la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* ha dispuesto que “[e]l Gobierno Federal, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, regularán el trato digno y respetuoso que deberá darse a los animales”.

Del mismo modo, diversos ordenamientos de las entidades federativas han diseñado diversas estructuras normativas de protección hacia los animales, verbigracia, la *Ley de Protección y Bienestar Animal para la Sustentabilidad del Estado de Nuevo León* (de 2016), o la *Ley de bienestar animal del estado de Guerrero* (de 2014), entre otras.

En ese orden de ideas, los precedentes judiciales han venido modulando los derechos a la propiedad, a la salud y al medio ambiente sano, en consideración al plano del bienestar animal, por ejemplo, al disponer que:

Si bien es cierto que el derecho humano a la propiedad se encuentra protegido conforme al contenido relacionado de los artículos 14, 16 y 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también lo es que no puede soslayarse que la orden de privar de la vida a un animal por representar un riesgo para la salud pública es una medida trascendental y extraordinaria; de ahí que se actualiza la excepción al principio de definitividad en el amparo promovido en su contra por transgresión al derecho humano a la propiedad, aun cuando el quejoso, además de alegar violaciones directas a la Constitución, haya argumentado la incorrecta aplicación de los artículos 1, 2, 3, 4, 6, fracción XVI, 16, fracciones II, IV, VII, X, XII, XIV, 20, 21, 23, 30 y 36 de la Ley Federal de Sanidad Animal por parte de las

autoridades administrativas, pues el precepto 61, fracción XX, de la Ley de Amparo, al establecer que únicamente se deben alegar violaciones directas a la Constitución, no prohíbe o limita técnica o metodológicamente la forma y los términos argumentativos mediante los cuales el particular debe cumplir con esta exigencia, aunado a que la protección de la vida debe hacerse extensiva a los animales, en términos del artículo 10. constitucional, al no existir referente que permita obviar lo extremo de la medida y asegurar, a su vez, no sólo la garantía de audiencia del propietario mediante el recurso de revisión o el juicio contencioso administrativo, sino la pronta e inmediata resolución de la litis, ya que el parámetro de regularidad constitucional no puede desvincularse al momento de verificar la afectación de los animales, aun cuando sean considerados como un bien semoviente¹⁶.

Para que se considere constitucional la orden de la autoridad administrativa de privar de la vida a un animal porque representa un riesgo para la salud pública, debe contar con el respaldo científico, objetivo y concluyente que justifique esa medida, ya que el Estado, bajo la aparente y simple privación de la propiedad, no puede desconocer que ésta debe protegerse con mayor rigor cuando se trata de un animal, pues de lo contrario se permitiría trastocar su vida sin considerar la obligación no sólo de los operadores de las normas, sino de todas las autoridades, de proteger y maximizar los derechos humanos que, per se, implican y trascienden a la vida de un ser vivo, con independencia de su especie¹⁷.

16 Tesis aislada, I.100.A.54 A (10a.), registro 2015662, emitida en la 10ª época, por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Alfredo Enrique Báez López, de rubro “ORDEN DE PRIVACIÓN DE LA VIDA A UN ANIMAL POR REPRESENTAR UN RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA. SE ACTUALIZA LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD EN EL AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA, AUN CUANDO EL QUEJOSO, ADEMÁS DE ALEGAR VIOLACIONES DIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN, HAYA ARGUMENTADO LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY FEDERAL DE SANIDAD ANIMAL POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS”.

17 Tesis aislada, I.100.A.53 A (10a.), registro 2015661, emitida en la 10ª época, por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Alfredo Enrique Báez López, de rubro “ORDEN DE PRIVACIÓN

Ahora, el 3 de diciembre de 2024, entraron en vigor reformas y adiciones a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en materia de protección y cuidado animal, observándose que se reformó su artículo 3, párrafo décimo segundo, que ahora indica que “[l]os planes y programas de estudio tendrán... orientación integral, por lo que se incluirá el conocimiento de...el cuidado al medio ambiente, la protección de los animales, entre otras”; se reformó su artículo 73, fracción XXIX-G; para quedar como sigue:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXIX-G. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de las entidades federativas, de los Municipios y, en su caso, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente, preservación y restauración del equilibrio ecológico; y de protección y bienestar de los animales;

Y, se adicionó un párrafo (séptimo) a su artículo 4, que ahora prescribe que “[q]ueda prohibido el maltrato a los animales. El Estado mexicano debe garantizar la protección, el trato adecuado, la conservación y el cuidado de los animales, en los términos que señalen las leyes respectivas”; destacando que el artículo segundo transitorio del decreto de reformas y adición, dispuso:

Segundo.- El Congreso de la Unión cuenta con un plazo de ciento ochenta días naturales¹⁸, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, para expedir la Ley General en Materia de Bienestar, Cuidado y Protección de los Animales, considerando su naturaleza, características y vínculos con las personas, la prohibición del maltrato en la crianza, el aprovechamiento y sacrificio de animales de consumo humano y en la utilización de ejem-

DE LA VIDA A UN ANIMAL POR REPRESENTAR UN RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA. PARA QUE SE CONSIDERE CONSTITUCIONAL, DEBE CONTAR CON EL RESPALDO CIENTÍFICO, OBJETIVO Y CONCLUYENTE QUE JUSTIFIQUE ESA MEDIDA”.

¹⁸ Plazo que ha corrido en exceso a la fecha de elaboración del presente trabajo, sin que el Congreso de la Unión haya expedido aún la *Ley General en Materia de Bienestar, Cuidado y Protección de los Animales*.

plares de vida silvestre en espectáculos con fines de lucro, así como las medidas necesarias para atender el control de plagas y riesgos sanitarios.

En estas reformas y adición al texto fundamental, se aprecia que se elevó a rango constitucional el tema de la “protección y cuidado animal”.

IV. LA FAMILIA MULTIESPECIE O INTERESPECIE EN MÉXICO

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en interpretación del artículo 23.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*¹⁹, en relación a la tutela de la familia, exige que se reconozcan los diversos tipos de organización familiar al decir que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”; sin embargo, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, ésta “debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23”.

En ese sentido, cabe apuntar que actualmente se aprecian en el mundo diversos tipos familiares, como son, por ejemplo: la familia nuclear, integrada por cónyuges o concubinos (de diferente sexo), con o sin hijos; la familia monoparental, conformada por un padre o madre e hijos; la familia extensa, conformada por cónyuges o concubinos con o sin hijos, parientes consanguíneos, ascendientes, descendientes y/o colaterales; la familia ensamblada, conformada por dos familias monoparentales unidas, en las que a menudo aparecen además hijos en común; la familia poligámica, integrada por un esposo o concubino, varias esposas y/o concubinas con o sin hijos; la familia poliándrica, formada por una esposa, varios esposos y/o concubinos con o sin hijos; la familia homoparental, constituida por cónyuges o concubinos del mismo sexo, con o sin hijos; etc.²⁰. Tapia Vega (2017).

19 Véase Observación General número 19 de dicho Comité, formulada en 1990 en el 39º periodo de sesiones.

20 Tapia Vega, Ricardo, *El matrimonio igualitario en México. Una perspectiva de derechos humanos*, en Oliva Gómez, Eduardo, et al, “Temas Selectos 4. Hacia el ámbito del derecho familiar”, Ed. Eternos Malabares, México, 2017, pp. 32-33.

En esa tesitura, Oliva Gómez (2022) refiere que en “la dinámica en que transitan las familias, es imposible el pretender estacionarlas en un modelo específico o único y pretender desconocer o ignorar la diversidad de formas en que actualmente se constituye y manifiesta la unión y estructura familiar”, y agrega que:

La aparición de nuevas formas y modelos de familias no provoca de ninguna manera la desaparición de los anteriores tipos, lo que en realidad sucede es que la gran diversidad de estas formas -nuevas y anteriores continúan vigentes, lo que motiva una coparticipan de todas ellas al mismo tiempo, cada una con sus características y formas propias, generando con esto una complejidad en la regulación jurídica.

Sáenz-Olmos, José, *et al* (2023), en estudios recientes, nos recuerdan que nuestra relación de compañerismo y convivencia con otras especies, como con los perros y los gatos, ha existido desde la antigüedad, poniendo de relieve que diversos estudios evolutivos de ADN sitúan las relaciones entre el lobo y el humano, entre hace 32,000 y 40,000 años atrás y que se han descubierto múltiples enterramientos humanos acompañados por restos de gatos o de perros.

En las culturas occidentales los animales de compañía se han ido considerando en la construcción de hogares “más-que-humanos” o “familias multi o interespecie”, observándose que “cada vez hay más animales en viviendas humanas que menores de edad”. Sáenz-Olmos, José, *et al* (2023).

El autor en cita agrega que:

El vínculo de carácter humano-animal está relacionado con el reconocimiento de los animales no humanos como miembros de pleno derecho de la familia, con un rol importante y, por lo tanto, sujetos tanto de estudio-diagnóstico de la situación sociofamiliar como de la intervención profesional en las situaciones de familias disfuncionales. Los animales no humanos, no solo producen consecuencias a nivel demográfico y económico. Si bien son considerados miembros de la familia humana con un papel activo en la dinámica familiar, se plantea el debate sobre la articulación de recursos y mecanismos profesionales de protección especializada y su inclusión en

los sistemas de ayuda familiar en caso de demanda o necesidad. Ya que cada familia es única e individual, y las necesidades de sus miembros se interrelacionan, pueden necesitar ayuda para comunicar y solventar sus problemas, por lo que los y las profesionales que intervienen a nivel familiar necesitan conocer los marcos culturales, jurídicos, sociales y su correspondiente interrelación. Es decir, aunque aún queda mucho por indagar en esta nueva realidad social, el estudio de la situación de los animales no humanos en la dinámica familiar puede ofrecer información muy relevante desde distintas perspectivas. Profundizar en este tipo de relación compleja también abre las puertas a otras investigaciones y prácticas profesionales de diversas disciplinas, por lo que se trabajar en red multidisciplinar para mantener la adecuada y actualizada información sobre esta manifestación de la realidad social.

En México, como se ha visto, el primer párrafo del artículo 4 constitucional dispone que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de las familias”.

En ese orden de ideas, el 16 de junio de 2023, el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, emitió el siguiente criterio, derivado de la sentencia que dictó al resolver el Amparo Directo 454/2021, el 2 de marzo de 2023²¹:

...si la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cobijado distintos tipos, formas y composiciones de familia –monoparentales, heteroparentales, homoparentales, recompuestas, así como las que derivan del matrimonio, del concubinato o de la sociedad de convivencia, entre otros– entonces, la

21 Tesis aislada I.110.A.23 A (11a.), registro 2026709, emitida en la 11ª época, bajo la ponencia de la magistrada Paula María García Villegas Sánchez Cordero, de rubro “FAMILIA MULTIESPECIE O INTERESPECIE. AL ESTAR RECONOCIDA, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 13, APARTADO B, PUNTOS 1, 2 Y 3, INCISO E), DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO, LOS GIROS MERCANTILES DE ALBERGUE Y CUIDADO DE LOS ANIMALES DOMÉSTICOS QUE VIVEN EN LOS HOGARES COMO PARTE INTEGRANTE DE ESE TIPO DE FAMILIA, SE DEBEN CONSIDERAR DE BAJO IMPACTO, CONFORME A LA FRACCIÓN XVI DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES LOCAL”.

evolución que ha tenido la familia lleva a concluir que hay un nuevo tipo de familia que se debe reconocer y que es la familia multiespecie o interespecie, integrada por personas y animales domésticos, quienes ya pasaron de ser considerados por la ley como cosas a concebirse como seres sintientes. Incluso, dichos animales son parte integrante de la familia en la que desempeñan un papel de protección, apoyo, compañía, cariño y cuidado hacia los humanos. Ahora, en las familias multiespecie es clara la relación de apego recíproca entre personas y animales; de ahí que el derecho administrativo debe reconocer que aquéllas demandan los servicios de albergue y cuidado de animales que antes no se solicitaban.

Así las cosas, si empieza a aparecer tendencia hacia reconocer a la familia multiespecie o interespecie, en lo referente al derecho de familias, se presentan también algunos retos de temas que la ley hoy no prevé, pero que con los antecedentes expuestos hasta aquí pueden transitar, y de hecho ya transitan en juzgados y tribunales, en relación a animales, como lo relativo a custodia, régimen de convivencias, alimentos, posibilidad de titularidad de derechos patrimoniales, como el de recibir herencias y donaciones, etc.

Además, lo anterior avizora también retos para el Estado, derivados del mandato constitucional que ahora dispone (artículo 4 constitucional, párrafo séptimo) que “[e]l Estado mexicano debe garantizar la protección, el trato adecuado, la conservación y el cuidado de los animales, en los términos que señalen las leyes respectivas”, quedando la interrogante acerca de si el Estado debiera desplegar recursos públicos para salud y seguridad social, educación, etc. para animales (y en su caso definir que clases de animales), y en el supuesto de actualización de esa hipótesis establecer hasta donde debiera llegar esa obligación prestacional, sobre todo en casos de ponderación con derechos humanos de esa misma clase (salud y seguridad social, educación, etc.)

V. REFLEXIONES FINALES. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto en el ítem I, *supra*, el animal es considerado actualmente por el derecho mexicano, de manera simultánea: a) desde una concepción de cosificación, para ubicarlo como un bien patrimonial del ser

humano, b) desde una concepción de “ecologización”-“sanitización”, para ubicarlo como parte del medio ambiente sano y la salubridad a que tiene derecho el ser humano, y c) desde una concepción como ser sintiente que considera el bienestar animal individual, para ubicarlo como ente protegible; y esas simultaneidades de apreciación normativa generan problemas, en cuanto a que en ese escenario cada concepción jurídica del animal obedece a lógicas diferentes, por lo que los mensajes jurídicos pueden expresar mandatos contradictorios. Tapia Vega (2024.)

Piénsese, por ejemplo, si un animal que es reconocido como integrante de una familia multiespecie, desde una concepción como ser sintiente que considera el bienestar animal individual, y desde una concepción de la protección constitucional a “la organización y el desarrollo de las familias” (artículo 4 constitucional párrafo primero). ¿Sería dable que por una deuda ese animal fuera embargado por el acreedor de la persona a quien se considerara “dueño del animal”?

O si un animal es integrante de una familia multiespecie ¿podría en su caso heredar por sucesión legítima?, y en ese caso ¿cómo?

O si un animal es integrante de una familia multiespecie ¿hasta qué punto es dable sacrificarlo, en casos concretos, en aras del derecho a la salud?

Y así, podría hablarse de distintos problemas que las referidas simultaneidades de apreciación normativa generan, en cuanto a que cada concepción jurídica del animal obedece a lógicas diferentes, problemas que la extensión de este trabajo no nos permite profundizar.

Y en cada caso habría que analizar, en caso de colisión con derechos humanos, si estos pueden ser modulados o no²², y si la respuesta es sí como y de qué manera, y si la respuesta es no, por qué razones.

22 En las tesis aisladas I.100.A.54 A (10a.), registro 2015662, y I.100.A.53 A (10a.), registro 2015661, referidas supra líneas, se observa que sí se modulan derechos humanos a la propiedad frente a la vida de un animal.

En esas condiciones, se considera que es necesario construir un modelo sistematizado y coherente relativo al régimen jurídico para los animales, siendo la primera cuestión resolver si pueden ser los animales sujetos de derechos, o sólo ser objeto de ciertas protecciones jurídicas, definiendo los bienes jurídicos a tutelar en cada caso. La primera ruta (reconocer a los animales como sujetos de derechos) desde luego puede generar entusiasmo, como propuesta de nuevo paradigma, pero también es la que más cambios exigiría al sistema jurídico y al modo de vida en general de la sociedad actual. En cualquier ruta, el tema de las protecciones o los derechos para los animales está en el *quid* de la narrativa jurídica actual, y habrá que abordarse, decidirse y operarse. Tapia Vega (2024).

Además, para materializar la operación y el control respecto a los contenidos de las reformas y adición a la Constitución, en materia de bienestar animal, señaladas en el ítem III, *supra*, amén de lo que dispongan las leyes, se hace necesaria la construcción de modelos que resuelvan algunas preguntas como: ¿es el animal sujeto de derechos u objeto de protecciones especiales?; ¿es dable desplegar clasificaciones de animales en relación a derechos o protecciones especiales atribuibles a ellos, y por qué?; ¿de qué manera deben operarse los derechos de las personas físicas y morales frente a los derechos o protecciones especiales de los animales y viceversa? ; en tanto no se establezca un medio de control *ad hoc* para estos nuevos contenidos constitucionales, ¿es posible acudir, por afinidad, a algún medio de control concentrado como el amparo?; ¿es posible aplicar el control difuso de constitucionalidad y cómo?; ¿hasta dónde debe llegar el deber del estado mexicano de “garantizar la protección, el trato adecuado, la conservación y el cuidado de los animales”?

REFERENCIAS

- Buscador de constitución y leyes federales mexicanas, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Buscador de constituciones y leyes de las entidades federativas mexicanas, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/gobiernos.htm>

Capacete González, Francisco J., “La declaración universal de los derechos del animal”, *Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, vol. 9/3, 2018, España, pp. 144-145.

La Biblia, traducción argentina. Vaticano.

Oliva Gómez, Eduardo, *Derecho de familias*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2022, pp. 127, 134.

Observación General número 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, formulada en 1990, 39º periodo de sesiones.

Sáenz-Olmos, José, et al., “La familia multiespecie: cuestión y reto multidisciplinar”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, No. 97, abril-junio 2023, España, p. 17.

Salt, Henry, *Los derechos de los animales*, Olejnik, Chile, 2019, pp. 11, 12, 26, 29, 30.

Singer, Peter, *Liberación animal*, 2a ed., Taurus, España, 2018, pp. 23, 27, 218-220.

Tapia Vega, Ricardo, *El matrimonio igualitario en México. Una perspectiva de derechos humanos*, en Oliva Gómez, Eduardo, et al., *Temas Seleccionados 4. Hacia el ámbito del derecho familiar*, Ed. Eternos Malabares, México, 2017, pp. 32-33.

Tapia Vega, Ricardo, *Los derechos fundamentales en operación*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2025, pp. 150-151.

JURISPRUDENCIA

Causa No. CCC 68831/2014/CFC1, registro nro. 2603/14, Sala II, Cámara Federal de Casación Penal, integrada por Alejandro W. Slokar, Ángela E. Ledesma y Pedro R. David. Sentencia relativa al EXPTE. NRO. P-72.254/15, resuelto por la jueza María Alejandra Mauricio, pp. 31 y ss.

PARTE II
PROCESOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y
REFORMAS JURÍDICAS EN EL DERECHO DE
FAMILIA

NECESIDAD DE UNA LEY ESPECÍFICA PROCESAL DE FAMILIA PARA CUBA: ¿POR QUÉ UN ENFOQUE DESDE EL SUR?

Osvaldo Manuel Álvarez Torres*

RESUMEN

El capítulo analiza la evolución del Derecho Procesal de Familia en Iberoamérica y el Caribe, destacando avances y desafíos en la creación de leyes y códigos especializados, y plantea la necesidad de un Código Modelo o Tipo que sirva como guía para la elaboración de normas procesales familiares en cada país, similar al histórico Código de Bustamante en Derecho Internacional Privado, con el objetivo de facilitar reformas coherentes y garantizar justicia y protección a las familias en sus diversas formas. Se diferencia el proceso familiar del civil, enfatizando que protege intereses sociales y colectivos más allá de los patrimoniales, otorgando al juez un rol activo, conciliador y garantista de derechos irrenunciables, y concibiendo a la familia como núcleo social fundamental, por lo que los procesos requieren normas específicas, inclusivas y respetuosas de la pluralidad familiar. En Cuba, aunque el Código de Procesos de 2021 integra múltiples materias, carece de normas procesales específicas para familias, limitando la especialización judicial y la efectividad de los derechos sustantivos, por lo que se destaca la importancia de la interdisciplinariedad, la mediación y la participación de equipos técnicos en la justicia familiar. El capítulo aboga

* Doctor en Ciencias Políticas. DEA en Filosofía del Derecho. Profesor Titular y Consultante. Universidad de Matanzas, Cuba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2717-2665>. Correo electrónico: osvaldomanuelalvareztorres@gmail.com

por un Derecho de las Familias plural, inclusivo y social, con procesos especializados que protejan a los más vulnerables y articulen armoniosamente los intereses individuales y colectivos, consolidando un sistema de justicia familiar moderno y coherente con la realidad latinoamericana.

I. INTRODUCCIÓN

Luego de años en la ardua tarea de lograr en Iberoamérica, más aún, en los pueblos latinoamericanos, centroamericanos y caribeños Leyes o Códigos Procesales de Familia, en unos (El Salvador, Argentina, Nicaragua, Chile, Bolivia), logrados; en otros (Costa Rica), con un modernísimo Código Procesal de Familia puesto en vigor y para otros (Cuba), con una idea quimérica que contó con el apoyo resuelto de los jueces al dictarse, en 2012, una Instrucción Jurisdiccional que introdujo normas procesales especiales de familia, se abrió un nuevo espacio, surgió la idea unificadora, integradora de establecer un Código Modelo o Tipo de Derecho Procesal Familiar, que fuera la ruta para establecer Códigos Procesales o Leyes Procesales Especiales de Familia en cada país, pero con un patrón general para seguir avanzando.

Hay que señalar que la finalidad de un 'Código Modelo' es servir, como lo hizo en su día el Código de Bustamante en materia de Derecho Internacional Privado, de base para futuras reformas procesales en el continente latinoamericano. No se trata de un texto que tenga la pretensión de imperar en ningún país en forma efectiva, sino solamente, servir como 'modelo' (o 'tipo') para contribuir al mejor trabajo de las reformas al servicio de la justicia, que prácticamente hoy proyectan los países del área.

Al presente se pondera, más que discutir: ¿es preciso dotarse de un Código Modelo o Tipo en una disciplina como el Derecho Procesal de Familia, instrumento realizador del más humano, amplio y solidario de todos los derechos, tal cual es el Derecho Sustantivo de Familias? ¿Ha llegado ya la hora de enrumbar este camino y de llevar esta idea a feliz término? ¿Merecen nuestros países Códigos o Leyes Procesales Específicas de los procesos familiares?

II. DESARROLLO

En el pensamiento magnífico de construir un 'Código Modelo o Tipo' de procesos familiares y Leyes Específicas del proceso de lo familiar, no puede dejar de tenerse en cuenta que la Ciencia se construye desde la interrelación. Hoy se debe hacer Ciencia desde la diversidad, desde la inclusión, desde la integración, ¡pero Ciencia de verdad! Muchas acciones, pocos discursos ¡es lo que se necesita en esta hora! Y cabe preguntarse: ¿se ha perdido la juridicidad en el Derecho? ¿Ha envejecido el Derecho, se ha quedado atrás el Derecho en relación con otras ciencias sociales?

Hay que beber, sí, de teorías ajenas, a veces teorías extrañas, sopesarlas, compararlas, sin desdeñar las teorías propias, las que surgen de la inteligencia natural de estos pueblos de un Sur que defiende la diversidad, pero con el respeto debido a la inclusión, a la integración, a la globalización solidaria de los afectos, a la emancipación.

No se trata de ser un acérrimo defensor de lo nuevo, que pretende divorciar el Derecho Procesal de Familia y el procedimiento familiar de esa fuente inagotable de la que bebió y bebe hoy aún: el Derecho Procesal Civil y el proceso civil. Sólo que no puede negarse que el añejo proceso civil tiene como fundamento primigenio dispensar normas jurídico-procesales que tutelan, por encima de todo, intereses patrimoniales e intrínsecamente individuales, mientras que el proceso de familia surte normas, también instrumentales, pero no taxativamente de corte *iusprivatista* sino de tutela de normas sustantivas familiares eminentemente sociales.

Ello, por ser la familia no un núcleo signado por una suma aritmética de intereses individualistas, sino por ser el centro de la sociedad, de la vida misma, por constituir una verdadera sociedad en pequeño.

En el proceso familiar se han conferido al juzgador, dada la trascendencia social de las relaciones familiares, mayores atribuciones para la dirección del proceso, para la exaltación de su activismo y el desenvolvimiento de una justicia de acompañamiento que él dirige y, particularmente, para la obtención de las pruebas.

En este proceso específico, los derechos que se discuten generalmente son irrenunciables, por lo que no caen dentro del ámbito de la libertad de disposición de las partes. Se trata, pues, de derechos regularmente indisponibles por su manifiesto carácter social y no privado.

El Proceso Familiar no es un desgajamiento apurado del Derecho Procesal Civil ni una inventiva de las postrimerías del siglo XX. Para quienes no lo ven como un proceso en sí, por sí y para sí, hay que remontarse a la explicación de lo que expresaron importantes maestros de la ciencia procesal.

Cabe distinguir a este específico proceso de otros, por sus notas típicas. Nadie alberga la menor duda de que en los procesos específicos de familia se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia y que los jueces de lo familiar, en una actuación especial *sui generis*, intervienen de oficio en los asuntos que afectan a la familia, para preservarla y para proteger a sus miembros.

No puede concluirse que el proceso de lo familiar es un proceso totalmente independiente, que ha roto el cordón umbilical que lo une al proceso civil por un denominador común de principios rectores, de instituciones procesales habituales al proceso, visto como un todo, porque ello entrañaría negar que los procesos específicos de familia están insertados, como el resto de los procesos, en el calificativo con que se ha denominado a la teoría unitaria del proceso, pero sin desechar que presenta sus especificidades propias, que lo distinguen, que lo diferencian, que lo destacan no sólo como derecho de corte público sino predominantemente social.

III. LA SISTEMÁTICA JURÍDICA Y EL CÓDIGO DE PROCESOS DE CUBA

La Sistemática Jurídica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados. Por tanto, la Sistemática Jurídica es la que nos permite agrupar las normas jurídicas ordenadamente, primero, en una gran división de Derecho Público y de Derecho Privado y, posteriormente, formar las diversas ramas del Derecho. Si no fuera por esa sistematización sería un caos la multiplicidad de las normas jurídicas.

Interpretación sistemática es buscar y extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Un precepto o una cláusula deben interpretarse no de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento en cuestión.

La concepción del método sistemático supone que la verdad está en el todo y no en las partes. El principio de la interpretación sistemática es el que inspira la disposición según la cual, las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Creo firmemente que el actual Código de Procesos de la República de Cuba de 2021, adolece de la debida sistemática jurídica. Y cito ejemplos:

En su artículo 1.1. el Código uniforma los procesos para el conocimiento y la solución de los asuntos de las materias civil, familiar, mercantil, del trabajo y de la seguridad social, y la ejecución de las resoluciones judiciales recaídas en ellos.

Pero la falta de orden metódico, consecuente, persistente, que se advierten en la regulación de las normas del Código de Procesos de Cuba de 2021, constituye un verdadero rompecabezas no solo para jueces, sino para los operadores del Derecho y de los procesos, porque no hay un orden lógico en el planteamiento de las diferentes instituciones procesales que en él se regulan.

Se precisa de una Ley Específica Procesal de Familia para Cuba y no normas insertas en un Código General de Procesos, porque los jueces y tribunales de lo familiar están obligados a suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho.

A las familias les corresponde, a través del proceso socializador, conferir al orden social, al sistema político estatal, la cobertura axiológica que lo mantenga protegido de convulsiones y conflictos.

En las familias se verifica una operación de conexión sistemática de lo moral y lo económico. Se convierten en tierra de misión, en asidero de

la sociedad civil a la que se integran las familias y, por tanto, del sistema político, en tanto las familias se destacan como elemento primordial del mismo.

En la actualidad, pese a la llamada crisis de las familias en una sociedad mundial postmoderna, las familias tienden a manifestarse como núcleo cohesionador frente a razones que, como la crisis económica que se vive a nivel planetario, una globalización neoliberal que borra rostros e identidades, el proceso actual de neocolonizaje emprendido contra los pueblos del Sur, que pretenden emanciparse o afianzar su emancipación, todo esto hace que los hijos se refugien más tiempo en el seno de sus familias, que aunque no los obliga a adherirse a valores sustentados por sus mayores, sí los convoca a mantener un *modus vivendi* familiar. A ello se suman las ideas, en las familias, de lograr en sus vidas el éxito de proyectos de vida a largo plazo, con responsabilidades compartidas, con patrones conductuales de unidad familiar.

Se precisa de una Ley Específica Procesal de Familia para Cuba y no normas colocadas en un Código General de Procesos, porque los jueces y tribunales de lo familiar están obligados a suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho. Porque en puridad, se manifiesta quizá como en ningún otro proceso, sino en el especial de familia, la aplicación del principio de la *iura novit curia*, de acuerdo con el cual el juez o tribunal es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cuál es el derecho aplicable.

Hay prevalencia de la oralidad en las audiencias en que se dividen los procesos específicos de familia, y aunque no hay libre albedrío en la proposición de medios probatorios, dada la condición del Tribunal de sujeto jerárquicamente subordinante en la relación jurídica-procesal de lo familiar, las pruebas propuestas por los partícipes y las que pudieran acordarse de oficio por los jueces no tendrán más limitaciones que aquellas que sean contrarias a la moral, o que sean dilatorias, impertinentes o inconsecuentes, o que estén prohibidas por la ley.

En virtud de este principio, las alegaciones de derecho formuladas por las partes en los procesos específicos de familia no vinculan a los jueces,

por lo que éstos, en todo caso, y a pesar de los errores u omisiones de las partes en la cita de los preceptos jurídicos, determinan el derecho aplicable.

IV. TRANSFORMACIONES OCURRIDAS EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS Y EL DERECHO PROCESAL DE LAS FAMILIAS. ARISTAS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL.

Es hora de formular planteamientos críticos de los virajes experimentados y por experimentar en un derecho que ya no es Derecho de Familia en singular, sino en plural: Derecho de las Familias. Y por ello la intención es suscitar alguna reflexión sobre los temas que en la actualidad son objeto de debate en el Derecho de las Familias y en el Derecho Procesal de las Familias.

Cualquier sistema jurídico ofrece tres dimensiones: la axiológica (que concierne a los valores y principios en que se inspira), la dogmática (compuesta por el conjunto de normas vigentes sobre una materia, o sea, ley positiva) y la sociológica (que configura el Derecho vivo, aplicable en el marco de una realidad social).

Hablar de transformaciones del Derecho de las Familias significa hablar, por ejemplo, de Derecho Internacional Privado de las Familias, donde las transformaciones acaecidas han sido espectaculares y aún vertiginosas en las últimas décadas.

Actualmente, Cuba se alza al mundo con una moderna Constitución que plantea como principio cardinal la protección a las familias. Tal es así que refrenda en su artículo 81: “Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines”.¹

1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA, diciembre de 2018. Artículo 81. Edición de 2019.

Es que resulta impostergable considerar la necesidad de elevar a rango constitucional el Derecho de las Familias, no de un solo tipo de familia, sino de las familias en plural, amén de su instrumento de realización de la justicia de familia: la jurisdicción especializada o específica de las familias, insertada en un Derecho Procesal de las Familias, tal cual han realizado ya textos constitucionales como los de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo setenta y ocho y de la República Dominicana en su artículo ciento sesenta y ocho, con un Código que en su día fue el *súmmum* de estos avances: el Código de las Familias y del Proceso Familiar del Estado Plurinacional de Bolivia y el muy moderno Código Procesal de Familia, de la hermana República de Costa Rica.

El matrimonio y la familia pertenecen a un sistema antropológico inmutable y universal, mientras que el hipotético consorcio que hoy se busca, se funda en el respeto que merece la autonomía de la voluntad personal y el libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de otros tipos de familias. La falta de un entendimiento cabal del anterior enunciado es —en parte— causa de la bipolarización existente en la doctrina, en el tratamiento del Derecho de Familias siempre visto en singular, como si existiera un arquetipo de familia y no otras familias.

A menudo el eventual reconocimiento de un vínculo homosexual se contempla como una amenaza a la institución matrimonial y a la familia, sin divisar que nos hallamos en otra órbita —la de las relaciones afectivas— y que familias, matrimonios, no pueden seguir apreciándose únicamente como lo correcto, porque vienen de nuestras tradiciones. Y hay que preguntarse: ¿de qué tradiciones, de las que nos impuso un modelo de familia patriarcal, romano-judaica, que se nos asignó desde los cánones de nuestros dolorosos procesos de conquista y colonización?

¡Existen más tipos de familias, algunas provenientes de otras uniones! Es lo que nos enseña un pensamiento que no puede basarse más en los criterios del occidente cristiano, sino que tiene que cambiarse, que repensarse desde nuestros orígenes como pueblos del Sur.

La continuidad de cada sistema social depende de su capacidad para reproducirse físicamente mediante el subsistema reproductivo. De ahí que

ello engarce con la afirmación de que las familias suponen la reproducción social y las relaciones intergeneracionales.

MAÑACH, uno de los principales y más polemistas filósofos del siglo XX cubano, decía que la familia es el instrumento para la transmisión de la tradición moral o cultural de la especie, para preservar una serie de valores, de actitudes delicadas del espíritu, que no pueden prosperar fuera del ámbito familiar. Y agregaba que la familia, es la sociedad en pequeño².

V. JURIDICIDAD Y DERECHOS HUMANOS DE LAS FAMILIAS. UNA VISIÓN DESDE EL SUR.

Hay una tendencia a un movimiento de especialización jurídica ya iniciado, que da una nueva fisonomía al Derecho y en el que se insertan, por derecho propio, el Derecho de las Familias y el Derecho Procesal de las Familias. Por ello quienes propugnan la privatización de los asuntos familiares, omiten la naturaleza social de la persona y la reemplazan por un mero contrato.

Se trata de hacer engarzar el Derecho de las Familias y los Procesos de Familias, con concepciones civilísticas decimonónicas, apegadas a la prevalencia del interés patrimonial, subjetivo, en deterioro del interés social, colectivo, de espiritualidad, de valores.

No ofrece duda alguna que existe la necesidad de la constitucionalización del Derecho de las Familias, que se retroalimente de la doctrina internacional de los DD.HH., con dinamismo y transformación, porque un Derecho Humano de las Familias, acorta la brecha entre Derecho y realidad. De ahí que hay que ver cómo principios de DD.HH como la igualdad, la no discriminación, la libertad y la autonomía personal, producen modificaciones sustanciales en varias de las instituciones familiares, por ejemplo, el interés superior del niño por el de protección de esos derechos, como con-

2 MAÑACH, Jorge; "La Constitución a la luz de la doctrina magistral y la jurisprudencia. Debates Constitucionales", Editorial Cultural S.A, La Habana, 1946. Pág. 259.

cepto más abarcador. Igual ocurre con el concepto de familia participativa, dejado atrás por el de familia protagónica.

Las instituciones comprendidas en el derecho familiar necesitan de sus propias reglas y proyecciones sin salirse del Derecho de las Familias, que es el interés familiar, no concebidas como núcleo independiente, sino como tipos diversos, plurales de familias, en cuyos senos, por los tipos de relaciones que en ellas se establecen, nacen intereses colectivos, integrados a la sociedad. Los procesos de familias precisan de sus propias normas instrumentalizadoras, se trata de la suficiencia normativa y no de la ya obsoleta supletoriedad.

Los proyectos individuales y familiares no pueden imaginarse hoy día en contraposición a los intereses colectivos, sino que tienen que discurrir por el cauce de una unidad dialéctica que articule las diferencias entre lo particular o individual y lo social o colectivo, cuyas formas de manifestación son históricamente mutables y en constante desenvolvimiento.

Esos proyectos inclusivos no pueden preterir los temas de discriminación por orientación sexual y género, que acontecen, aunque a veces se invisibilicen, en las sociedades modernas.

Debe, entonces, razonarse que el Derecho de las Familias está un plano superior al derecho de personas, visto este último como derecho individual, porque se trata de otro derecho distinto, social, más humano y su tutela no está limitada al ente individuo, sino que abarca a las familias en toda su magnitud, por lo que parte de la defensa de su célula, de su seno primigenio: las familias en sus diversas formas o maneras de organizarse, de convivir, de respetarse y comprenderse.

Toca vislumbrar, por todas las sociedades, que una de las razones importantes por las que deben evitarse las controversias familiares, es por los costos de los juicios o procesos, no sólo desde el punto de vista económico, sino también por el desgaste de energías físicas, psíquicas, mentales, espirituales, morales y de salud que perjudica a los miembros de un determinado tipo de familia, deriva en el imperioso llamado a lograr un cambio en la mentalidad no solo de los juristas, sino de los científicos sociales de

esta época, para comprender la nueva cultura de paz y la armonía social que deben primar en los diferentes tipos de familias.

La constitucionalización del Derecho de Familias y del Derecho Procesal de las Familias, involucra una remodelación de roles de los sujetos que forman tradicionalmente parte de ellas, debido al paulatino declive del modelo patriarcal de familia. Los procesos de generalización y especificación de la noción de derechos humanos tienden, a estos efectos, los puentes normativos necesarios para la plasmación jurídica definitiva de los cambios sociales de posición relativa tanto de mujeres como de niños y ancianos en el ámbito familiar. Esa tendencia sugiere un reconocimiento jurídico de la diversificación de los modelos de familias, pero con efectos disímiles, en dependencia de los sujetos involucrados.

No es posible que se justifique la exención de los diversos tipos de familias, alegándose que la mayoría de las personas viven dentro de la institución matrimonial heterosexual. Ya no es posible sostener este criterio de exclusión, pues los derechos de las mayorías, si es que en puridad lo fueran, no deben verse jamás perjudicados por las minorías y por equidad, las minorías no deben excluirse, sino integrarse. Negar ello, sería rechazar el pluralismo que caracteriza a la doctrina internacional de los Derechos Humanos.

Cada forma, cada tipo de familias, cada modo de vivir en ellas no es mejor que el de otras. No pueden excluirse a tipos de familias por preferencias y orientación sexuales, como no puede hacerse por estigmas raciales o fe religiosa.

El Derecho de las Familias y un sistema de Derecho Procesal de las Familias, tienen como eje principal a las familias, con temas altamente sensibles de sectores que conforman la mayoría de las sociedades, entre ellos la protección a los más débiles, los menos favorecidos como suelen ser los niños, niñas y adolescentes, los incapaces, los discapacitados, los ancianos, las mujeres violentadas, los miembros de las familias incomprensidos, excluidos por su orientación sexual, a contrapelo del sistema de Derecho Civil, que tiene como ejes cardinales de su razón de ser la propiedad, el contrato, la producción de bienes y servicios, la individualidad de la persona.

Entonces, no puede resolverse un litigio de familia con normas procesales que partan de una contienda irreconciliable entre las partes.

Una jurisdicción de familia sellada por su especialización, por su especificidad, comporta también la especialidad de los operadores del Derecho que ejercen en los tribunales de justicia, en los que el Estado delega esta función, en paralelo con la atribuida a los jueces, procesos que deben transitar por límites sensatos y convenientes, que tiendan a uniformar el desenvolvimiento de esta jurisdicción, que abarque los conocimientos jurídicos y el saber integrador de otras disciplinas no jurídicas.

La especialidad de la judicatura en asuntos de familia, debe tener la etiqueta que la distinga, en cuanto a buscar acuerdos pacíficos entre las partes, propender a la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, fuera del ámbito jurisdiccional, o la conciliación bajo el influjo de los jueces, en atención a que los juzgadores propiciarán las alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

Ineludible resulta, como se ha apuntado, el abordaje integral que en la jurisdicción y los procesos especiales de familia, deben tener otras disciplinas, jurídicas y no jurídicas, para lograr la verdadera tutela judicial efectiva de las familias, con el objetivo cimero de alcanzar su unidad, integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico, dado que no sólo los conflictos que se conocen en los tribunales de familia culminan con la integración de esa unidad primaria como en los casos de divorcio, sino que muchas veces los problemas que se causan entre sus miembros, tienen solución o satisfacción de sus pretensiones a corto y/o mediano plazo, cuando se hacen efectivos los derechos y deberes que surgen de las interrelaciones familiares, que incluso muchas veces lleva a su fortalecimiento, basados en los principios de la solidaridad familiar, tolerancia, respeto y cooperación entre los miembros de las familias.

¿Hasta cuándo habrá jueces que, ante la disyuntiva de resolver asuntos de familia desde un prisma amplio, diferente, sobre cimientos que para nada tienen que ver con el derecho sustantivo y procesal civil, se quedan estupefactos, buscan, quizá, temerosos de asumir lo nuevo, en lo

que se hacía en otra manera de pensar, porque es demasiado moderno o demasiado atrevido resolver conforme a las corrientes actuales, no ya de un derecho de familia en singular, sino de un derecho de las familias, sí, de las familias en plural?.

En apoyo de este hilo de razonamiento, corresponde señalar, por su significativa importancia, que en Cuba la academia de esta época no cumple el rol que permita desarrollar un sistema de Derecho Procesal de las Familias marcado por la especialización y la influencia de la inter, multi y transdisciplinariedad, porque no se orientan, en sentido general, investigaciones jurídicas que conlleven a ello, ni se abordan con profusión, estudios que tengan como problema científico el abordaje integral y la solución de los conflictos familiares.

Se constata a la sazón una transformación, una mutación que invita a repensar en un nuevo Derecho de las Familias y Procesal de las Familias, que extravase lo simple, derechos explicados en plural, que interprete de manera diferente ese singular derecho que no es adhesión, ni tampoco costilla, salido del Derecho Civil, sino un derecho para todos, inclusivo, no discriminatorio sino de inclusión de los diferentes tipos de familias, de respeto por la diversidad.

Es que en tanto que construcción generacional, el enfoque de género tiene en cuenta no solo los modelos hegemónicos de masculinidad y feminidad, sino toda una diversidad de aspectos que el ser hombre, mujer o persona transgénero, han incidido en cada momento histórico, cuestiones estas que se afianzan en la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos para las familias.

Los jueces de familia no actúan en soledad, sino que pueden acudir a la interdisciplina que implica la colaboración permanente de un cuerpo auxiliar técnico integrado por diversos profesionales (asistentes sociales,

médicos psiquiatras, psicólogos, etc.) que actúan como asesores de esos magistrados o jueces.³

Es así que, basados en esta concepción del abordaje integral del conflicto familiar, se incorpora como sujeto procesal a los equipos multidisciplinarios, integrados por psicólogos, trabajadores sociales y educadores, que realizan investigaciones y estudios que el tribunal les comisiona hacer en los casos en que lo considera necesario. Estos equipos rinden sus informes y la experiencia ha demostrado que constituyen un valioso apoyo en la función jurisdiccional que le corresponde ejercer a los jueces de familia⁴

Cuando en su apartado décimo cuarto, la entonces vigente Instrucción Jurisdiccional No. 216 de 2012 previó, para el trámite de ejecución de sentencias resolutorias de asuntos familiares, e incluso de protección cautelar, el auxilio en lo atinente de los miembros de los equipos técnicos asesores multidisciplinarios, se llevó así a la praxis jurisdiccional, la idea sostenida en el pragmatismo creador, en el llamado trabajo de campo, por un equipo de jueces de diferentes tribunales, al demostrarse que era más que viable, efectivo, el rol del equipo en el logro de la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, dictadas en estos asuntos familiares.

No es posible desconocer en la actualidad la tendencia a un movimiento de especialización jurídica ya iniciado, que da una nueva fisonomía al Derecho y en el que se insertan, por derecho propio, el Derecho de las Familias y el Derecho Procesal de las Familias, que se justifica porque ambos Derechos, de corte público y social, comulgan con la indetenible socialización del Derecho que se propone, más que el vínculo del derecho de todos,

3 FERREIRA DE LA RÚA, Angelina y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, citados por GUAHNOM, Silvia. (2008); "El Juez de familia y los nuevos desafíos de la magistratura. Régimen Procesal del Fuero de Familia". En: *Derecho Procesal de Familia, Tras las premisas de su Teoría General*. Editora Jurídica Continental, San José de Costa Rica, p 81.

4 VÁSQUEZ PÉREZ, Olinda Morera (2008); "El Proceso de Familia en la República de El Salvador". En: *Derecho Procesal de Familia, Tras las premisas de su Teoría General*. Colectivo de Autores, KIELMÁNOVICH, Jorge (Compilador Principal). Pág. 133.

conciliar los intereses y derechos individuales en pugna y armonizarlos a tono con las exigencias sociales.

Para BENAVIDES SANTOS⁵ es necesario rediseñar, o, mejor dicho, diseñar un moderno sistema de solución y de decisión de conflictos familiares, que permita a los miembros de la sociedad, adultos, adolescentes y niños, enfrentar de una mejor manera con base en la ciencia y el sentido común, los problemas propios del núcleo básico de la sociedad.

No puede ignorarse que el Derecho Procesal de las Familias se sustenta en cimientos en que predomina el papel conciliatorio del juez de familia, que por tener función eminentemente moderadora entre los contendientes del proceso de lo familiar, debe abstenerse de conocer otros conflictos que se suscitan en la esfera del proceso civil, tales como los patrimoniales, reivindicatorios, rescisiones contractuales, impugnaciones y nulidades de actos y negocios jurídicos, que impedirían al juzgador estar anímicamente preparado, después de su participación en estas controversias, para administrar e impartir justicia con un prioritario carácter conciliador, en el ámbito familiar del divorcio, los alimentos, la responsabilidad parental, la adopción, por citar algunos ejemplos.

Esta aspiración que llegó en su día a materializarse como un logro, no se constata hoy día en todo momento en los tribunales cubanos que, ante la escasez de jueces por disímiles motivos, entre ellos por decisión personal de terminar sus compromisos con el sistema judicial y buscar otros empleos, han tenido que simultanear en diferentes materias judiciales y ello, no caben dudas, impide la especialización de jueces atendidos estrictamente a la materia de lo familiar.

Hurgando en la historia, debe expresarse que, en la primera mitad del siglo XX cubano, autores patrios señalaron el necesario camino de una

5 BENAVIDES SANTOS, Diego (2006); "El proceso de familia en el derecho comparado (tipos y estilos de procedimientos familiares)". En: Revista de la Sala Segunda, Número 2, San José, Costa Rica. Versión electrónica en: <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/> (Visitado en 20-4-09).

jurisdicción y un proceso de familia específicos, por la naturaleza pública-social y de orden público y no de autonomía de la voluntad, inmanente al derecho sustantivo familiar; entre ellos los excelsos juristas Eduardo Le Riverend Brusone y José Guerra López.

Un sistema de primera generación en los procesos de lo familiar, que es el originario, parte desde la teoría y la práctica en negar la independencia de un Derecho de Familias y en Derecho Procesal de Familias independientes del Derecho Civil y del Derecho Procesal Civil.

El sistema de segunda generación es aquel en el que se constatan previsiones de la especialidad, de la especialización en la sustanciación para la solución de los asuntos familiares, de manera que aparecen, dentro de la estructura establecida por las leyes procesales o por mandato de los órganos superiores de la judicatura, tribunales de familia integrados por jueces que pueden o no conocer y resolver asuntos de la materia de lo civil u otras materias jurisdiccionales, pero que se destinan al conocimiento de los asuntos de materia familiar, sin embargo, como en tales supuestos no existen normas procesales específicas, entonces la preparación de los jueces que trabajan la materia de lo familiar no se deshace del todo de la cultura tradicionalista del proceso civil y llevan a los procesos de familia que resuelven, aún sin darse cuenta o sin pretenderlo, la impronta del procesalismo civil arraigado en sus mentes.

Un sistema de Derecho Procesal de Familias de tercera generación, precisa que existan *per se* tribunales o secciones de tribunales especializados, en los que puedan medirse sustancialmente las variables de calidad de la justicia familiar, en que los procedimientos especiales que se diseñen funcionen imbricados en una estructura garantista de acceso a esa justicia de familia, de inmediatez o cercanía de los juzgadores a los justiciables, de la interdisciplina, de la superación, tanto en las enseñanzas de pregrado como de postgrado en las Universidades de todo lo relativo a la organización y especialización que requiere este diferente y más humano Derecho Procesal. No existe en toda su magnitud, hoy, en Cuba.

Al presente puede decirse que en Cuba se discurre por un sistema que ya ha ido de la segunda generación en el Derecho Procesal Familiar al

de tercera generación, en primer término porque existe un Código de Procesos desde 2021 que desde su primer artículo uniforma como principio el tratamiento a diversos procesos no penales como el civil, el de familias, el mercantil y el de trabajo y seguridad social, dándoles procesalmente igual rango, ofreciendo visos de especialidad a los procesos de familias, aunque no exista un código o ley específica autónoma del proceso de lo familiar, con la sistemática correspondiente a ese tipo de cuerpo de normas procesales.

En el Código de Procesos cubano de 2021 se advierte un predominio de la oralidad y la intermediación, con clara vocación hacia el respeto de la tutela judicial efectiva y del resto de las garantías procesales establecidas en el texto constitucional de 2019.

Principio inmanente a este cuerpo legal es el activismo judicial (jueces con amplias facultades probatorias), de manera que se concibe un juez proactivo, con amplias facultades en el ámbito probatorio, que puede utilizar un régimen de pruebas dinámicas en los casos de desbalance entre las partes, en los que el demandante está imposibilitado de cumplir cabalmente con la carga de la prueba que la ley le atribuye y el demandado está en mejores posibilidades reales de poderlo asumir.

En el Código de Procesos se constata la primacía de la verdad: ni verdad material ni formal, sino verdad del mundo circundante (certeza de los hechos) obtención de la certeza sobre los hechos y le confiere al juez facultades para incorporar pruebas de oficio. Regula la libre valoración como método universal para todos los medios de prueba, pero incorpora determinadas reglas de valoración a cada uno de los medios, para orientar la labor valorativa del tribunal, a la hora de ponderarlos.

La manera de regular instituciones y temas ha causado a los operadores directos de la preceptiva del Código de Procesos cubano, disímiles inconvenientes, sobre todo cuando se van a buscar determinados preceptos para ser invocados o para fundamentar escritos y dictar resoluciones judiciales. Ello es consecuencia de las carencias en materia de sistemática jurídica.

Para Cuba, que tuvo el privilegio de estar entre los primeros países de América Latina en dotarse de una legislación sustantiva de familia propia,

separada de su tradicional sede en el Código Civil, no ocurrió lo mismo con el aspecto procesal, donde el país se mantuvo reticente hasta el año 2021 a dotarse de una legislación procesal familiar que garantizase el efectivo cumplimiento de los derechos subjetivos que emanan del ordenamiento sustantivo familiar, dadas las negativas consecuencias que trae aparejada para la efectividad de los derechos derivados de las relaciones familiares, el no contar con una normativa procesal que instrumentara, de manera sistémica, real y efectiva, la realización de la justicia de familia.

A fortiori y aunque no se advierte profundidad en la formación por parte de, claustro de universidades cubanas de una cultura jurídica que realce la necesidad de la existencia de una asignatura curricular que aborde el Derecho Procesal de las Familias, se precisa la apertura de varias ediciones de Maestrías Interdisciplinarias en Derecho de Familias y Derecho Procesal de las Familias, porque las escasas acciones que se han emprendido son resultado de la iniciativa de determinados profesores, de operadores del Derecho, que se unen para obtener discretos logros que en manera alguna significan un devenir dialéctico.

VI. CUBA Y UNA LEY ESPECÍFICA DE DERECHO PROCESAL DE FAMILIAS: ¿QUO VADIS?

El Código de las Familias, Ley No. 156 de 2022⁶, norma sustantiva actual y moderna en materia sustantiva de lo familiar, no tiene una correlación oportuna con La Ley No.141 de 2021, Código de Procesos de la República de Cuba, no diseñado en su día específicamente para resolver únicamente procesos de lo sustantivo familiar.

Este Código de Procesos no es más que toda una mezcla, una amalgama de otras materias que tienen un contenido diferente a la específica materia de lo familiar. El Código de Procesos no señala un proceder específico para el proceso de familias, sino también parte de otros procesos de otras materias que nada tienen que ver con la materia de lo familiar.

6 Código de Familias De Cuba. Ley No.156 de 2022. Edición, Ministerio de Justicia de la República de Cuba, 2023.

Es criterio sostenido por profesores, especialistas y operadores del Derecho en Cuba, que debe atemperarse una norma procesal que sea realizadora de las normas específicas de familia. El Código de Procesos de Cuba, por tanto, no señala que sí estamos ante un típico proceso de familias que se resuelve de tal o cual manera.

No es que no estén implícitos en algunos artículos de este código los preceptos reguladores de las audiencias, sino que, en el tema, por ejemplo, de medidas cautelares en que el Código Procesal General genera una amalgama de medidas de cautela, estas no son atinentes solo a procesos de familias.

De esta manera no se va a la especificidad, no implica en modo alguno especialidad. ¿Será factible, será viable retomar en su día una norma específica o especial de los procesos de familias que no suplante al Código de Procesos, sino que regule lo procesal familiar?

Considero que es posible y que a eso iremos, más temprano que tarde.

No obstante, al presente, la actuación del fiscal en asuntos de familia es meramente formal, sobre todo cuando hay menores de edad y personas vulnerables.

Se está trabajando por los letrados en asuntos de familia, que son abogados que no se especializan en esta materia de lo familiar y con el déficit de abogados que existe, no hay entonces una cuantía de letrados que se dediquen a estos procesos específicos familiares.

Por tanto, se está trabajando a la antigua usanza antes del diseño del proceso de familias dentro de un Código General de Procesos, porque no es viable y por tanto no se explota todo lo que debe tener y hacerse en un proceso específico de familias por los abogados, amén del cúmulo de trabajo que tienen los jueces que son en muchas ocasiones, uno solo sobre todo en determinados municipios, para enfrentar todas las materias jurisdiccionales.

El Código de las Familias no está incompleto, pero como el Código de Procesos no se corresponde con la especificidad que exige la materia

de lo familiar, ese Código de Procesos se subutiliza, ejemplo de ello, en la homologación de acuerdos en materia de lo familiar en que ya en la práctica no se cuenta con ese equipo multidisciplinario que otrora existió y que se necesita porque la estructura primaria o básica no existe.

Desde la arista de los tribunales por el cúmulo que tienen los jueces cuando se trata de un solo juez para todas las materias, no les es posible dedicarse a las especificidades de la materia de lo familiar.

Por tanto, al no contarse con una norma específica procesal de familias, el Código de Procesos se vuelve inoperante y no provee a la especialización de jueces, abogados y fiscales.

Hace ya casi ocho largos años estuve en Morelos, en su Universidad Estatal, invitado por el querido amigo y hermano Dr. Eduardo Oliva Gómez a un Congreso. Compartí e intercambié con los hermanos morelenses. Regresé a mi Patria prendado de sus ideas y sueños.

Hoy reitero, en esta Universidad que me acoge, lo que aquel aparentemente lejano día expresé en mi intervención:

“Entonces: ¿Nos sentamos y nos cruzamos de brazos? ¿O combatimos, no nos rendimos y nos unimos como cruzada imbatible, tal y como aprendimos de nuestros próceres, de nuestros padres fundadores, de aquellos como Hidalgo, Morelos, Don Benito Juárez, Bolívar, José Martí?”

“¿Esta es la hora de nuestros hornos, que son nuestros pueblos del SUR y no tendremos otra cosa que ver, cueste lo que nos cueste, más que la luz, que es nuestra victoria!”

REFERENCIAS:

BENAVIDES SANTOS, Diego, “El proceso de familia en el derecho comparado (tipos y estilos de procedimientos familiares)”, Revista de la Sala Segunda, Número 2, San José, Costa Rica, enero de 2006

BENAVIDES SANTOS, Diego, Hacia un modelo de Código de Procedimiento Iberoamericano en materia de Familia (la perfilación por un panel de

expertos de un modelo de tercera generación y su consecuente traducción en moldes normativos), Artículo en preparación, San José, Costa Rica, 2023.

CASTÁN Y TOBEÑAS, José, Hacia un nuevo Derecho Civil, Primera Edición, Editorial Reus S.A., Madrid, 1933, p. 15.

FERREIRA DE LA RÚA, Angelina y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, citados por GUAHNOM, Silvia, “El Juez de familia y los nuevos desafíos de la magistratura. Régimen Procesal del Fuero de Familia”, en Derecho Procesal de Familia, Tras las premisas de su Teoría General, Editora Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008, p. 81.

HEGEL, Jorge Federico Guillermo, citado por ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, Métodos de Interpretación Jurídica, Universidad de Chihuahua, México, 2022, p. 43.

VÁSQUEZ PÉREZ, Olinda Morera, “El Proceso de Familia en la República de El Salvador”, en Derecho Procesal de Familia, Tras las premisas de su Teoría General, COLECTIVO DE AUTORES, KIELMÁNOVICH, Jorge (Compilador Principal), p. 133.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución de la República de Cuba, diciembre de 2018, Artículo 81, Edición de 2019.

Código de Procesos de la República de Cuba, Ley No.141 de 2021. Código de Familias de Cuba, Ley No.156 de 2022, Edición, Ministerio de Justicia de la República de Cuba, 2023.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Jennie Aimée Molina Morán*

RESUMEN

En este artículo, que aborda el fenómeno de la constitucionalización del Derecho de Familia en Guatemala, se parte de un marco teórico general que explica el contenido científico de la constitucionalización del derecho y sus características, y de la constitucionalización del Derecho de Familia. Luego, desde un enfoque práctico, se analiza el aspecto de la interpretación judicial de la ley, en el proceso de constitucionalización. En el punto siguiente, se particularizan algunas evidencias del proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en Guatemala, constituidas por fallos dictados por la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia en calidad de Tribunal de Amparo, la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia, constituida también en Tribunal de Amparo, y por un Juzgado de Familia, en la justicia ordinaria, que se analizan brevemente. Por último, se abordan

* Juez desde hace más de 26 años, 20 de ellos en la materia de Familia. Docente universitaria de postgrado y de la Escuela de Estudios Judiciales de Guatemala. Miembro de la Academia Euroamericana de Derecho de Familia, de la Asociación de Jueces de Familia Iberoamericanos y presidente de la Junta Directiva del Instituto de la Judicatura de Familia de Guatemala. Conferenciante dentro y fuera de Guatemala, autora y coautora de libros y artículos publicados en Guatemala, Argentina, Colombia, República Dominicana y Brasil sobre su especialidad. Actualmente, juez de Primera Instancia de Familia del departamento de Guatemala. Correo: janmolimor@gmail.com. ORCID: 0009-0000-0678-7930.

algunos de los límites y desafíos del proceso de constitucionalización en el Derecho de Familia, y se ofrecen las conclusiones.

I. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

La constitucionalización del derecho, es un tema de interés jurídico doctrinario actual. Se visualiza como un proceso dinámico, con avances y peculiaridades propias de cada Estado y que tienen que ver con factores tales como el sistema de control de constitucionalidad, que permita un menor o mayor campo de acción a los jueces; el grado de constitucionalización del Estado en su conjunto, por ejemplo, en la creación de leyes, de políticas públicas, de aplicación de la ley, bajo el nuevo paradigma constitucional y de derechos humanos; el grado de actualización y ajuste de la legislación a ese nuevo paradigma, que permita más o menos la aplicación directa de los componentes del bloque de constitucionalidad, etc.

El concepto de constitucionalización ha sido abordado ampliamente en la doctrina. Guastini (citado por Ortega 2013, p. 605) lo define como el *“proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales”*.

Espejo (2023, p. 8) por su parte, explica que este proceso implica dos cosas. De un lado, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental. De otro lado, importaría la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares.

Para Tamayo (2017), la constitucionalización del derecho consiste en que las normas inferiores del sistema jurídico no pueden ser restricciones axiológicas excesivas de derechos o principios constitucionales. Pero que la simple contradicción lingüística entre ley y Constitución no genera inconstitucionalidad, y que *“...La constitucionalidad depende de una interpretación contextual de todos los principios y derechos constitucionales vigentes”*.

Arias (2015, p. 77) considera que la constitucionalización del ordenamiento jurídico provoca que la Constitución condicione el contenido de las leyes, lo que implica que éstas últimas necesariamente deban interpretarse desde aquella.

Los derechos humanos reconocidos internacionalmente conforman un mínimo fundamental, primario, común y comprensivo de los órdenes nacionales e internacionales. Este reconocimiento internacional y la consolidación de los derechos humanos en las legislaciones internas de cada país, y de los bloques regionales y/o continentales, abre una nueva perspectiva jurídica en el análisis de las relaciones de familia (Lloveras, Salomón 2008, p. 78).

Por ende, las constituciones nacionales de los países firmantes de los tratados de derechos humanos establecen—en la gran mayoría—la recepción interna de esos tratados internacionales, expresando de esta forma: los valores, principios y normas que reflejan la esencia del proceso asociativo comunitario, estableciendo “mínimos inesquivables” por los integrantes y operadores de la comunidad. Estas normas fundamentales sirven, así, de regla de reconocimiento para todo el sistema normativo; lo que encamina el análisis al plano de la validez de las normas (Lloveras, Salomón, p. 78, 79).

Con relación a lo anterior, es decir, al plano de la validez de las normas internacionales y a cómo el ordenamiento jurídico en Guatemala recepta internamente los tratados sobre derechos humanos, la Corte de Constitucionalidad en los casos 7250-2019, 3239-2017 y 1006-2014 —entre otros-, ha hecho interpretación conjunta de los artículos 44 y 46 constitucionales, que preceptúan:

44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

La Corte, al interpretarlos, ha producido la doctrina legal obligatoria de que el bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de estos artículos, y se incorpora como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho, por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.

Además, que constituye un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el texto fundamental como las existentes fuera de éste, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Y que su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los derechos humanos en el país.

La Corte especifica que el bloque se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a ella y que sirven, a su vez, de medidas de control de constitucionalidad de las leyes. De tal suerte que la interpretación de la ley debe efectuarse observando los principios contenidos en la Constitución y en el resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad, con rango constitucional.

Estos artículos, y su interpretación de la manera que antecede, han sido la puerta del derecho privado a la Constitución y a la protección constitucional.

En este sentido, es importante resaltar que tal y como Lloveras y Salomón sostienen (2008, p. 79) el acogimiento constitucional de los principios, valores e instrumentos del derecho internacional provoca un fortalecimiento del derecho interno y le otorga completitud axiológica a los derechos humanos regulados por el ordenamiento local.

II. CARACTERÍSTICAS DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONALIZADO

Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza, según expone Guastini (citado por Ortega 2013, p. 605), por tener una Constitución extremadamente invasiva y desbordante, en cuanto regula los aspectos más importantes de la vida política y social, incluyendo el comportamiento de los actores políticos y las relaciones entre particulares. Pero también condiciona la validez de la legislación, el desarrollo de la jurisprudencia y el estilo doctrinal. De modo que un ordenamiento constitucionalizado, tiene una Constitución con plena fuerza obligatoria, generadora de efectos jurídicos inmediatos y que funciona como parámetro de validez para la interpretación de todas las normas jurídicas.

En este contexto, Guastini (citado por Ortega, 2013, p. 605) ha identificado siete condiciones que un determinado ordenamiento debe satisfacer para poder considerarlo constitucionalizado, si bien aclara que la constitucionalización no es una propiedad “todo o nada”, en el sentido de que el ordenamiento esté o no constitucionalizado en términos absolutos. Se trata más bien de una cuestión de grado debido a que un sistema puede estar constitucionalizado en mayor o menor medida, dependiendo de cuántas y cuáles condiciones estén satisfechas en el seno de dicho sistema.

Esas siete condiciones son: a) a existencia de una Constitución rígida, esto es, una Constitución escrita que tiene protección frente a la legislación secundaria en tanto que no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento legislativo ordinario, sino mediante uno de tipo especial, más complejo; b) la garantía jurisdiccional de la Constitución, que se refiere al control constitucional de las leyes, el cual puede adoptar distintas modalidades, pero siempre ejercido por un órgano judicial; c) la

fuerza vinculante de la Constitución, que significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos; d) la “sobreinterpretación” de la Constitución, que hace referencia a la necesidad de que el texto constitucional sea interpretado extensivamente para obtener de él las innumerables normas implícitas, reguladoras de cualquier aspecto de la vida social y política; e) la aplicación directa de las normas constitucionales, que alude al hecho de que la Constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades normativas y en ocasión de cualquier controversia, incluso las de carácter privado; f) la interpretación conforme de las leyes, que se refiere al deber del juez de interpretar la ley de acuerdo con el texto de la Constitución.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Lloveras y Salomón (2008, p. 83, 84) consideran que el Derecho de Familia es un campo propicio y fértil para reconceptualizar las viejas valoraciones y amoldarlas a los nuevos parámetros que emanan de lo que se ha llamado por algunos autores, el Derecho Constitucional Privado Familiar tales como los derechos de la mujer, de los niños y adolescentes, las normas del matrimonio en su vastísimo campo, el abordaje de las vicisitudes de las parejas tanto matrimoniales como de las nominadas de “hecho”, la noción de “culpa” en las relaciones familiares, la responsabilidad parental, la procreación médicamente asistida, las cuestiones de género, la aplicación de la teoría general del daño a las relaciones familiares especialmente en la vida doméstica o interna, el régimen filiatorio, entre otros.

Así, según los autores citados, el Derecho Constitucional de Familia se presenta como un conjunto de principios, creencias y valores que como mínimo ineludible (fruto del orden público constitucional) debe ser observado por los poderes públicos al regular y aplicar las normas que estructuran las relaciones familiares (2008, p. 85).

Por ello, indican que las relaciones familiares deben ser observadas, analizadas, diagnosticadas, interpretadas, dirimidas y, en general, examinadas desde el bloque de constitucionalidad, que conforman los nuevos paradigmas del Derecho de Familia: más claro, los tratados de derechos

humanos no son una abstracción y los operadores jurídicos deben aplicar los imperativos constitucionales (Lloveras y Salomón 2008, p. 86).

Continúan explicando que el Derecho Constitucional de Familia, entonces, conlleva la necesidad de contrastar o compatibilizar armónicamente las regulaciones legales de segundo grado con los derechos, valores y principios que emanan de la Carta Magna como “conjunto normativo”, es decir, como unidad sistemática de normas que se correlacionan y coordinan las unas con las otras y que por claro imperativo de supremacía constitucional se irradian de manera vinculante hacia las normas infraconstitucionales, entre las que se encuentra el (Lloveras y Salomón 2008, p. 86).

Espejo y Barra (2023, p. XVII), en cuanto a la constitucionalización en sede del Derecho de Familia, explican que este proceso puede ser conceptualizado como la constante y sucesiva precisión en torno a las normas explícitas y nociones implícitas a nivel constitucional relacionadas con la vida familiar; la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos —que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar— y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; así como 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).

Llevado al ámbito del Derecho de Familia —particularmente en el ámbito latinoamericano—, se ha sostenido que el proceso de constitucionalización se sustenta en tres elementos comunes: a) una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar; b) la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; y c) 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 2023, p. 8).

Es importante evitar una excesiva simplificación de un fenómeno que parece algo más complejo. En una lectura rápida, el proceso de constitucio-

nalización del derecho familiar puede ser visto como la mera coincidencia entre el derecho constitucional y el derecho familiar, cada vez que el primero dicta (limita, precisa) nuevas direcciones para la regulación familiar. Como ha sugerido NeJaime (citado por Espejo 2023, p. 10), esta narrativa no logra capturar la relación dialógica entre el Derecho de Familia y el Derecho Constitucional. Con ello, se deja de apreciar cómo el Derecho de Familia y el Derecho Constitucional a menudo ocupan el mismo espacio, contribuyen a comprender los mismos problemas e interactúan de maneras mutuamente constitutivas (Espejo 2023, p. 10).

En especial, una lectura demasiado vertical de la relación entre derecho constitucional y derecho familiar obscurece las maneras en las que el Derecho de Familia ejerce una influencia sobre el Derecho Constitucional: el Derecho de Familia configura el terreno en el que ocurre la adjudicación constitucional, estructura el conflicto constitucional y puede, en ocasiones, reorientar el razonamiento constitucional (Espejo 2023, p. 10).

Lloveras y Salomón (2008, p. 85) consideran que este nuevo paradigma fomentado por los tratados de derechos humanos modifica la concepción del Derecho de Familia en tanto que ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público, sino que es Derecho Constitucional integrado a las normas propias del Derecho de Familia.

El Derecho de Familia debe ajustarse a la realidad social, amoldarse al cambio social operado, en tanto no puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico, sino que la familia es el seno, el importante ámbito del desarrollo del proyecto vital de la persona humana y, por ende, de la materialización de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes (Lloveras y Salomón (2008, p. 82).

Este marco conceptual encuentra anclajes en Guatemala, en donde la Constitución, en el preámbulo, reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, lo que al ser interpretado por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 99-2000 -entre otros-, ha considerado que

Ordenada la jurisdicción de familia conforme su preceptiva sustantiva y procesal, con suficiente base en la legislación ordinaria para proteger la institución social que la justifica, acude para fortalecer su sistema jurídico la normativa convencional aceptada por Guatemala y, todo ello, como desarrollo de claras orientaciones constitucionales que consagran la familia como “génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad”.

El artículo 1° de la Constitución, preceptúa que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, y que su fin supremo es la realización del bien común. De ello, se deduce una protección a la persona individualmente considerada, pero también colectivamente como miembro de una familia y de la sociedad. En sede del Derecho de Familia, ubica a la persona humana como fin y centro de la protección, pero de manera armónica, en cuanto sea posible dentro de las circunstancias fácticas, con su realidad como parte de una familia.

Más allá de sólo disposiciones constitucionales que de manera abstracta garantizan derechos y contienen principios y valores relativos a la familia, se ha avanzado hacia un proceso de constitucionalización del Derecho de Familia en Guatemala, como se verá en algunos casos que así lo evidencian.

IV. A LA PRÁCTICA

A. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Uno de los aspectos importantes de la constitucionalización del derecho, es el de la interpretación de la ley y los métodos de interpretación a utilizar por la persona juzgadora, aun se trate de normas ordinarias que, no obstante, deben interpretarse de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

Pierluigi Chiassoni caracteriza a la interpretación como la actividad que consiste en determinar el significado de una disposición—el componente elemental de cualquier texto jurídico normativo: un enunciado, aislado

previamente por el intérprete, en el discurso de las fuentes-, obteniendo de ésta una o más normas explícitas, acreditadas o acreditables como sus interpretaciones jurídicamente correctas (citado por Gatti 2020, p. 4).

Una interpretación judicial conforme con la Constitución y el bloque de constitucionalidad requiere, como punto de partida fundamental, del cambio interno de paradigma. Como indica Sagües, no es fácil lograr un cambio de mentalidad en la clase judicial, en el sentido de que el “juez legal” pase a ser operador de la Constitución, máxime cuando el criterio a renovar está hondamente afirmado también en abogados y fiscales, todo ello en un medio generalmente conservador como es el mundo tribunalicio.

Dado aquel primer paso, algunos jueces podrían considerar un dilema importante la elección de los criterios de interpretación a utilizar en el análisis dialógico entre la legislación y la Constitución, es decir, si los criterios comunes, o los criterios especiales de interpretación de las normas constitucionales y por medio de los principios de interpretación constitucional, o todo al mismo tiempo, en especial porque, como opina Monroy (2005, p. 26), es un hecho pacífico en la doctrina que las Constituciones modernas son verdaderas normas jurídicas y no simples documentos políticos. Lo anterior implica que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica.

Arias (2015, p. 77) considera que la actividad de la justicia constitucional no se agota en la confrontación de una ley y la Constitución, sino que abarca a la interpretación de la ley en el marco de la Constitución –interpretación sistemática– y, por tanto, alcanza a las controversias que los jueces ordinarios deben resolver, lo que en los hechos, a su juicio, diluye la diferenciación entre lo que es interpretación constitucional y legal.

Explica su opinión, indicando que la Constitución es desarrollada por la ley, de ahí que esta última, al precisar sus contenidos, pueda utilizarse en ciertos casos para interpretar la Constitución, pero que al mismo tiempo la diferenciación entre *disposición* como texto y *norma* como significado del texto, denota la posibilidad de que una disposición pueda tener varios significados, lo que a su vez provoca que tanto el juez ordinario como el juez constitucional deban rechazar aquellas interpretaciones de la ley que

se contrapongan a la Constitución, provocando que la interpretación constitucional y legal se realice en doble sentido; vale decir, para interpretar la Constitución puede tomarse en cuenta la ley que la desarrolla, pero para interpretar la ley necesariamente debe tomarse en cuenta a la Constitución (Arias 2015, 77 y 78).

Indica que, en este sentido, los jueces ordinarios deben realizar una interpretación de las leyes “desde” la Constitución, optimizando su contenido y en su caso si encuentran diferentes opciones interpretativas corresponde que efectúen una interpretación “conforme” a la Constitución, eligiendo la interpretación que resulte constitucional y desechando las incompatibles (Arias 2015, p. 78).

Esta posición doctrinaria encuentra general concordancia con el ordenamiento jurídico y las disposiciones legales relativas a la interpretación de la ley en Guatemala. La norma general de interpretación, el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, regula que las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, y que el conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes; tales criterios, como es sabido, no se utilizan de manera excluyente, sino de forma simultánea, concurrente y complementaria, por lo general para la solución del común de los casos, a veces llamados “fáciles” en la filosofía del derecho, pero hay que acotar que, como explica Sastre (1993, p. 299) aunque pragmáticamente la mayoría de los casos son fáciles, ontológicamente todos los casos son difíciles, puesto que no hay dos iguales o, mejor, igualmente claros.

El artículo, además, contiene una disposición cuyo objeto más o menos evidente, es limitar el activismo judicial: cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

El Derecho de Familia en Guatemala está constituido por normas materiales y procesales muy antiguas, que datan de 1964, por lo que no es infrecuente que el tenor literal pueda conducir, en la solución de un caso, a un resultado injusto por oponerse a alguna disposición, valor o principio actual, del bloque de constitucionalidad.

La circunstancia de la cada vez más amplia brecha entre la norma ordinaria, material y procesal, y las disposiciones, los valores y los principios del bloque de constitucionalidad, genera una mayor frecuencia de “casos difíciles” (Navarro 1993, p. 253) para cuya solución debe acudir a los criterios de interpretación previstos por el mismo artículo 10 para este tipo de casos: los pasajes -oscuros- de la ley, podrán aclararse atendiendo a la finalidad y al espíritu de la norma, a la historia fidedigna de su institución, a la analogía, y al modo más conforme con la equidad y los principios generales del derecho.

Para la solución de algunos casos en la materia familiar, en vista de la constitucionalización del Derecho de Familia, se desatiende el tenor literal de la norma, pero no como consecuencia de haber consultado su espíritu alejándose de una literalidad aparentemente clara, sino debido a una correcta interpretación constitucional que ajusta a su vértice el sentido de la norma ordinaria y por ende, el resultado en el caso concreto.

En estos contextos, los métodos de interpretación constitucional, algunos de ellos, como los tradicionales, en apariencia no tan diferentes de los comunes -como el gramatical, literal o semántico, el voluntarista, el sistemático, el teleológico, el ponderativo- (Toricelli 2025; Gutiérrez 2024) y otros más modernos, como el de la “Constitución viviente” y el originalismo (Toricelli 2025, p. 164, 166), son herramientas hermenéuticas que deben ser del pleno dominio de los jueces comunes así como los principios de interpretación constitucional, tales como el principio de unidad de la Constitución, de la concordancia práctica, de la corrección funcional, de la eficacia integradora, de la fuerza normativa de la Constitución, de la interpretación conforme- (Toricelli 2025; Hesse 2012; Gutiérrez 2024) para una eficaz labor interpretativa.

B. EVIDENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA

Corresponde analizar en primer lugar si, conforme el marco teórico anterior, se presentan las características que reflejen en Guatemala, en general, el fenómeno de un ordenamiento constitucionalizado. Como punto

inicial, cabe hacer notar que la Constitución es rígida, ya que para su reforma se requiere de un procedimiento complejo en comparación con el proceso de reforma de las leyes ordinarias (artículos 278 al 281 constitucionales); existe un control de constitucionalidad mixto, pues combina los mecanismos del control difuso en manos de los jueces ordinarios en casos concretos, y el control concentrado en cabeza de la Corte de Constitucionalidad; la Constitución y el bloque de constitucionalidad, tienen fuerza vinculante por ser normas obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos -lo cual es muy palpable en casos relativos a los derechos de niñez, por la constante aplicación directa de la Convención Sobre los Derechos del Niño-; se está avanzando en pos de una interpretación extensiva de la Constitución que permita obtener las normas implícitas, así como de una aplicación directa de las normas constitucionales, incluso en controversias de carácter privado. Y sin duda alguna, la interpretación conforme de las leyes, es un mandato a los jueces claramente contenido en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

En segundo lugar y particularizando en el ámbito del Derecho de Familia, en Guatemala se observa, en general, que existen avances hacia una progresiva constitucionalización. Un primer elemento que sustenta esta afirmación, son fallos de la Corte de Constitucionalidad que contribuyen a dar precisión a algunas nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar.

Por ejemplo, las relaciones paterno y materno filiales, las cuales no están explícitamente contenidas en la Constitución y apenas mencionadas en la norma ordinaria, pero que la Corte de Constitucionalidad trata de precisar luego del análisis de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en armonía con las pautas hermenéuticas que brinda la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño, tras lo cual sienta doctrina legal que trata -sin lograrlo aún con la precisión necesaria, a juicio de la autora- de perfilar el contenido de este derecho (casos 4689-2023, 2180-2010 y 6237-2018, entre otros).

De lo anterior, se desprende también un segundo elemento, que es la incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos que

incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional, como parte del bloque de constitucionalidad.

El último elemento, es el desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de la Corte de Constitucionalidad para llevar a cabo el control de constitucionalidad, tanto en el derecho de fondo como en el procesal, pues ha producido extensa doctrina constitucional obligatoria sobre aspectos como las relaciones familiares y los alimentos, el pago de las pensiones alimenticias provisionales constante el proceso, las facultades discrecionales del juez de familia, el poco formalismo en el proceso de familia, los principios procesales específicos de la materia de familia, etc.

C. OTROS CASOS QUE EVIDENCIAN LA PROGRESIVA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA

Otras evidencias de lo que se considera que es un progresivo fenómeno de constitucionalización del Derecho de Familia en Guatemala, son las siguientes.

La Corte de Constitucionalidad, con respecto de los alimentos, ha realizado una interpretación de la norma ordinaria conforme con el artículo 51 de la Constitución, y ha puesto en evidencia el principio de solidaridad implícito sobre el que se erige el derecho de alimentos, principio que, aunque no está explícitamente mencionado, ni en la norma ordinaria, ni en la constitucional, se deduce naturalmente de principios y valores inmersos en la Constitución (casos 1252-2024, 4598-2017, 1742-2015, entre otros).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, constituida en Tribunal de Amparo, dictó un fallo dentro del amparo 1434-2017 interpuesto en contra del Procurador de los Derechos Humanos, relativo a la interpretación del precepto constitucional que garantiza la protección del derecho a la vida desde la concepción, del que resalta el principio *pro homine* como criterio de interpretación que procura de forma armónica la máxima protección del ser humano no nacido y de la mujer embarazada, así como la inter-

pretación progresiva, entendida en miras de una mejor protección de los derechos fundamentales que considere a los más vulnerables a quienes los instrumentos internacionales, tanto como la Constitución, brindan una protección especial.

La Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Familia, constituida en Tribunal de Amparo, conoció del amparo 01191-2024-00019, instando por una adolescente embarazada, huérfana de ambos padres, a quien le fue rechazada la demanda de fijación de pensión alimenticia a favor de su hija o hijo no nacido bajo el argumento de que la ley ordinaria exigía establecer la filiación paterna para poder promover el juicio. El Tribunal, luego del análisis de las normas constitucionales y convencionales pertinentes de protección de la niñez y de la mujer, dictó su fallo y otorgó la protección constitucional al concluir que, tras una ponderación debidamente motivada, los principios constitucionales de justicia, tutela judicial efectiva, interés superior del niño y protección de los derechos humanos, debían prevalecer sobre el principio de legalidad; en consecuencia, ordenó al juzgado de pensiones alimenticias resolver conforme lo argumentado por el Tribunal.

En la justicia ordinaria, el Juzgado de Familia de Santa Rosa conoció del juicio oral de declaratoria de paternidad y filiación, y fijación de pensión alimenticia número 06019-2023-00563. La novedad en este caso, que hasta donde se tiene conocimiento, es el primero en su tipo, no sólo en ser admitido a trámite, sino en fallar a favor de la parte demandante, es la acumulación de dos pretensiones que, en principio, no son acumulables por el escollo legalista (artículo 212 del Código Procesal Civil y Mercantil) de que para demandar alimentos, debe presentarse con la demanda el título en que se funda el derecho, es decir, el documento que acredite la filiación, el cual, en un caso como este, obviamente aún no existía.

El demandado se opuso a la pretensión de alimentos, con base en el artículo indicado. Se llevó a cabo la prueba de ácido desoxirribonucleico, la cual reveló la existencia del vínculo biológico entre el niño y el demandado.

Al dictar el fallo, se observó estrictamente un orden lógico de análisis, pues la demostración de la filiación es lo que habilitaría la procedencia de la pretensión alimentaria. El análisis principal se realizó desde el principio

de interés superior del niño desde sus perspectivas de principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento, pues la legislación procesal civil guatemalteca es veintisiete años anterior a la incorporación al derecho interno de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en 1990, por lo que la primera debía ser interpretada de manera progresiva para que se constituyera realmente en el vehículo que positivizara el derecho de fondo a favor del niño.

Se enfatizó, entonces, que en el caso bajo análisis, no era el título, entendido como un documento físico sin más, sino el hecho de la filiación demostrada, la que otorgaba al hijo el derecho a ser alimentado por sus progenitores, conforme los artículos 18 y 27 de la Convención Sobre los Derechos del Niño. El fallo declaró con lugar la filiación, y fijó una pensión alimentaria para el niño.

El mismo juzgado, conoció del juicio oral 06019-2023-00025 en donde se acumularon dos pretensiones, la declaratoria de paternidad y filiación, y la indemnización de daños y perjuicios por la falta de reconocimiento del hijo, y que al igual que el caso anterior, es el primero no sólo en ser admitido a trámite, sino en fallar a favor de la parte demandante. Se caracteriza en especial, porque la pretensión indemnizatoria se ha considerado en el ámbito judicial como un asunto del derecho civil, aun y cuando los daños se hubieran causado con ocasión de relaciones personales de carácter familiar. En este fallo, que hizo lugar a las pretensiones de la parte demandante, se consideró, entre otras cosas, que

La constitucionalización del Derecho de Familia exige que en un caso como este, se positivice el artículo 47 de la Constitución Política de la República que preceptúa que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, y que promoverá su organización, entre otras cosas, sobre la paternidad responsable. La noción de responsabilidad dentro de este contexto, implica asumir las consecuencias negativas de la falta de ésta, como lo son los daños y perjuicios, patrimoniales y morales, causados por la falta de reconocimiento de un hijo como una omisión que contraviene el principio general del derecho de *alterum non laedere* o la

exigencia de no dañar a otros injustamente, y que constituye una fuente de la obligación de indemnizarlos.

D. LÍMITES Y DESAFÍOS EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

A pesar de las bondades del proceso de constitucionalización del Derecho de Familia, la prudencia y la cautela deben imponerse para evitar que en un desmedido entusiasmo, el proceso derive en un fenómeno dañino y lesivo del debido proceso y de derechos legítimos. De ahí la importancia de su estudio y del análisis doctrinario que ayuden en la comprensión de su contenido.

Espejo (2023, p. 47), con respecto de lo anterior, considera que el análisis de este embrionario proceso de constitucionalización no debe aceptarse indiscriminadamente. Los principios constitucionales y los derechos fundamentales son difíciles de precisar y, en muchas ocasiones, la comprensión y aplicación de aquello que las normas constitucionales establecen puede resultar un proceso espinoso. Los tribunales y las cortes con jurisdicción constitucional no se encuentran blindadas, tampoco, a las presiones políticas y a unas condiciones inadecuadas de acceso a la justicia para grandes proporciones de la población.

El carácter dinámico y amplio de la Constitución, al abarcar aspectos extrajurídicos como lo social y político, entre otros, permite que sus normas en general principistas admitan mayor cantidad de interpretaciones que las que admiten las leyes, máxime cuando a diferencia de éstas no cuentan con una estructura de supuesto-consecuencia (Arias 2015, 76).

Tamayo (2017) considera que el juez no puede, so pretexto de que el Derecho está constitucionalizado, desconocer impunemente una norma legal o administrativa, por el solo hecho de que aisladamente un principio constitucional establece lo contrario, pues si así fuera, todas las leyes y códigos serían inconstitucionales, y que la constitucionalidad depende de una interpretación contextual de todos los principios y derechos constitucionales vigentes.

Otro desafío importante en el Derecho de Familia, y en particular del guatemalteco que reconoce la discrecionalidad procesal como un principio del derecho procesal de familia, es la amplia discrecionalidad material y procesal, que mal o nada comprendida, puede conducir a la inaplicación injustificada de la legislación, para acudir de manera directa a un principio o norma constitucional en una interpretación demasiado extensiva que rebase el objeto de la constitucionalización de la materia de familia.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

La constitucionalización del derecho en general, es un proceso jurídico en marcha, con diferentes grados de desarrollo en cada país y sobre el que existe ya profusa investigación doctrinaria.

En el Derecho de Familia, variados autores de América Latina han relatado las experiencias en sus países sobre cómo la constitucionalización del derecho privado ha generado una comprensión distinta de las normas familiares, sean estas materiales o procesales, que a su vez ha hecho posible el acceso a la justicia a quienes durante años han esperado infructuosamente tras disposiciones legalistas no interpretadas desde los valores, normas y principios de la Constitución.

En Guatemala, el fenómeno de la constitucionalización en el Derecho de Familia está ocurriendo, es un proceso cuya marcha se espera que sea progresivamente más dinámica, entre otras razones, por el papel protagónico de los jueces y juezas de familia quienes se han asociado para unir esfuerzos que desde la administración de justicia, en la academia, y en acciones puntuales, impacten positivamente en circunstancias tales como la especialización, la creación de códigos específicos, la capacitación continua, la conciencia sobre lo que constituye la constitucionalización del derecho, entre otros.

Los países con legislaciones más antiguas que la mayoría de convenciones sobre derechos humanos, son campo fértil para la constitucionalización del Derecho de Familia. La desarticulación entre el derecho familiar de fondo o material, y los derechos familiares de la misma naturaleza reconocidos en las convenciones sobre derechos humanos cronológica-

mente posteriores, propicia una interpretación conforme con el bloque de constitucionalidad.

La falta de coherencia en el ordenamiento jurídico, implica la constante interpretación de la normativa ordinaria, desde los principios y valores constitucionales. Un claro ejemplo, son los conflictos en torno a la guarda y cuidado de niños, o las relaciones familiares o derecho de convivencia, que están desarrollados de manera insuficiente en la legislación, en el caso de Guatemala.

No obstante, la cautela y la prudencia deben acompañar a este proceso, de la mano de la especialización y la capacitación constante en temas como el Derecho de Familia y su dogmática, el derecho constitucional, la argumentación e interpretación jurídica con énfasis en la interpretación constitucional, derechos humanos e interpretación convencional.

REFERENCIAS

- Arias, Boris W. «Interpretación constitucional e interpretación legal: límites inciertos.» *Estudios Constitucionales*, n° 1 (2015): 73-90.
- Carpio, Edgar. «La interpretación de los derechos fundamentales.» *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 56 (2003): 463-530.
- Carpio, Edgar. «Interpretación conforme con la Constitución y sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana).» En *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, 155-174. México: VEditorial UNAM, 2008.
- Espejo, Nicolás. “La constitucionalización del derecho familiar.” En *La constitucionalización del Derecho de Familia, perspectivas comparadas*, México: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 1-47.
- Espejo, Nicolás; Ibarra Olguín, Ana María; Herrera, Marisa; Celorio, Rosa; Batista Sposato, Karina; Etcheberry Court, Leonor; Taylor, Rachel; Arango Olaya, Mónica; Liefaard, Ton; Treviño Fernández, Sofía del Carmen. *La constitucionalización del Derecho de Familia, perspectivas comparadas*. México: Tirant Lo Blanch, 2023.

Gatti, Franco. «Interpretación jurídica.» 2020.

Gutiérrez, Alejandro J. *Interpretación y argumentación constitucional*. Ideart Editores, 2024.

Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Traducido por Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, 57-75. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo. «Los derechos humanos y el Derecho de Familia: los nuevos paradigmas para el siglo XXI.» *Revista del Poder Judicial de Costa Rica*, Escuela Judicial, nº 6 (2008): 75-101.

Monroy, Marco G. «Concepto de Constitución.» *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano de la Universidad Nacional Autónoma de México I* (2005): 14-42.

Navarro, Pablo E. «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho.» *Revista Doxa*, nº 14 (1993): 243-268.

Ortega, Ramón. «La constitucionalización del derecho en México.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 137 (2013): 601-646.

Sagüés, Néstor. «Del juez legal al juez constitucional.» *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 4 (2000): 337-346.

Sastre, Santiago. «Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos.» *Revista Derecho y Opinión*, nº 1 (1993): 295-306.

Tamayo, Javier. «Por una definición exacta de la constitucionalización del derecho.» *Legis Ámbito Jurídico*, 12 de mayo de 2017.

Toricelli, Maximiliano. *Derechos humanos fundamentales. Teoría general*. Astrea, 2023.

JURISPRUDENCIA

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 4689-2023, 25 de octubre de 2023.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 7250-2019, 7 de mayo de 2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 6237-2018, 26 de noviembre de 2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1006-2024, 29 de enero de 2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1006-2014, 26 de noviembre de 2015.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2180-2010, 12 de octubre de 2010.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1252-2024, 27 de junio de 2024.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 4598-2017, 17 de mayo de 2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1742-2015, 17 de septiembre de 2015.

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 1434-2014, constituida en Tribunal de Amparo, 8 de diciembre de 2017.

Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Familia de Guatemala, 01191-2024-00019, constituida en Tribunal de Amparo, 5 de junio de 2024.

Juzgado de Primera Instancia de Familia del departamento de Santa Rosa, Guatemala, 06019-2023-00563, 16 de febrero de 2024.

NUEVAS TIPOLOGÍAS FAMILIARES EN MÉXICO: DESAFÍOS EN SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL DE FAMILIAS.

Eduardo Oliva Gómez*

RESUMEN

Las familias, como núcleo social básico y fundamental, indiscutiblemente se encuentran en un constante proceso de transformación; sus estructuras, modelos y tipos se constituyen, reconstituyen y conforman en cada momento histórico, en consonancia con los nuevos paradigmas de la sociedad, a sus ideologías, a sus necesidades y realidades. Así, lo que en alguna etapa del desarrollo histórico de la humanidad no se concebía como grupo familiar, en un momento posterior es reconocido y aceptado tanto en los ámbitos jurídicos, sociales, culturales y personales. Siendo contundente el tránsito y transformación que experimenta la sociedad ante las nuevas formas de la conformación de las familias, en el presente trabajo me propongo revisar, analizar y reflexionar sobre algunos de estos nuevos modelos de familias que, de manera particular, se han presentado en los años transcurridos durante este siglo XXI.

* Dr. Eduardo Oliva Gómez. Profesor-Investigador de Tiempo Completo, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Correo electrónico: eduardo.oliva@uaem.mx ORCID 0000-0002-3603-0354

La revisión, por cuestiones metodológicas de delimitación, se hace en la normativa vigente en el sistema jurídico mexicano; así entonces, empleando el método comparativo, será materia de análisis la reglamentación jurídica contenida en los códigos de familias y/o códigos civiles de algunas entidades federativas de la República Mexicana. Además, expongo y reflexiono sobre lo importante y urgente que resulta incorporar la reglamentación necesaria en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares para que en los procesos judiciales se reconozcan las relaciones jurídicas familiares y los efectos jurídicos que deben observarse en estas nuevas formas familiares.

I. INTRODUCCIÓN.

Sin lugar a duda, el derecho de familias, como así lo he venido identificando, caracterizando e inclusive conceptualizando¹ desde hace ya más de 10 años, se transforma y modifica de manera constante y vertiginosa, al ritmo en que las familias se van conformando y constituyendo en la sociedad humana.

La conformación de las familias se construye y reconstruye sustentada en los nuevos paradigmas que la sociedad va adoptando, en la actualidad de manera vertiginosa, esto es así puesto que, como ya lo refería Morgan, citado por Federico Engels, la familia “es el elemento activo; nunca perma-

1 En diversos espacios investigativos he sustentado la urgente necesidad de llevar a cabo el tránsito del concepto derecho de familia, al concepto de derecho de familias, esta postura doctrinal la he expuesto, entre otros momentos, en el año 2018, al participar en el Congreso Internacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Salamanca, España, con motivo de los festejos por el Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca, evento académico celebrado en el mes de octubre en el que presenté la ponencia “El tránsito del concepto de Derecho de Familia al concepto de Derecho de Familias o Derechos de las Familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI”, ponencia que motivó su incorporación en el libro de ponencias del Congreso que fue elaborado, bajo los sellos editoriales de la Universidad de Salamanca y Tirant lo Blanch; de la misma forma, la postura doctrinal la he puesto de manifiesto de manera enfática y con total determinación, en la obra de mi autoría, *Derecho de Familias*, publicado en el año 2022 bajo el sello de la casa editorial Tirant lo Blanch.

nece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto” (Engels, 1982, pág. 24), o bien, como lo reflexiona Beck-Gernsheim al decir que “es difícil hablar simplemente sobre el concepto de -familia-, pues muchos de los conceptos habituales ya no concuerdan con la realidad, suenan anticuados y puede que incluso un poco sospechosos, al ser incapaces de reproducir el sentimiento y la realidad vital de las nuevas generaciones” (2003, pág. 13).

Cierto es que las dinámicas que enfrenta la sociedad ante la conformación de las nuevas tipologías y modelos de familias se han hecho visibles de forma notoria en los años transcurridos en este siglo XXI, y habiéndose ya consumido el primer cuarto de éste, las transformaciones se hacen cada vez más contundentes en los elementos sustanciales que caracterizan a las familias y la realidad actual pone de manifiesto que, como lo he comentado en diversos espacios investigativos:

indiscutiblemente las figuras que componen el contenido del Derecho de Familias y que tradicionalmente fueron consideradas por siglos como inmutables, han iniciado un acelerado, necesario y urgente tránsito a la construcción de nuevas formas del entendimiento y, con ello, de su reglamentación jurídica; [...] las nuevas formas que adoptan las familias han roto de plano, paradigmas que parecían indestructibles, que parecían dados para siempre (2022, pág. 37 y 38).

Con relación al referido tránsito y dinámica que enfrentan las conformaciones de las familias, dice Ribeiro, citado por Mendoza Cárdenas que “La realidad nos muestra que la evolución social reciente, marcada por la modernidad, ha provocado cambios en la estructura de las familias que -lejos de universalizarla- la hacen cada vez más compleja, heterogénea y plural” (2023, pág. 225), en dicho sentido, considero que resulta interesante comentar que, el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, Enrique Graue, al inaugurar las actividades del congreso académico “¿Familia o familias en México? Diversidad, convivencia y cohesión social en la sociedad contemporánea”, que se llevó a cabo el mes de marzo del año 2023, refirió que:

México es, en muchos rubros, un ejemplo de la diversidad y pluralidad y los datos confirman que nuestras familias no son la excepción. Los números son concluyentes: si queremos conservar el valor de la familia como núcleo primario de los valores que rigen nuestra convivencia social, debemos reconocer que el concepto debe cambiar” (De La Fuente Linares, 2023, pág. 138).

Agrega el mismo Graue que “el concepto de familia ha tendido un replanteamiento global sin precedente. Sin embargo, hay quienes se resisten, por prejuicios y cerrazón, a aceptar los nuevos derechos; cierran los ojos a la realidad creyendo que los cambios de paradigmas amenazan nuestros valores y el orden social” (De La Fuente Linares, 2023, pág. 138).

Por su parte, sobre la misma línea, dice Lasarte que “La idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión” (2015, pág. 3); “es necesario reconocer que existe una diversidad de estructuras familiares y que los tipos de funciones y relaciones afectivas, más o menos extensas e intensas, varían en el tiempo y en el espacio, pero por lo general, están regidos por una normatividad que las institucionaliza” (Bernal Suárez, 2017, pág. 43).

La revisión expuesta, permite percatarse de la existencia de una extensa literatura jurídica que coincide, de manera contundente, en el reconocimiento de la diversidad de estructuras, modelos y tipos de familias, por tanto, lo necesario es llevar a la normativa jurídica dicho reconocimiento y con ello, la regulación de las relaciones jurídicas familiares, así como de los efectos jurídicos que deben ser atendidos en los contenidos de las leyes.

Así entonces, en las presentes líneas me propongo revisar, en el sistema jurídico mexicano, los avances, transformaciones y reconocimientos que sobre el tema se van generando, desde la norma constitucional, hasta las legislaciones de familias propias de las entidades federativas en las que, los avances han permitido hacer visibles y desde luego, regularse nuevas tipologías de familias que anteriormente no habían sido consideradas como fuentes de ellas; pretendo además revisar, a partir del reconocimiento de

las nuevas tipologías de familias (desde luego distintas a las que de manera tradicional han sido y son reconocidas en el contenido de las leyes), si es que se hacen visibles en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 7 de junio del año 2023 y que entrará en aplicación en todo el territorio nacional, a más tardar el día primero de abril del año 2027. Código Nacional será el receptor de los 32 códigos sustantivos en materia de familias (civiles y/o familiares) vigentes en las entidades federativas.

II. DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

El derecho de familias en México y la protección constitucional de la familia, se hace visible en el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el día 5 de febrero del año 1917, por efectos de la reforma que fuera publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre del año 1974 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación. Dicha reforma se hizo al contenido del artículo cuarto, modificándose la redacción de origen consignada en dicho artículo, para quedar dispuesto en su primer párrafo que “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

La reforma al artículo cuarto de la Constitución Política tiene un gran impacto puesto que, como lo refiere Carbonell, la reforma implica que “el estudio jurídico de la familia entra en la órbita del Derecho constitucional y, concretamente, en el campo de estudio de los derechos fundamentales” (Oliva Gómez, 2022, pág. 118).

La reforma impone, a nivel de mandato constitucional, el deber del Estado Mexicano de proteger la organización y el desarrollo de la familia mediante las leyes respectivas en la materia, así entonces, el efecto de lo dispuesto es, el reconocimiento de la existencia de un derecho de familia, que será regulado en un primer momento, en los códigos civiles de cada una de las entidades federativas.

La constitucionalización de la familia y con ello del derecho de familia consagrado en el artículo cuarto de la Constitución Política ha evolucionado

favorablemente por razón del decreto de reforma en materia de igualdad sustantiva, perspectiva de género, derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y erradicación de la brecha salarial por razones de género, decreto que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 15 de noviembre del 2024. La reforma se hace, entre otras disposiciones, al ya referido primer párrafo del artículo cuarto para quedar de la siguiente forma: “Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de las familias...”.

La reforma constitucional en el particular es clara y contundente, se trata de una visión pluralista, inclusiva, sustentada en la diversidad, en un entorno de respeto a los derechos humanos y acorde a la realidad social: el deber del Estado mexicano y de sus leyes es, proporcionar la protección a la organización y el desarrollo de las familias, superando así una visión reduccionista y limitada y logrando además, la observancia al principio de la progresividad en que los derechos humanos deben ser atendidos.

Ahora bien, considero necesario destacar que la reforma hecha al artículo 4º de la Constitución Política, impone el deber al Congreso de la Unión (para el ámbito federal), así como a las legislaturas de cada una de las entidades federativas, el llevar a cabo los trabajos legislativos para la armonización del marco jurídico correspondiente a la materia y con ello lograr su debida observancia, para lo cual se concede un plazo que no deberá exceder de 90 días (para el caso del Congreso de la Unión) y el de 180 días (para las entidades federativas), plazo que empezará a contarse a partir del día de su entrada en vigor, en dichas condiciones, lo cierto es que ambos plazos (90 días y 180 días respectivamente) han concluido sin que aún se tenga visible en las legislaciones del ámbito federal, así como en los códigos civiles y/o familiares de las entidades federativas, el haberse dado las adecuaciones respectivas para armonizarse a la norma constitucional, omisión que se urgente subsanarla puesto que de lo contrario, la propuesta queda solamente en el discurso jurídico.

Por otra parte es importante también destacar que sobre la adopción al reconocimiento de las familias que se consagra en la norma constitucional, la visión ya había sido considerada de tal forma en el sistema

jurídico mexicano, en lo específico, en la Constitución Política de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el día 5 de febrero del año 2017 y que, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo primero transitorio, entró en vigor el día 17 de septiembre del año 2018. En este sentido, al respecto se contempla en su artículo sexto: “Ciudad de libertades y derechos”, en su apartado “D”, sobre el “Derecho de las familias”, identificándolas precisamente bajo tal denominación de avanzada: “Derecho de las familias”.

Así, en el citado apartado se establece de manera textual lo siguiente:

Apartado D. Derechos de las familias

1. Se reconoce a las familias la más amplia protección, en su ámbito individual y colectivo, así como su aporte en la construcción y bienestar de la sociedad por su contribución al cuidado, formación, desarrollo y transmisión de saberes para la vida, valores culturales, éticos y sociales; 2. Todas las estructuras, manifestaciones y formas de comunidad familiar son reconocidas en igualdad de derechos, protegidas integralmente por la ley y apoyadas en sus tareas de cuidado; 3. Se implementará una política pública de atención y protección a las familias de la Ciudad de México.

De la literalidad consignada en la norma constitucional de la Ciudad de México, resulta claro que, adoptando una postura de avanzada, plural, de inclusión, con sustento en la diversidad y en un entorno de derechos humanos, se establece un reconocimiento pleno a todos los tipos, modelos y estructuras de familias, contemplando precisamente todas las estructuras, manifestaciones y formas de comunidad familiar son reconocidas legalmente.

III. DE LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS FAMILIARES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

He destacado la importancia del paso evolutivo que se presenta en la norma constitucional mexicana al llevar a cabo el tránsito del concepto “familia” al concepto “las familias”, desde luego se trata de un paso importante en el reconocimiento de los derechos,

deberes, obligaciones y facultades que deben ser reconocidas y reguladas en el derecho de familias.

Las dinámicas sociales y las nuevas formas del pensamiento humano dan pauta de manera inevitable a la aparición de nuevos tipos, modelos y estructuras familiares que presentan notables diferencias con las vigentes y que, al haber sido reconocido en la norma constitucional el deber de proteger a “las familias” en su organización y desarrollo, los retos y desafíos para el derecho de familias son complejos y es urgente llevar a cabo el análisis profundo.

La encomienda dispuesta en la norma constitucional aún se encuentra pendiente de cumplir puesto que, el deber de armonizar las leyes al mandato dispuesto en el artículo 4º no se ha dado, sin embargo, de manera gradual se deberán dar las adecuaciones respectivas en los códigos civiles y/o familiares vigentes en el territorio nacional.

En este apartado me propongo hacer la revisión, en lo particular, de dos nuevas tipologías familiares en el sistema jurídico mexicano, que gradualmente se harán visibles en las leyes familiares, me refiero, por una parte, a las familias producto de relaciones convivenciales o de hecho y, por otra parte, a las familias multiespecie.

Para llevar a cabo el estudio de ambas tipologías, haré la revisión mediante el análisis en los códigos civiles y/o familiares vigentes de algunas entidades federativas en la que resulta interesante su reglamentación al respecto de las tipologías descritas.

III.1. FAMILIAS DE RELACIONES CONVIVENCIALES.

Esta nueva tipología familiar es fundamental de inicio, caracterizarla y delimitarla conceptualmente puesto que, en el sistema jurídico mexicano se le identifica de manera general tanto en los contenidos de la ley, como en la doctrina jurídica, como el concubinato, así entonces cuando nos referimos en la legislación mexicana al concubinato, se está haciendo referencia a una unión de hecho o unión convivencial, lo que implica, al parecer, que fuesen sinónimos, sin embargo en legislaciones de otros sistemas jurídicos,

así como en la literatura jurídica especializada, no necesariamente se le identifica como concubinato, inclusive tal denominación ha sido superada por diversas posturas conceptuales y por ello, ya no se habla del concubinato y en su lugar la podemos encontrar identificada bajo diversas denominaciones, entre ellas: relaciones convivenciales, relaciones de hecho, uniones de hecho o, simplemente unión libre.

Bajo tal escenario, el punto de partida en las presentes líneas es el llevar a cabo el estudio, en el sistema jurídico mexicano, de la relaciones convivenciales o relaciones de hecho, entendidas como una forma distinta del concubinato para conformar las familias; dicho de otra forma, si bien las familias pueden llegar a constituirse vía concubinato, también se pueden llegar a conformar vía relación convivencial o relación de hecho, como figuras jurídicas propias del derecho de familias distintas al concubinato.

Así entonces, sin que el presente trabajo tenga como propósito el estudio del concubinato, para fines conceptuales de delimitación, el concubinato es, “la unión de hecho entre dos personas con el propósito de convivir como si fueran cónyuges, y que satisface los requisitos legales para gozar de protección jurídica” (Rico Álvarez, 2019, pág. 200).

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez proponen el siguiente concepto (Oliva Gómez, 2022, pág. 433):

El concubinato puede entenderse, por un lado, como la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, libres de matrimonio y sin impedimentos legales para contraerlo, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, por dos años o más, en forma constante y permanente; y, por el otro, como la unión entre un hombre y una mujer que viviendo o cohabitando como si estuvieran casados tienen hijos en común, aun cuando en tal caso no hayan transcurrido los dos años a los que se hizo mención.

Desde la conceptualización dogmática, en el Código Civil de la ciudad de México, se dispone en su artículo 291 Bis. - “Las concubinas y los concubenarios tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que

precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo”.

Lo regulado en el Código Civil de la Ciudad de México, si bien no propone una definición del concubinato, si presenta una caracterización en la que, entre otros elementos sustanciales para que la unión pueda ser considerada como concubinato, se encuentran la vida en común en forma constante y permanente por el periodo mínimo dispuesto en la norma.

En el código familiar vigente para el Estado de Morelos, se conceptualiza al concubinato en los siguientes términos: “Art. 65. CONCUBINATO. Es la unión de hecho de dos personas, ambas libres de matrimonio y sin impedimento para contraerlo, que viven de forma constante y permanente generando derechos y obligaciones al procrear hijos o manteniendo la convivencia”.

El Código Familiar vigente del Estado de Sinaloa establece al respecto en su artículo 165 que “El concubinato es la unión de dos personas, quienes, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hacen vida en común de manera notoria y permanente durante dos años continuos o más”.

Sean suficientes la revisión señalada para destacar que, conceptualizada y delimitada que ha quedado la figura del concubinato en México, en los términos que consta en los códigos que he descrito, lo importante es precisar por una parte, que en la mayoría de los códigos civiles y/o familiares de las entidades federativas de la república mexicana, se conceptúa de forma similar; por otra parte, es fundamental precisar que, al hablar en este apartado de las relaciones convivenciales o relaciones de hecho, no estoy haciendo alusión de forma alguna a la figura del concubinato –como una relación de hecho caracterizada como tal en la legislación- la tipología familiar que deseo destacar, es la relación convivencial o, relación de hecho, que es distinta desde luego, al concubinato.

Para referirme jurídicamente a la tipología familiar sustentada en una relación convivencial o relación de hecho, insisto, distinta al concubinato, es oportuno revisar lo que se establece de manera expresa en el Código Familiar del Estado de Michoacán de Ocampo, en el Código Familiar para

el Estado de Morelos, en el Código Familiar del Estado de Sinaloa, en el Código Familiar del Estado de Zacatecas, en la Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza y en el Código Civil de la Ciudad de México, legislaciones vigentes que a continuación se analizan.

a) En el Código Familiar vigente del Estado de Michoacán de Ocampo, en el capítulo destinado para regular la violencia familiar, se establece expresamente en su artículo 314 que “los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas de violencia familiar”, y en el artículo 315 dice: “Para los efectos del artículo anterior, se entiende por integrante de la familia, a la persona que se encuentre o haya estado unida a otra por matrimonio, concubinato, relación de hecho, o por parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, colateral hasta el cuarto grado, así como por parentesco civil o de afinidad”.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos citados, resulta claro que en la legislación familiar del Estado de Michoacán se reconocen como fuentes generadoras de las familias, al matrimonio, al concubinato, a las relaciones de hecho y al parentesco, así entonces, se reconoce la relación de hecho, distinta al concubinato, como una tipología familiar dado que, quienes se encuentren vinculados por una relación de hecho, es considerado como persona integrante de la familia.

b) En el Código Familiar para el Estado de Morelos, en su artículo 24 relativo a la violencia familiar (reformado con fecha 21 de abril del año 2021), se dispone lo siguiente: “Por Violencia Familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves que ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, sexual, psíquica, emocional, patrimonial o económica, como actos de poder u omisión, intencional dirigidos a dominar, someter controlar o agredir, tanto en el ámbito público como en el privado independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando el agresor y agredido guarden un vínculo directo en cualquiera de las hipótesis contenidas en este Código para el parentesco por consanguinidad o tengan parentesco por afinidad, una relación de matrimonio, concubinato o que mantengan o hayan mantenido una relación de hecho. Se entenderá por

relación de hecho, la que exista entre quienes mantengan una relación de pareja, aunque no vivan en el mismo domicilio”.

Se establece además en el artículo 24 BIS, adicionado por reforma del 2 de agosto del año 2023, entre otros supuestos que “Para los efectos de este Código se considera violencia vicaria al acto abusivo contra la mujer que ejerce quien mantenga o haya mantenido una relación de hecho o de pareja con la víctima...” y en el artículo 24 TER (también reformado en la misma fecha), se dispone que “Quien tenga o haya tenido un vínculo por matrimonio, concubinato o relación de hecho o los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar y/o violencia vicaria, deben reparar los daños y perjuicios que se ocasione con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan”.

Lo contemplado en el Código Familiar para el Estado de Morelos en el tema del reconocimiento de la relación de hecho -como una tipología familiar distinta al concubinato- queda de manifiesto desde el momento en que, en la última parte del artículo 24, se conceptualiza de manera puntual, estableciendo que la relación de hecho será la existente entre la pareja aún, cuando no vivan bajo el mismo techo y además, queda claramente diferenciada del concubinato cuando se enumeran en la relación de pareja distintos supuestos, estos son: el matrimonio, el concubinato y la relación de hecho; postura que desde luego es confirmada ante las precisiones que se desprenden de los artículos 24 BIS y 24 TER.

c) En lo que respecta al Código Familiar del Estado de Sinaloa, en la reglamentación de la violencia familiar se dispone en el artículo 232 que: “La violencia familiar es un acto de poder u omisión intencional dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, sexual, económica o patrimonial a cualquier integrante de la familia, dentro o fuera del domicilio familiar, por quien tenga o haya tenido algún parentesco por afinidad, civil, matrimonio, concubinato o a partir de una relación de hecho y que tenga por efecto causar un daño o sufrimiento...”.

Lo dispuesto es claro, la relación de hecho es reconocida y diferenciada del concubinato como se ha revisado en las legislaciones ya comentadas.

d) El Código Familiar vigente del Estado de Zacatecas, en el capítulo de violencia familiar establece en su artículo 283 Ter que: “También se consideran acciones de violencia familiar las previstas en este artículo, aún cuando el agresor y la víctima no habiten en el mismo domicilio, pero tengan o hayan tenido relación de parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio, concubinato u otra relación afín, o que convivan o que hayan convivido en el mismo domicilio y estén sujetos a patria potestad, tutela, guarda, protección, educación, cuidado, custodia, o que mantengan o hayan mantenido una relación afectiva, aún cuando, no compartan el mismo domicilio”.

Es de hacer notar que lo reglamentado en la legislación del Estado de Zacatecas, hace presente en las tipologías familiares, la que en dicha normativa se denomina –relación afín” que desde luego es independiente al matrimonio y concubinato y que por tanto podría ser identificada precisamente como una relación convivencial o relación de hecho.

e) En el caso de la Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza se establece en el artículo 646 que por violencia Familiar se entiende: “Todo acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las personas, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato, pacto civil de solidaridad o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho”.

Lo dispuesto en la legislación de Coahuila reconoce la relación de hecho como figura distinta al concubinato y cabe incluso destacar que entre los distintos supuestos que se generan por los vínculos entre la pareja, además del matrimonio, concubinato y relación de hecho, también se hace mención del pacto civil de solidaridad.

f) El Código Civil de la Ciudad de México no hace mención particular de las referidas relaciones convivenciales o relaciones de hecho, sin embargo, en el capítulo destinado para la regulación del concubinato, llama la atención que en su artículo 291 Bis, cuarto párrafo se disponga lo siguiente: “Los Jueces del Registro Civil podrán recibir declaraciones con relación a

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

De acuerdo con lo reglamentado, evidentemente existe el reconocimiento a la relación de concubinato, pero además de ello, se hace mención de una relación de cohabitación y de otros hechos relativos a relaciones de pareja, tales supuestos claramente son distintos al concubinato y, por tanto, sin que se haga la mención expresa, pueden entenderse como otras relaciones convivenciales o relaciones de hecho.

III.2 FAMILIAS MULTIESPECIE.

Esta nueva tipología de familias es reciente en cuanto a su concepción, su conformación y reconocimiento en el imaginario social se hace visible tal vez, a partir de la pandemia del COVID-19 con motivo del confinamiento en casa por la contingencia sanitaria que se decretó y se extendió por un periodo considerable de meses, lo que permitió reconocer y ponderar a los animales de compañía –mascotas-, como miembros integrantes de las familias.

Por animales de compañía puede entenderse, entre otras propuestas conceptuales, la sugerida en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los animales de compañía que se llevó a cabo en Estrasburgo, el día 13 de noviembre de 1987, en el que se dice son “aquellos que sean tenidos o estén destinados a ser tenidos por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirvan de esparcimiento y le haga compañía” (García Presas, 2018).

Definitivamente, la pandemia posicionó en las familias la inclusión de los animales de compañía, integrándolos y en muchos casos reconociéndolos con una participación activa:

los animales de compañía están transformando el concepto tradicional de familia, debido a las relaciones afectivas que se generan dentro del núcleo familiar. Es así como el derecho está ante un nuevo fe-

nómeno jurídico que implica un gran reto. En nuestro criterio se deben regular las diferentes relaciones que puedan surgir entre los seres humanos y los animales de compañía, y darse el reconocimiento de una nueva tipología de la familia a la cual se denomina multiespecie (Monroy Celis, Mantilla, & Ardila, 2022).

Las familias multiespecie son, como refiere Zúñiga Benavides “aquellas familias que consideran a su mascota como miembro de esta, y en ese sentido este deja de ser visto únicamente como tal, y pasa a ser un miembro de la familia que merece la protección del núcleo familiar y de la sociedad en general por esta consideración” (2021, pág. 1).

El concepto propuesto deja ver que, las familias multiespecie se encuentran integradas por la presencia de personas y, al mismo tiempo se integran al grupo familiar que fuese, los animales de compañía –sus mascotas- cuya participación se asimila con los miembros de la familia, por los vínculos afectivos y emocionales que se van generando por la convivencia diaria y los afectos que muestran las mascotas con los integrantes de la familia.

En el sistema jurídico mexicano, con fecha 2 de diciembre del año 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 3º, 4º y 73 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en materia de protección y cuidado animal; así, en el artículo 4º se dispone que: “queda prohibido el maltrato a los animales. El Estado mexicano debe garantizar la protección, el trato adecuado, la conservación y el cuidado de los animales, en los términos que señalen las leyes respectivas”.

La reforma constitucional es de gran impacto puesto que, se eleva a rango constitucional el reconocimiento de la protección a los animales, prohibiendo su maltrato y estableciendo el deber del Estado de garantizar un trato adecuado en su favor, su protección, la conservación y sus cuidados.

La reforma constitucional, tiene como antecedente legislativo en el sistema jurídico mexicano, la normativa dispuesta en la Constitución Política de la Ciudad de México, legislación de la cual ya me he referido en

líneas anteriores, en la que se contempla en su artículo 13, denominado “Ciudad habitable”, Apartado B, disposiciones relativas a la protección a los animales, al respecto se establece lo que se transcribe a continuación:

1. Esta Constitución reconoce a los animales como seres sintientes y, por lo tanto, deben recibir trato digno. En la Ciudad de México toda persona tiene un deber ético y obligación jurídica de respetar la vida y la integridad de los animales; éstos, por su naturaleza son sujetos de consideración moral. Su tutela es de responsabilidad común.
2. Las autoridades de la Ciudad garantizarán la protección, bienestar, así como el trato digno y respetuoso a los animales y fomentarán una cultura de cuidado y tutela responsable. Asimismo, realizarán acciones para la atención de animales en abandono.
3. La ley determinará:
 - a) Las medidas de protección de los animales en espectáculos públicos, así como en otras actividades, de acuerdo a su naturaleza, características y vínculos con la persona;
 - b) Las conductas prohibidas con objeto de proteger a los animales y las sanciones aplicables por los actos de maltrato y crueldad;
 - c) Las bases para promover la conservación, así como prevenir y evitar maltratos en la crianza y el aprovechamiento de animales de consumo humano;
 - d) Las medidas necesarias para atender el control de plagas y riesgos sanitarios, y
 - e) Las facilidades para quienes busquen dar albergue y resguardo a animales en abandono.

Como resulta claro en atención a lo dispuesto en la Constitución Política de la Ciudad de México, se implementa una reglamentación precisa, bien definida y que, además de ser innovadora, se regula de manera sensible el tema, estableciéndose de inmediato el reconocimiento de los

animales como seres sintientes y, como efecto de ello, la obligación para las personas de su protección, de su cuidado, de su respeto, así como de brindarles un trato digno, conductas que, como se dispone, constituyen por una parte un deber ético y, por otra parte, como una obligación jurídica. Es indudable que la normativa jurídica responde a los nuevos imaginarios sociales propios de la época actual.

Ahora bien, sobre las familias multiespecie, debo destacar que la normativa constitucional de la Ciudad de México, a pesar de las notables características, omitió hacer algún tipo de mención con relación al reconocimiento precisamente de las familias multiespecie; en lo dispuesto no se desprende de forma alguna su reconocimiento, ni mucho menos su reglamentación, ni siquiera de manera presuntiva.

Expuesto que ha quedado el supuesto legislativo sobre el régimen jurídico protector de los derechos de los animales en el sistema jurídico mexicano, del que como lo he referido, no se desprende el reconocimiento de las familias multiespecie, es necesario en este momento destacar el paso evolutivo hacia el reconocimiento de esta nueva tipología de familias que se ha dado en fechas muy recientes, con motivo de la reforma al artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México, aprobada el día 18 de agosto del 2025, mediante la cual se adiciona la fracción VII al referido artículo, que corresponde al capítulo del divorcio.

En dicha reforma se contempla ahora que, en la solicitud de la disolución del vínculo matrimonial, para el caso de que las personas divorciantes tengan animales –mascotas-, se deberá establecer el régimen de custodia en que deberán quedar las mismas.

La reforma contempla que “En el caso que los divorciantes sean poseedores de uno o varios seres sintientes, podrán establecer un plan de cuidados que considere el bienestar de dichas mascotas, precisando quién será el responsable de su custodia bajo la perspectiva de protección a los seres sintientes”.

La reforma permite contemplar el ejercicio de la custodia compartida y en razón de los acuerdos, el régimen provocará el considerar diversos

elementos como pueden ser, entre otros, los deberes alimentarios (para con la mascota), el cuidado y atención en un ambiente adecuado y seguro para las mascotas.

Sin lugar a duda, la reforma constituye todo un reto jurídico que no se queda solamente en el ámbito de los conocimientos de la ciencia jurídica, el tema trasciende incluso al campo transdisciplinar.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: LA NECESARIA VISIBILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS FAMILIARES EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL DE FAMILIAS.

La construcción de las nuevas tipologías familiares sobre las que he reflexionado en las líneas que anteceden y que son una realidad jurídica en algunos espacios geográficos de México, constituyen todo un reto y grandes complejidades para el derecho de familias, así como para el derecho procesal de familias.

En efecto, en virtud de que en el sistema jurídico mexicano la facultad legislativa en materia de familias, en cuanto hace al derecho sustantivo, se encuentra conferida a las legislaturas locales de cada una de las entidades federativas, se provoca ante ello la existencia de 32 legislaciones (civiles y/o familiares), evidentemente cada una de ellas con su normativa propia, con sus principios y estructuras particulares, resultando así que, en muchos casos nos encontremos ante legislaciones totalmente diferentes e inclusive, contradictorias, de tal forma que, mientras en un Código Civil y/o de familias se reconoce determinada tipología de familia, en el Código Civil y/o de familias de otro estado no es reconocida dicha tipología, con ello, una ausencia total del derecho a la tipología en particular.

Esta diferenciación actualmente ya no debiera ser aceptada, su construcción bajo tal visión es contraria a los principios de pluralidad, de tolerancia, de diversidad, de respeto al libre desarrollo de la personalidad y al respeto en general de los derechos humanos, así como también, a la dispuesto en la propia norma constitucional; la continuidad de esta postura no permite una verdadera justicia familiar.

Cabe insistir que, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 4º de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, que ha sido motivo de revisión en líneas anteriores, se mandata que la ley protegerá la organización y desarrollo de las familias, así entonces, lo que se dispone claramente es una protección integradora y que debe observarse en todo el territorio nacional, a la gran diversidad de tipologías de familias en que hoy se estructura la sociedad, no se pretende que determinada tipología solamente sea reconocida y protegida cuando así lo disponga el código en la materia de una entidad federativa, ello iría en contra de la democratización del derecho de familias y de la justicia familiar.

La complejidad se hace aún mayor dado que, actualmente en el sistema jurídico mexicano se ha transitado por mandato constitucional, a la implementación de un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, con aplicación y observancia en todo el territorio nacional, dejando así atrás, la existencia de 32 códigos en materia procesal (civil y de familias) que por facultad legislativa le correspondía a las entidades federativas; tal postura legislativa ha sido modificada por efectos de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 15 de septiembre del año 2017, en la que, se faculta al Congreso de la Unión para emitir una legislación única en materia de derecho procesal civil y de familias, producto de ello, con fecha 7 de junio del año 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, que entró en vigor el día siguiente de su publicación y que será aplicable en todo el territorio nacional, a más tardar, el día primero de abril del año 2027; en dichas condiciones, al momento en que entre en aplicación el Código Nacional, se abrogarán todos los códigos en materia procesal civil y en materia procesal de familias del país y con ello, se tiene un solo derecho procesal idéntico en todo el país.

Así las cosas, y dado que la uniformidad se ha dado exclusivamente en la materia procesal y no en la materia sustantiva, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, será el Código receptor de 32 códigos sustantivos en materia civil y los respectivos existentes en materia de familias que se han desincorporado de los códigos civiles, así entonces, estamos

hablando de aproximadamente 42 o 43 códigos estatales, cada uno de ellos, evidentemente con reglas propias, distintas y en ocasiones opuestas.

La diversidad legislativa contenida en los códigos sustantivos propios de cada entidad federativa, provoca desde luego un caos en la justicia familiar dado que, como lo he referido, la gran diversidad de tipologías familiares quedan al arbitrio de lo que se disponga en cada código sustantivo y por tanto, la pretensión constitucional de protección en la organización y desarrollo de las familias no se cumple puesto que, ¿Cómo entender en el proceso de familias a la luz de un código nacional, las diversas características que se presuponen en los diversos códigos sustantivos?

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares estará expedito en la protección de determinada tipología familiar, solamente cuando en el código sustantivo de determinada jurisdicción así la reconozca, pero no se correrá la misma condición en otra entidad federativa en que no sea reconocida.

¿Se encuentra preparado el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares para la receptoría de 42 o 43 códigos sustantivos? ¿Las reglas procesales uniformes propiciarán la justicia familiar a pesar de las diferenciaciones de las legislaciones sustantivas locales? ¿Las reglas procesales han contemplado tales circunstancias?

Desde luego la complejidad es de gran dimensión, cabe citar, a manera de ejemplo, lo dispuesto en el artículo 89 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, relativo a las reglas para la fijación de la competencia. En dichos supuestos se establece en la fracción decimoprimeras que, en los juicios de divorcio será autoridad jurisdiccional competente, la del lugar donde se encuentre ubicado el último domicilio conyugal. Así entonces, si la familia se constituye en la Ciudad de México, en la que hoy se reconoce ya las familias multiespecie y en atención de ello se considera como miembro integrante a la mascota, ¿Qué sucederá al momento del divorcio si la referida familia cambió su residencia a una entidad federativa en la que no se reconoce esta nueva tipología? Al no encontrarse en este ejemplo hipotético el último domicilio conyugal de la pareja divorciante en la Ciudad de México, quedará sin atención legal el tema de la custodia,

régimen de convivencia y demás situaciones que debieran ser atendidas con relación a la mascota, con ello, la tipología reconocida legalmente queda al margen de la justicia familiar.

Las tipologías familiares son una realidad en la organización social, como también lo son las nuevas tipologías familiares que prácticamente se construyen a cada momento. Es urgente su reconocimiento en los códigos sustantivos de familias, como también es urgente su visibilización en la legislación procesal de familias.

El esfuerzo investigativo que le dediquemos al tema es de gran importancia puesto que, se trata de una justicia de familias de calidad; de una justicia de familias incluyente, tolerante, que atiende la diversidad y la pluralidad, que respeta y protege del derecho al desarrollo libre de la personalidad, que se sustenta en el respeto a los derechos humanos, que observa, cumple y respeta el mandato constitucional y que desde luego, reclaman todas las formas, tipos, modelos y estructuras de familias.

Todas las familias tienen el derecho a ser reconocidas, protegidas, atendidas y consideradas en los momentos que, ante la controversia familiar, deben acudir al órgano de justicia reclamar la justicia familiar.

REFERENCIAS

- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, (2003): *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*. España: Paidós.
- BERNAL SUÁREZ, José Benjamín, (2017): *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*. México, México: Gedisa-UAEM.
- DE LA FUENTE LINARES, Francisco Javier, (2023): "La familia contemporánea en México y su repercusión en nuestra legislación", en Del Val Blanco, José y Sánchez García, Carolina, (coord.), *Las familias en las sociedades contemporáneas* (págs. 127-157). Ciudad de México, Ciudad de México, México: UNAM.
- ENGELS, Federico. (1982): *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. México: Cartago.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada, (julio de 2018): “El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (8 bis), 124-139.

LASARTE, Carlos. (2015): *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*. (Vol. Tomo VI). Madrid: Marcial Pons.

MENDOZA CÁRDENAS, Héctor, Augusto, (2023): “Familia y reproducción humana asistida”, en Del Val Blanco, José y Sánchez García, Carolina (coord.), *Las Familias en las Sociedades Contemporáneas* (págs. 225-239). Ciudad de México: UNAM.

MONROY CELIS, Tatiana et al., (2022): “La familia y los animales: Nuevo reto jurídico”, *Iustitia*, 67-90.

OLIVA GÓMEZ, Eduardo. (2022): *Derecho de Familias*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.

RICO ÁLVAREZ, Fausto. (2019): *Relaciones Jurídicas Familiares. Familia al amparo del código civil para la Ciudad de México*. México: Porrúa.

ZUÑIGA-BENAVIDES, Sergio, (2021): *El concepto de familia multiespecie y su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá, Colombia: (U. C. Colombia., Ed.)

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Constitución Política de la Ciudad de México, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Código Civil de la Ciudad de México, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Código Familiar del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Código Familiar para el Estado de Morelos, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Código Familiar del Estado de Sinaloa, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Código Familiar del Estado de Zacatecas, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

HACIA UNA CUARTA GENERACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL DE FAMILIAS

Diego Benavides Santos *

Yolanda Rueda Romero **

Samuel Montaña Ortiz ***

Karen Esparza Gómez ****

* Comparatista y filósofo en el derecho procesal de familia. Profesor de derecho procesal de familia Universidad Nacional, Costa Rica. Sus obras más importantes en la materia son “Hacia un derecho procesal de familia” (2006), “Derecho Procesal de Familia – Tras las premisas de su teoría general” (2008 dirección con Jorge L. Kielmanovich), “Axiomas de derecho procesal de familia” (2013), “Curso de derecho procesal de familia” (2020), Principios del derecho procesal de familia (2024 con Paola Amey), “Justicia familiar de tercera generación” (2025). ORCID: 0009-0006-2044-2000. Correo electrónico: dfbenavidess@gmail.com

** Maestra en Derecho por la Normal Superior del Estado de Morelos e Instituto Villavicencio en materia Administrativa y por la Universidad Autónoma del estado de Morelos en materia Civil, exfuncionaria del Tribunal Superior de Justicia, del Ejecutivo del Estado de Morelos, Servicios de Salud de Morelos, Junta Especial Número Cuatro de Conciliación y Arbitraje y de los Ayuntamientos de Cuernavaca, Temixco y Jiutepec todos del Estado de Morelos, Catedrática del Colegio Jurista del Estado de Morelos en la Maestría en Derecho Fiscal y Administrativo. ORCID 009-0000- 9494-179X. Correo electrónico: licyolandaruedaromero@gmail.com

*** Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Doctorando en Derecho y Globalización por dicha universidad. Profesor en Licenciatura y Maestría en la Universidad de Ciencias Jurídicas de Morelos. ORCID: 0009-0001-3817-5821. Correo electrónico: samuel.montano@outlook.com

**** Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Doctorante en Derecho y Globalización por dicha Universidad. ORCID: 0009-0004-7633-5074. Correo electrónico: k.esparzag30@gmail.com

RESUMEN

El derecho procesal de las familias ha experimentado una transformación histórica a través de tres generaciones bien definidas. Sin embargo, una nueva etapa estaría por surgir con la implementación del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que, entre otras características, destaca por la digitalización, la oralidad procesal, un enfoque multidisciplinario y protección especializada de grupos vulnerables que incorpora principios innovadores como el interés superior de la niñez, perspectiva de género, justicia digital y ajustes procesales para poblaciones vulnerables. En otras palabras, la esencia de esta nueva legislación unifica la normativa nacional, a través de la humanización del sistema de justicia, fortalecimiento de la protección a grupos vulnerables y la modernización tecnológica.

1.1. INTRODUCCIÓN

En una era de globalización, El derecho procesal de las familias ha evolucionado a través de tres generaciones históricas claramente diferenciadas. La primera generación se caracterizó por un enfoque patriarcal y formalista con procedimientos rígidos y limitada participación de mujeres y menores. La segunda generación introdujo gradualmente el reconocimiento de los derechos de la mujer y la protección infantil, manteniendo aún estructuras procesales tradicionales. La tercera generación, consolidada a finales del siglo XX y principios del XXI, incorporó plenamente los derechos humanos en el ámbito familiar, reconoció la diversidad de modelos familiares y estableció la primacía del interés superior del menor, introduciendo conceptos como la perspectiva de género y la protección integral de la infancia.

Con la implementación del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCF) en México, surge el debate sobre una posible cuarta generación del derecho procesal familiar. Este nuevo marco normativo introduce características innovadoras como la oralidad, especialización jurisdiccional, simplificación procesal y nuevos principios procesales, destacando especialmente la incorporación del interés superior del menor como principio procesal fundamental. La investigación de Diego Benavides Santos propone enfoques metodológicos intergeneracionales

para estudiar este fenómeno emergente, reconociendo que este debate trasciende lo académico y tiene implicaciones prácticas fundamentales para la formación jurídica, las políticas públicas y la modernización del sistema de justicia familiar.

I.2. PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

La plataforma teórico-científica de las generaciones de los sistemas procesales familiares en el derecho comparado constituye una construcción realizada por especialistas en derecho procesal de familia desde hace aproximadamente dos décadas. El camino comenzó con una descripción a nivel mundial de las muestras de los sistemas de resolución de conflictos familiares. Los investigadores dieron pasos hacia atrás, analizaron profundamente y formularon preguntas de ampliación sobre sus hallazgos. Posteriormente, conformaron la plataforma teórica y la aplicaron en diferentes sistemas. La propuesta establece una trilogía entre el lenguaje, la cultura y el derecho procesal de familia.

Todo concepto requiere una denominación específica, y esta debe poseer definiciones precisas. Una vez que las entidades teóricas se identifican con una noción lingüística y una descripción conceptual, comienzan a existir y evolucionar. En este artículo se presenta el momento en que una generación se siente limitada para continuar el trabajo y solicita ayuda a las generaciones siguientes: x, y y z.

Hasta el momento se han identificado tres generaciones de los sistemas procesales familiares en el derecho comparado. Los investigadores consideraban que la tercera generación representaba el punto final del desarrollo y no vislumbraban avances posteriores. Sin embargo, surgió la interrogante: ¿existirá una cuarta generación? La respuesta inicial fue sincera: “no lo sabemos, no la visualizamos”, “no llegamos a comprenderla”. ¿Podrán las generaciones más jóvenes, con todas sus fortalezas, ayudar a continuar este camino? La respuesta fue la acción: se conformó un equipo interdisciplinario para abordar esta cuestión. A continuación, se sintetizará la construcción teórica, remitiendo a los antecedentes fundamentales⁷.

I.3. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES

La cimentación en la trilogía lenguaje-cultura-derecho procesal de familia permite comprender cómo los sistemas procesales familiares constituyen complejas construcciones culturales mediadas por el lenguaje. La precisión conceptual constituye un presupuesto indispensable para el desarrollo teórico.

Las generaciones de los sistemas procesales familiares se conceptualizan como “aquellas etapas históricas por las cuales atraviesan esos sistemas, y pueden ser relativas a un sistema determinado o bien, en un cotejo en el derecho comparado, puede ser relativo a un indicador o a un grupo de indicadores o a un balance general”. Esta construcción permite establecer una escala de medida por generaciones que opera como “punto de apoyo referencial para hacer diagnósticos en los diferentes sistemas”, donde los indicadores de generación constituyen “un dato o información que sirve para valorar las características de un sistema procesal de familia”.

La metodología generacional trasciende la mera descripción histórica para constituirse en herramienta analítica que permite evaluar desarrollos comparativos y proyectar transformaciones futuras.

I.4. LAS TRES GENERACIONES

La primera generación se define como “aquel sistema procesal de familia que aún no lo es y se mantiene como una parte del sistema procesal civil tanto en lo normativo, como en lo judicial y lo académico, lo que es muy lógico porque su derecho de fondo aún es derecho civil”¹⁰. Esta caracterización como “fase primitiva o de negación” revela la inexistencia de autonomía disciplinaria y la subordinación completa al paradigma civilístico.

La segunda generación constituye “el trecho y estación de la evolución de los sistemas procesales familiares en las que se inicia una tendencia especializadora más provocada por las estadísticas que por conceptos de refinación o de sofisticación».

La tercera generación representa “el trecho y estación de la evolución de los sistemas procesales familiares en las que se da un grado pleno de especialización y de afinamiento de piezas y de herramientas del sistema de manera tal que se tiende a tener como centro a la persona humana en las relaciones familiares con tendencia a un servicio de resolución de asuntos y conflictos familiares adecuado a los parámetros de derechos humanos”.

I.5. INTERROGANTES Y CAMBIO GENERACIONAL

Es importante someter la construcción teórica a tensiones, por ejemplo, acudiendo a la teoría de la complejidad propuesta por Edgar Morin¹³. Desde esta perspectiva, los sistemas procesales familiares no son estructuras lineales ni estáticas, sino entramados vivos en los que convergen factores jurídicos, culturales, emocionales y sociales.

Morin nos recuerda que lo complejo no significa lo complicado, sino lo tejido en conjunto. Desde esta mirada, cada generación procesal debe comprenderse como un sistema abierto, en permanente interacción con su entorno. El principio de lo dialógico es igualmente iluminador: en los procesos de familia conviven fuerzas opuestas que no deben ser reducidas a una sola lógica. Así, el derecho procesal de familia debe integrar tensiones inevitables: entre autonomía y protección, entre conflicto y cooperación, entre tradición y cambio. No se trata de suprimir esas contradicciones, sino de reconocerlas y articularlas como parte constitutiva del sistema.

Las generaciones no buscan reducir a la simplicidad, sino iniciar el camino para abordar lo complejo. Es posible acudir a Luhmann, Alexy y otras sólidas construcciones filosófico-jurídicas para tensionar y enriquecer la construcción teórica. La autocrítica constituye un legado científico invaluable. Reconocer lo realizado, aceptar las insuficiencias y abrirse a nuevas perspectivas constituye el verdadero motor de evolución de los sistemas procesales familiares.

La base debe ser mantener un banco de preguntas, manteniendo un sano sentido de autocrítica y apertura a nuevas ideas. Las interrogantes en el horizonte son múltiples, pero estas tres que se suponen contestadas aún no lo están:

Primera: ¿Cuáles son los criterios diferenciadores que permiten establecer el tránsito de una generación a otra en los sistemas procesales familiares?

Segunda: ¿Qué indicadores específicos evidencian que un sistema procesal familiar ha alcanzado un grado de desarrollo que justifica su clasificación en una nueva generación?

Tercera: ¿Cómo distinguir entre evoluciones intergeneracionales y transformaciones que configuran el surgimiento de una nueva generación procesal familiar?

Y conforme a este artículo, y de acuerdo con las tres preguntas anteriores: ¿existe una cuarta generación? ¿Y el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de México (2023) está dando pasos hacia esa cuarta generación?

I.6. HACIA UNA CUARTA GENERACIÓN

En primer lugar, en una era de globalización y digitalización, se pone de relieve que para que el derecho de familias evolucione hacia una cuarta generación, es importante integrar un factor clave como lo es, la digitalización y las nuevas tecnologías reproductivas, pues como bien dice Kemelmajer de Carlucci (2019), “los avances en biotecnología y las plataformas digitales han creado escenarios jurídicos inéditos que demandan respuestas normativas innovadoras” (p. 78).

Sin embargo, para que exista una cuarta generación, es necesario tener un enfoque multidisciplinario, integrando perspectivas psicológicas, sociológicas y tecnológicas en la resolución de conflictos familiares, según Rivera (2021), “la complejidad de las relaciones familiares contemporáneas exige un abordaje integral que trascienda las fronteras disciplinarias tradicionales” (p. 203).

Por otro lado, el desarrollo de una cuarta generación del derecho de familias enfrenta desafíos tanto procesales como sustantivos; toda vez que en el ámbito procesal se requiere la implementación de protocolos

para actuar frente a contextos de emergencia, como lo ocurrido en 2020, con la pandemia del COVID 19, para evitar la paralización de los plazos y términos procesales. En términos sustantivos, se considera que la cuarta generación debe abordar cuestiones como la regulación de la parentalidad digital, la protección de datos personales de menores en redes sociales, así como el establecimiento de marcos normativos para las nuevas formas de convivencia familiar.

Bajo esa óptica, se considera que la cuarta generación del derecho de familias debe fundamentarse en un paradigma integrador, que reduzca la brecha existente entre los derechos humanos y la flexibilidad normativa necesaria para adaptarse a contextos cambiantes, es decir, que exista una verdadera ductilidad del derecho de familias.

En ese sentido, es importante que el rumbo de una cuarta generación del derecho de familias, vea las necesidades actuales, como una oportunidad para una verdadera innovación el ordenamiento jurídico familiar, pues para que exista un verdadero impacto positivo en las personas, ductilidad del sistema jurídico es fundamental para integrar innovación tecnológica, diversidad social y protección de derechos fundamentales, con una normatividad coherente y eficaz, a través de una tutela judicial efectiva en esta era de la globalización.

I.7. MOTIVOS PRINCIPALES DEL SURGIMIENTO DEL CNPCF: LA NECESIDAD DE UNIFICACIÓN NORMATIVA A NIVEL NACIONAL

La implementación del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCF) encuentra su principal justificación en la necesidad de unificar los criterios procedimentales que durante décadas se mantuvieron fragmentados a lo largo del territorio nacional. Esta dispersión normativa generaba una clara desigualdad en el acceso a la justicia.

La heterogeneidad de los códigos procesales locales había creado un mosaico jurídico complejo que dificultaba tanto la labor de los operadores jurídicos como el ejercicio efectivo de los derechos de los justiciables.

Esta homologación de procedimientos busca materializar el principio de certeza jurídica (CPEUM, 2025), permitiendo que todos los mexicanos accedan a estándares uniformes de justicia, eliminando las disparidades regionales que históricamente habían caracterizado al sistema procesal civil y familiar.

I.8. LA TRANSFORMACIÓN HACIA UN SISTEMA DE JUSTICIA HUMANIZADA

El surgimiento del CNPCF responde también a la necesidad imperativa de humanizar el sistema de justicia, transformándolo de un mecanismo puramente técnico a una herramienta que privilegie la empatía, la equidad y el respeto hacia todas las personas. Esta transformación representa un cambio paradigmático en la concepción tradicional de los procesos jurisdiccionales, donde la rigidez formal cedía paso a criterios más flexibles y acordes con la dignidad humana.

La humanización de la justicia implica reconocer que detrás de cada controversia legal existen personas con necesidades, emociones y circunstancias particulares que requieren de una respuesta judicial sensible y comprensiva. En el ámbito familiar, esta consideración adquiere particular relevancia, dado que los conflictos que se ventilan en estas materias involucran aspectos íntimos de la vida de las personas.

I.9. EL FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE GRUPOS VULNERABLES

Esta consideración especial hacia los grupos vulnerables representa un avance significativo en la materialización de los derechos humanos dentro del ámbito procesal, reconociendo que la igualdad formal ante la ley debe complementarse con medidas que garanticen la igualdad sustantiva.

El código establece medidas específicas de protección, apoyos y ajustes de procedimiento para atender las características particulares de los justiciables que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad.

I.10. LA MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA Y LA ORALIDAD PROCESAL

Esta modernización responde tanto a las demandas sociales de eficiencia y transparencia como a las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información para agilizar y mejorar la calidad de los servicios de justicia.

La implementación de la justicia digital a través del nuevo código busca aprovechar las herramientas tecnológicas disponibles para simplificar trámites, agilizar notificaciones, facilitar la presentación de pruebas y, en general, reducir los costos y tiempos asociados a los procesos jurisdiccionales. Esta transformación no representa únicamente una mejora en la eficiencia administrativa, sino que constituye un mecanismo para democratizar el acceso a la justicia, eliminando barreras geográficas y temporales que tradicionalmente habían limitado la participación ciudadana en los procesos judiciales.

I.11. LA RESPUESTA A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2017 Y LA JUSTICIA COTIDIANA

El CNPCF surge también como respuesta directa al mandato constitucional (Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017) derivado de la reforma del 2017 en materia de justicia cotidiana. Esta reforma constitucional estableció las bases para la creación de un sistema de justicia más accesible y eficiente, particularmente en aquellas materias que afectan la vida diaria de los ciudadanos, como son los conflictos civiles y familiares.

La justicia cotidiana, es aquella que “vivimos día a día; la que facilita la convivencia armónica y la paz social; la que reclaman vecinos, trabajadores, padres de familia; la que se vive en las familias, las escuelas, o incluso al conducir un vehículo. Es la justicia de proximidad” (Cámara de Diputados, 2025). En el derecho de las familias, específicamente se tiene por entendida como aquella a la que recurren las familias para proteger su patrimonio, velar por el derecho a la identidad y resguardar el núcleo familiar.

El CNPCF busca proporcionar esta respuesta integral, combinando la eficiencia procesal con la sensibilidad social necesaria para atender adecuadamente las necesidades de las familias mexicanas en el siglo XXI.

I.12. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES, DE MÉXICO

Como se ha mencionado anteriormente, el sistema de justicia familiar mexicano, con la implementación del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCF), representa *per se*, un cambio paradigmático en el derecho fundamental a la seguridad jurídica, a través de una tutela judicial efectiva. En ese sentido, esta nueva legislación incorpora diversas características que se pueden destacar, como la oralidad, el interés superior de la niñez y la justicia digital, elementos que buscan transformar la impartición de justicia desde un enfoque de familiares a efecto de tener un procedimiento más eficiente, accesible y humanizado.

El presente capítulo, no describe ni enumera los principios del nuevo código, sino más bien, se destacan ciertas características que podrían dar pie a una cuarta generación, en el derecho de familias. En ese sentido, el artículo 7 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, contempla 17 principios rectores del sistema de impartición de justicia en materia civil y familiar son, donde podemos la oralidad como un principio primordial que permea todo el sistema procesal familiar “El proceso se desarrollará en audiencias orales, salvo las excepciones previstas en este Código Nacional y las que, en casos debidamente fundados y motivados, considere la autoridad jurisdiccional” (Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, 2023).

Se pone de relieve que, la oralidad no se limita únicamente a la expresión verbal, sino que implica una transformación integral del proceso. Hernández y Martínez (2024) señalan que “la oralidad procesal en materia familiar permite una mayor intermediación entre el juzgador y las partes, facilitando la comprensión de las dinámicas familiares y emocionales involucradas en cada caso” (p. 142), es por ellos que dicha característica

es de suma relevancia en el procedimiento familiar, pues las dimensiones emocionales y relacionales requieren un abordaje más directo y empático.

En este nuevo código, se puede destacar el principio del Interés superior de la niñez, que se define como la “Observancia que debe darse para hacer prevalecer los derechos de las niñas, niños o adolescentes, por sobre los otros derechos que pudieran estar en pugna en el litigio” (Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, 2023). Esto no es solo una modernización técnica del derecho de familias en su procedimiento, sino también implica una declaración de principios sobre el tipo de sociedad que México aspira a construir, pues representa el reconocimiento de que la justicia familiar no puede ser neutral cuando se encuentran en juego derechos fundamentales, de quienes, por su edad y desarrollo, requieren una protección especial, para un desarrollo sano e integral. Este principio obliga a jueces, abogados y todas las partes involucradas en los procesos familiares a repensar sus estrategias, argumentos y decisiones desde la perspectiva de quien más protección necesita. Es una invitación a construir una cultura jurídica donde los derechos de la infancia no sean una consideración secundaria, sino el eje central de toda decisión que les afecte.

Asimismo, se destaca la justicia digital como una característica fundamental de este nuevo código, que, sin duda, revolucionará el derecho de familias, en su ámbito procesal. Oliva Gómez (2024), dice que es una propuesta innovadora la implementación de la justicia digital en este nuevo código, sin embargo, nos destaca dos factores de gran trascendencia. En primer lugar, el impacto de la tecnología en la ciencia jurídica, por lo que, para una construcción de una justicia digital, llega con plena determinación, por lo que imponen al derecho y a la ley la necesaria implementación y transformación en una constante evolución. En segundo lugar, la experiencia del COVID – 19 en 2020, lo cual trajo consigo el confinamiento en los hogares y la suspensión de plazos y términos en los procedimientos civiles y familiares.

Por lo tanto, la implementación de un juicio en línea, podría ser una herramienta para evitar el trastoque al derecho a la seguridad jurídica a través de una tutela judicial efectiva, en caso de que una situación similar

surgiera en el país de México o en el mundo. Sin embargo, dicha implementación requiere un enfoque más allá de solo la implementación, pues la efectividad del nuevo modelo procesal radica en la integración armónica de todo lo que contempla.

Estas tres características que se destacan, en conjunto con los demás principios, trabajando de manera integrada, prometen transformar la experiencia de las familias mexicanas en su interacción con el sistema judicial, priorizando la resolución efectiva de conflictos y la protección de los derechos fundamentales, especialmente de los grupos más vulnerables como niñas, niños y adolescentes.

I.13. BENEFICIOS Y DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CUARTA GENERACIÓN

En la implementación del CNPCF las tecnologías avanzadas y la digitalización judicial cumplen un papel estratégico al mejorar la eficiencia y reducir los tiempos de resolución. En esta línea, Barría (2018) advierte que el derecho de familia enfrenta retos y propuestas de adaptación en la era digital, lo que respalda la necesidad de incorporar estas innovaciones en el marco procesal mexicano.

Un enfoque en los derechos humanos y la protección de grupos vulnerables puede garantizar un acceso más equitativo a la justicia y mejor protección de estos. Así mismo, la mejora continua y la evaluación del sistema pueden asegurar que se mantengan altos estándares de calidad en la justicia familiar y con la integración multidisciplinaria proporciona una visión más completa y efectiva de los conflictos familiares, abordando no solo los aspectos jurídicos, sino también los psicológicos, sociales y culturales.

I.14. DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CUARTA GENERACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO DE 2023

Para asegurar su éxito, la integración efectiva de un enfoque multidisciplinario implica coordinar y colaborar con expertos profesionales de

diversas disciplinas, sin embargo, la falta de comunicación y cooperación entre estos podría dificultar la implementación de un enfoque integral y holístico en los casos de familia.

La instauración de la tecnología y la digitalización dentro del sistema judicial también presentan desafíos significativos ya que la infraestructura tecnológica en muchas regiones puede ser insuficiente, y la capacitación del personal judicial en su uso puede ser costosa y llevar tiempo. Además, la seguridad de la información y la protección de datos personales son preocupaciones que se deben garantizar.

La Resistencia al Cambio, es otro desafío común en cualquier proceso de reforma y en esta hipótesis los profesionales del derecho y el personal judicial pueden ser reacios a adoptar nuevas prácticas tecnológicas. Superar esto requiere una estrategia de cambio bien planificada, que incluya la capacitación, la comunicación efectiva y la participación de todas las partes interesadas en el proceso, también es preciso obtener el apoyo de las autoridades judiciales y líderes institucionales para impulsar y respaldar los cambios, reconocer y recompensar a los profesionales que adopten y promuevan los cambios, lo cual servirá para incentivar así la aceptación y el compromiso.

I.15. TÓPICOS DEL CNPCF Y SUS ALCANCES EN LA CUARTA GENERACIÓN

El CNPCF establece en su artículo 2, fracción XXII, una definición integral de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad, conceptualizándolos como aquellas personas que, por causas diversas tales como edad, sexo, origen étnico, discapacidad, entre otras, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que requieren de una atención diferenciada por parte del sistema de justicia.

Esta conceptualización trasciende la mera enunciación formal para convertirse en un principio rector que permea todo el esquema procesal del código. La norma reconoce que la vulnerabilidad no constituye una condición estática, sino que puede manifestarse de manera temporal o permanente,

individual o colectiva, requiriendo por tanto de un sistema de protección flexible y adaptable a las circunstancias específicas de cada caso.

El CNPCF adopta un enfoque inclusivo y sensible a las realidades sociales, estableciendo que las partes podrán revelar su condición de vulnerabilidad para que la autoridad jurisdiccional proporcione los ajustes de procedimiento necesarios, instaurando como pilares fundamentales de la protección a grupos vulnerables la aplicación transversal del principio del interés superior de la niñez y la perspectiva de género, consagrados en los artículos 5, 6 y 7 (Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, 2023). Esta transversalidad implica que dichos principios deben ser considerados en todas las etapas procesales y en la toma de decisiones jurisdiccionales, independientemente de la naturaleza específica de la controversia.

Para las personas indígenas y afromexicanas, el código garantiza el derecho fundamental al acceso lingüístico y cultural, estableciendo la obligación de proporcionar intérprete y traductor cuando sea necesario. Además, dispone que se consideren sus sistemas normativos, usos y costumbres, siempre que no contravengan la Constitución y los tratados internacionales.

El CNPCF incorpora un amplio catálogo de ajustes procesales diseñados para garantizar la participación efectiva de las personas en situación de vulnerabilidad en los procesos jurisdiccionales. De manera específica, en materia de representación procesal, en su artículo 130 establece que cuando niñas, niños y adolescentes carezcan de representación legal o exista conflicto de intereses, podrán acudir por sí mismos o por cualquier persona en su nombre.

Para las personas con discapacidad, el código prevé la posibilidad de que en las audiencias puedan contar con la presencia de personas de apoyo y, en su caso, de animales de asistencia que consideren necesarios para su participación efectiva.

Las barreras lingüísticas reciben atención especial en su artículo 177, pues para los expedientes que involucren a personas indígenas o con discapacidad auditiva, visual o intelectual, se podrá designar a quien traduzca en lengua nativa o interprete en Lengua de Señas Mexicana, según

corresponda, realizando además una versión sintetizada de los puntos esenciales de las actuaciones y de la sentencia dictada.

El CNPCF incorpora elementos de justicia restaurativa familiar como una herramienta complementaria para la atención de conflictos que involucren a grupos vulnerables, con la importante excepción de los casos de violencia sexual contra menores. Esta aproximación reconoce que muchos conflictos familiares pueden encontrar soluciones más efectivas y duraderas a través de procesos que busquen la restauración de las relaciones familiares y la reparación del daño causado.

Para adultos mayores y personas con discapacidad permanente o temporal, el código establece medidas específicas como la posibilidad de recibir su declaración en el lugar donde se encuentren cuando su condición así lo requiera, evitando desplazamientos innecesarios que puedan resultar gravosos o contraproducentes para su salud o bienestar.

En su conjunto, este entramado normativo representa un avance significativo hacia la construcción de un sistema de justicia verdaderamente inclusivo, que no solo garantiza el acceso formal a los procesos judiciales, sino que adopta medidas diferenciadas y especializadas para atender las necesidades específicas de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

CONCLUSIONES

El derecho procesal de las familias, como disciplina dinámica, refleja la constante interacción entre el cambio social y la evolución jurídica. El tránsito de sus tres primeras generaciones (patriarcal y formalista en sus orígenes, con un progresivo reconocimiento de los derechos de la mujer y la infancia, hasta la consolidación de un paradigma centrado en los derechos humanos y la diversidad familiar) constituye una prueba de su capacidad para adaptarse a contextos históricos, políticos y culturales en transformación.

La emergencia de una posible cuarta generación, impulsada por este nuevo código no representa únicamente una innovación técnica, sino un

auténtico cambio de paradigma en la justicia familiar. Sus ejes (oralidad, especialización jurisdiccional, interdisciplinariedad, digitalización y justicia restaurativa) trascienden los marcos procesales clásicos para configurar un modelo que coloca al ser humano y sus vínculos familiares en el centro de la labor jurisdiccional.

La incorporación de la perspectiva de género, la transversalidad del interés superior del menor, la protección reforzada de grupos vulnerables y la apuesta por mecanismos alternativos de solución de conflictos constituyen avances sustantivos hacia una justicia más humanizada, incluyente y restaurativa. De este modo, el CNPCF no solo unifica criterios procesales fragmentados, sino que también democratiza el acceso a la justicia, reduce desigualdades estructurales y responde al mandato constitucional de una justicia cotidiana, cercana y eficaz.

No obstante, los desafíos son ineludibles: la resistencia institucional y cultural al cambio, las limitaciones tecnológicas y presupuestarias, así como la necesidad de una formación especializada y multidisciplinaria de los operadores jurídicos, exigen un esfuerzo sostenido y una voluntad política clara. La consolidación de esta cuarta generación dependerá, en gran medida, de la capacidad del Estado y de la sociedad jurídica para superar dichas resistencias, garantizar la capacitación adecuada y asegurar recursos que materialicen las transformaciones proyectadas.

En consecuencia, puede afirmarse que nos encontramos ante un punto de inflexión histórico: la transición hacia una justicia procesal familiar de cuarta generación no es únicamente posible, sino necesaria, en tanto constituye la respuesta institucional más adecuada frente a las demandas de un México plural, interconectado y en constante cambio. La construcción de este nuevo paradigma debe asumirse como una tarea colectiva, interdisciplinaria y progresiva, cuyo horizonte último es garantizar que la justicia familiar no solo resuelva conflictos, sino que también contribuya a la reparación de los vínculos humanos, la cohesión social y la dignidad de las personas.

Esta reforma refleja un esfuerzo por fortalecer la justicia familiar en México a través de medidas innovadoras de coerción y digitalización. Si

bien constituye un paso adelante en la tutela de los derechos de la niñez, enfrenta riesgos constitucionales y prácticos que deben atenderse con ajustes normativos y procedimentales.

El equilibrio entre la protección efectiva de las pensiones alimenticias y el respeto a los derechos fundamentales de los deudores alimentarios representa el desafío central de la reforma. En última instancia, el éxito del nuevo modelo dependerá de la capacidad del Estado para implementar mecanismos de actualización inmediata, interoperabilidad segura y garantías efectivas de impugnación.

REFERENCIAS

AMEY GÓMEZ, Paola y BENAVIDES SANTOS, Diego. *Principios del derecho procesal de familia*. Primera edición. San José: Edinexo, 2024.

BARRÍA, María S. *El derecho de familia en la era digital: desafíos y propuestas para el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2018.

BENAVIDES SANTOS, Diego. “Unboxing de los códigos o leyes procesales de familia de Argentina (1992-2024) (Zirconias tras el cotejo con el diamante).” *Revista de Derecho Procesal - Costa Rica*, N.º 12, 2024.

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Diario Oficial de la Federación. México, 2023.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México, 2025.

Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 15 de septiembre de 2017.

GROSMAN, C. P. *Derecho de familia: evolución histórica y perspectivas contemporáneas*. Editorial Astrea, 2008.

HERNÁNDEZ, María Elena y MARTÍNEZ, Jorge Luis. *La oralidad en los procedimientos familiares: desafíos y oportunidades*. Editorial Jurídica Mexicana, México, 2024.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Biotechnología y derecho de familia: nuevos desafíos normativos*. Rubinzal-Culzoni Editores, 2019.

LÓPEZ, Carlos Roberto. "Transformación del sistema de justicia familiar en México: análisis del nuevo paradigma procesal." *Revista Mexicana de Derecho de Familia*, vol. 15, no. 2, 2024, pp. 245-270.

MEDINA, G. *Tecnología y proceso familiar: hacia nuevos paradigmas*. La Ley, 2020.

Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Décima reimpresión. Traducción de Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 2011, pp. 87-110.

OLIVA, Eduardo. "La Justicia Digital en materia familiar: hacia la construcción de nuevos paradigmas del derecho procesal en el sistema jurídico mexicano." En *Digitalización del Servicio Público de Justicia e Inteligencia Artificial Judicial*. 1ra Edición. Madrid, España: Dykinson, 2024, pp. 177-194.

RIVERA, J. C. *Instituciones de derecho civil: derecho de familia*. 5ta ed. Abeledo-Perrot, 2021.

SAMBRIZZI, E. A. *Derecho de familia contemporáneo: principios y desafíos*. Editorial Universidad, 2022.

PARTE III
JUSTICIA FAMILIAR Y MECANISMOS DE
PROTECCIÓN

JUSTICIA FAMILIAR EN TIEMPO REAL: EL MODELO DE PENSIONES ALIMENTARIAS EN COSTA RICA

Mayra Helena Trigueros Brenes*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo acercar a las personas lectoras al trámite de los procesos judiciales en el ámbito del derecho a los alimentos a la luz del Código Procesal de Familia. En esta línea, se pretende hacer un breve recorrido por la historia del derecho alimentarios en Costa Rica, resaltar los principales cambios, analizar los retos que a criterio de la autora representan el nuevo sistema procesal y la apuesta ambiciosa al cambiar el paradigma procesal que da paso a un sistema jurídico en el que la solución integral del conflicto, la persona humana, sus necesidades presentes y futuras son la prioridad.

I INTRODUCCIÓN.

El 1° de octubre de 2024, entró en vigor del Código Procesal de Familia costarricense (en adelante CPF), lo que representó y continúa representando, la evolución del Derecho de Familia tanto sustantivo como

* Licenciada en Derecho por la Universidad de San José (2009). Incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (2010). Es graduada del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ). (2011). Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de San José (2021). Ingresó al Poder Judicial en 1992, donde ha desempeñado diversos puestos. Correo electrónico: mtriguerosb@poder-judicial.go.cr.

procesal y el trámite de pensiones alimentarias no es la excepción. Esta transformación normativa responde a una necesidad histórica de dotar a los procesos familiares de mayor celeridad, eficiencia y accesibilidad, pero también de sensibilidad, efectivización de derechos transversales (artículo 7) y acceso a la justicia (artículo 8). Todo esto supera las limitaciones del modelo anterior basado en una normativa civilista, porque a pesar de que, desde 1996, se contaba con una ley especial en materia de alimentos, existía una contradicción estructural significativa debido a que los elementos procedimentales se regían por el Código Procesal Civil de 1989.

No debe perderse de vista que las pensiones alimentarias constituyen un derecho humano fundamental, orientado a garantizar que las personas que requieren apoyo económico de sus familiares puedan acceder a mecanismos judiciales eficaces para satisfacer sus necesidades básicas. En este sentido, el CPF no debe entenderse como una simple reforma, sino como una normativa autónoma que complementa y fortalece el Código de Familia vigente.

El CPF es fruto del esfuerzo sostenido de juristas durante más de cuatro décadas. Desde una perspectiva histórica, resulta relevante que el proyecto se presenta a la Asamblea Legislativa costarricense cuarenta años después de la promulgación del Código de Familia (1974) y del establecimiento del primer despacho judicial especializado en familia (1975). Ambos eventos marcaron el inicio de la especialización y emancipación del derecho de las familias en nuestro país, así como la visibilización de la familia como sujeto jurídico propio y con dinámicas que requerían un tratamiento diferenciado.

Esta reforma no solo introduce procedimientos más expeditos y accesibles, sino que redefine los tiempos, las etapas y las garantías procesales, promoviendo una justicia más cercana, para las personas menores de edad, adultas mayores, con discapacidad y cualquier grupo en condición de vulnerabilidad, con un enfoque humanista; es decir, donde la persona humana es el centro del sistema y del proceso.

El nuevo trámite se caracteriza por su enfoque oral, concentrado y conciliador, permitiendo la presentación de las demandas sin formalismos

excesivos y la emisión de resoluciones en plazos antes impensables. Los cambios más significativos están en el proceso de alimentos donde destaca la simplificación del trámite, que admite la presentación oral o escrita de la demanda, establece audiencias únicas y contempla la posibilidad de dictar sentencias anticipadas en un plazo de veinticuatro horas.

También se priorizan las soluciones alternas, se garantiza el principio de ausencia de contención y se promueve la desjudicialización de los conflictos familiares mediante la incorporación de una etapa obligatoria de conciliación, el acceso a la Justicia Restaurativa Familiar y la posibilidad de realizar audiencias de conciliación sin necesidad de proceso o demanda (art. 9 *ibidem*). Asimismo, se agiliza la modificación de las cuotas alimentarias con una audiencia única y se redefine el uso de las medidas de apremio corporal eximiendo a las personas mayores de sesenta y cinco años de ir a prisión por incumplimiento.

Estos cambios no solo transforman la dinámica judicial, sino que tienen profundas implicaciones en la protección de los derechos humanos y en la garantía de acceso a la justicia, especialmente para las poblaciones vulnerables.

El presente artículo analiza estas transformaciones desde una perspectiva pragmática, con el objetivo de aportar al debate jurídico sobre la implementación efectiva del nuevo modelo procesal en materia de alimentos, examinando sus principales innovaciones, fundamentos normativos y los desafíos que se plantean en el contexto judicial costarricense.

II ANTECEDENTE HISTÓRICO DEL DERECHO ALIMENTARIO EN COSTA RICA.

El derecho alimentario en Costa Rica ha evolucionado como una rama especializada del Derecho de Familia, orientada a garantizar el sustento básico de las personas en condiciones de dependencia y/o vulnerabilidad.

Su desarrollo ha estado marcado por la progresiva incorporación de principios de derechos humanos, así como la necesidad de adaptar el sistema jurídico a las realidades sociales y económicas del país.

Históricamente, el concepto de alimentos en Costa Rica ha sido entendido de manera amplia, abarcando no solo la provisión de comida, sino también vivienda, vestido, asistencia médica, educación, diversión y transporte, conforme al artículo 164 del Código de Familia [1].

Esta definición refleja una visión integral de “bienestar” que reconoce la dignidad humana como eje central del derecho alimentario. La figura del apremio corporal, por ejemplo, ha sido utilizada como mecanismo coercitivo efectivo desde los porcentajes de acato para garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, lo que ha generado debates sobre su proporcionalidad y compatibilidad con los derechos fundamentales [2].

La doctrina costarricense ha enfatizado la necesidad de interpretar el derecho alimentario desde una perspectiva socio-jurídica, incorporando los componentes estructurales, formal-normativo y político-cultural propuestos por Alda Facio (1999), con el fin de asegurar una aplicación más equitativa y sensible a las condiciones de vulnerabilidad [3].

En este contexto, los instrumentos internacionales como las Reglas de Brasilia, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, entre otros, han sido fundamentales para orientar la política judicial hacia una justicia inclusiva y accesible, porque no solo establecen obligaciones para los Estados, sino que ofrecen marcos normativos y éticos para garantizar la protección del derecho a la alimentación.

En síntesis, el derecho alimentario costarricense ha transitado desde una visión tradicional centrada en la obligación familiar, hacia un enfoque más amplio que lo reconoce como un derecho humano fundamental, vinculado al desarrollo integral de la persona y a la justicia social.

Citando la investigación de Benavides Viquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo (2020), lo mencionado anteriormente, se resumen en el siguiente recuento de legislaciones [4]:

Año	Normativa	Observaciones
1841	Código General de Carrillo	Redactado por Braulio Carrillo Colina, jefe de Estado en dos períodos 1835-1837 y 1838-1842 [5]. Desde ese momento quedó claro el interés de nuestro país por la protección a la familia como núcleo o elemento fundamental de la sociedad y de regular las obligaciones familiares. Este Código General compuesto por varios libros reservó uno para el matrimonio, la familia y el tema que nos ocupa. Vale la pena citar el artículo 129 de este cuerpo normativo, que señala: “Si la persona que debe dar alimentos justifica que no puede dar la porción alimenticia, el juez, con conocimiento de causa, puede ordenar que reciba en su casa al que debe alimentar”. Si bien hoy resultaría imposible aplicar una solución tan rudimentaria, aquella forma particularmente curiosa— de abordar el problema revela un genuino interés por parte del Estado costarricense por proteger a las personas acreedoras de alimentos y evitar que quedaran desamparadas.
1916	Ley número 10	Esta normativa introdujo por primera vez la posibilidad de establecer una cuota provisional. Además, reguló el derecho de defensa para quienes pagan pensión y el apremio corporal ante incumplimiento. Está conformada por cuatro artículos.
1940	Ley número 24	Establece la posibilidad de elevar recursos ante el Gobernador. En aquel momento el procedimiento era ante las autoridades administrativas y las no jurisdiccionales. Se dictó en un contexto de movimientos políticos y sociales, en el que se estableció las bases del Estado Social de Derechos marcada por la creación de garantías sociales.
1949	Constitución Política	Además de consolidar la lucha por las garantías sociales da una protección especial estatal a la familia y a sus integrantes. Promueve la igualdad entre los cónyuges, prohíbe la discriminación por el origen de la filiación, entre otros.
1953	Ley número 1620	Fue una iniciativa del Patronato Nacional de la Infancia (creado el 6 de agosto de 1930), la cual se caracterizó por apostar a una investigación rigurosa de las verdaderas posibilidades económicas de la persona obligada.
1967	Decreto XIX	En su contenido estableció el deber del marido de pagar alimentos a la esposa y dos sanciones ante incumplimiento: una multa de diez a treinta colones, o bien, un arresto de hasta tres meses.
1974	Código de Familia [1]	Es el resultado del esfuerzo y trabajo de una generación de personas juristas que creyó en la necesidad de independizar la materia familiar de su base civilista. Se apostó por la autonomía y especialización y, además, se incluyó un capítulo único sobre alimentos.
1996	Ley número 7654	Introdujo el agualdo, la restricción migratoria para la persona deudora, el reajuste a la cuota de forma automática, el cobro mediante embargo de los bienes, el apremio corporal ante el incumplimiento por un período de hasta seis meses. También definió los requisitos de la acción, la conciliación, los medios coercitivos, entre otros. Es posible afirmar que no solo era una normativa sustantiva sino también procesal. El CPF derogó esta ley a partir el 1° de octubre de 2024.

Año	Normativa	Observaciones
1998	Código de Niñez y Adolescencia [6]	Es el marco jurídico para la protección de los derechos de las personas menores de edad, que introdujo el derecho al cobro de gastos extraordinarios derivados de la educación, medicina, sepelio, subsidio prenatal y lactancia, así como para terapias o atenciones especializadas en caso de abuso sexual o violencia doméstica (art. 37). Además, permitió a las personas menores de edad demandar alimentos en forma personal o a través de tercero (art. 40).
2020	Ley número 9747 [7]	Es el Código Procesal de Familia. Fue dictaminado el 23 de octubre del 2019, pero entró en vigor cinco años después, es decir, hasta el 1° de octubre de 2024. Debido al quinquenio de vacancia, el mismo año de su vigencia, se reformaron cincuenta artículos, mediante la Ley N.º 10.558 del 23 de octubre [8], eso sí, manteniendo su esencia y espíritu.

III PRESENTE NORMATIVO Y VISIÓN DE FUTURO.

La jurisdicción de Familia (que incumbe familia, alimentos, niñez, violencia doméstica y protección cautelar) es una rama sensible del Derecho por las implicaciones que tiene en las familias costarricenses y en la sociedad en general. Esto implica que las normas jurídicas que regulan esta materia requieran de una instrumentalización que se adapte de la mejor forma a las necesidades y las respuestas jurídicas desde la visión humanizada que requieren las personas usuarias, especialmente aquellas que están en condiciones de vulnerabilidad.

No obstante, desde siempre, el tratamiento dado a la aplicación de las normas de fondo en la especialidad de Familia ha sido desde una óptica civilista que no se ajusta a los nuevos paradigmas que requiere la institución de la familia en su moderno concepto y, que, a la luz de la normativa internacional de protección a los derechos humanos exige un tratamiento diferenciado, flexible y tutelable, no solo en las normas de fondo, sino en su aplicación y operatividad.

El CPF es una norma jurídica especial y exclusiva que incluye dogmáticamente los principios humanizantes del ordenamiento jurídico aplicable, pero lo más importante es que estos principios se traduzcan en una práctica forense accesible y de calidad a partir de su normatización, pues son los pilares fundamentales en el crecimiento del derecho familiar, doctrinal y práctico.

Los retos que se plantean en esta nueva etapa involucran no solo a las personas juzgadoras, sino a todas aquellas que intervienen en el proceso familiarista, con la visión de distintos ángulos y posiciones, tales como quienes ejercen la abogacía, los distintos equipos interdisciplinarios, las instituciones públicas con el deber de intervenir y por supuesto el personal técnico de los despachos. Todas las personas involucradas juegan un papel fundamental para que esta nueva propuesta procesal logre los objetivos planteados. De ahí que, como novedad, se apuesta por plasmar los deberes de las personas litigantes, ya que esto es poco común en las normativas procesales y más usual de los Códigos Deontológicos.

Es fundamental tener presente que el CPF introduce un sistema procesal sustentado en la oralidad que rige a todos los procesos tramitados en esta jurisdicción. Este cambio es una transformación profunda en la manera que se administra justicia.

IV. CAMBIOS SUSTANTIVOS EN EL TRÁMITE DE PENSIONES ALIMENTARIAS.

La reforma procesal familiar en Costa Rica marca un giro paradigmático, ya que el proceso deja de girar en torno al expediente y la administración de justicia como eje técnico, para centrarse en la persona usuaria como sujeto de derechos.

Se trata de una materia jurisdiccional que tiene dos aristas, por un lado, puede implicar la privación de libertad para la persona deudora en caso de incumplimiento de sus obligaciones, mientras que, del otro lado, está en juego la subsistencia de las personas beneficiarias, quienes dependen de la pensión para cubrir necesidades básicas.

A pesar de esta doble dimensión crítica, el Estado costarricense ha decidido no exigir como requisito de actuación la asesoría o representación letrada (abogado o abogada). Esta decisión, lejos de equilibrar el proceso, genera un desbalance estructural, ya que la única asistencia jurídica gratuita prevista —según el artículo 56 del CPF— es para la persona beneficiaria, dejando en situación de vulnerabilidad procesal a la parte obligada cuando no cuenta con recursos para contratar una defensa técnica.

De seguido se presentan algunos de los principales cambios procesales con la finalidad de que se pueda dimensionar su impacto:

1. CODIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA MATERIA:

Se enumeran, proponen y plasman en normas procesales propias que permiten consolidar un enfoque garantista adaptado a las realidades afectivas y relacionales. Distan del derecho civil y privado, del que ahora nos separamos, sin olvidar que en muchos otros países y sistemas jurídicos continúan subsumido en el derecho común. En criterio de la autora, ello impide el florecer de la jurisdicción, pero además provoca ignorar a las familias, sus conflictos y la forma particular en la que deben ser resueltos.

Como definición ordinaria del Diccionario Jurídico [9] para el término *principios generales del Derecho* tenemos la siguiente: “*Cánones o enunciados que contienen —de forma genérica— deberes, valores y pautas de estructuración y operación de normas. Los principios generales del derecho poseen función creativa, en tanto que son base para la creación de leyes; además, tienen una función interpretativa, al ser inspiración para acercarse a un significado de la norma; y, también, comprenden una función integradora, con la posibilidad de llenar un vacío legal o normativo*”.

2. SOLUCIONES ALTERNAS:

Una de las particularidades más relevantes que aporta el CPF es incentivar la implementación de soluciones alternativas de conflictos, no solo de forma anticipada a la acción, sino como estrategia para que las partes de manera autocompositiva den fin a su conflicto. Es cierto que el instituto de la conciliación es el que más se menciona, pero no es la única vía o forma.

La solución alterna además de constituirse como un principio rector de esta materia se encuentra resguardado en el artículo 6 del CPF como “*ausencia de contención*”. También es una norma instrumental e, incluso, una obligación de los sujetos intervinientes que puede aplicarse en cualquier etapa procesal. Específicamente, la conciliación está contemplada como

un requisito previo o de primer trámite de todos los asuntos, tal como lo establece el artículo 9 de dicho cuerpo normativo, pero es obligatoria en la sede alimentos.

Otra de las novedades es que establece las reglas en cuanto a los entes y los mecanismos alternos de solución procurando potenciarlos. La conciliación se podrá realizar ante la autoridad judicial, pero también en Centros Especializados o, incluso, ante órganos externos al Poder Judicial debidamente acreditados por las autoridades reguladoras.

Están prohibidos en aquellas situaciones que se constaten relaciones desiguales de poder y, en estas circunstancias, se puede echar mano de la Justicia Restaurativa Familiar. Otras formas de solución podrían ser la mediación familiar, el arbitraje, la negociación, la última oferta, la evaluación neutra, los expertos neutrales, la combinación y variantes de mediación y arbitraje, el tercero amigable. Otras alternativas, de acuerdo con el derecho comparado, son los Centros de Control de Parentalidad (teniendo como base los modelos españoles) o los Programas para Padres Separados (adaptación del modelo panameño). Eso sí, esto debe pasar por un estudio previo de viabilidad tomando en cuenta el conflicto.

También están los acuerdos extrajudiciales, con las siguientes consideraciones: i) En esta materia surte efectos a partir de su adopción, excepto para el cobro por la vía de apremio corporal (art. 197-CPF). ii) Es posible alcanzar acuerdos ante el Patronato Nacional de la Infancia (PANI), los Centros de Conciliación o mediación autorizados y también en otros asuntos judiciales. En este escenario no requieren de homologación, sino que se acude a la ejecución de forma directa. iii) Se puede concretar acuerdos sin demanda previa.

Ante una acción, solicitud o demanda de alimentos debe revisarse la competencia territorial, los requisitos formales y de fondo, así como que no se encuentre en los supuestos del rechazo de plano (art. 217 y 268 CP)¹. Una

1 Motivos: Caducidad. Cosa juzgada material. Litispendencia. Improcedencia por el objeto o la causa propuesta – art. 217-CPF. Evidente inexistencia del derecho y la existencia

vez admitida la demanda, se convoca a una **audiencia inicial de conciliación en un plazo máximo de diez días hábiles**, en la cual se contará con la consulta de los indicadores económicos de todas las personas involucradas sumada a la prueba documental que aporte la parte promovente con la acción o, eventualmente, la parte demandada. Esta audiencia tiene como objetivo principal promover la conciliación entre las partes en un entorno menos adversarial y más centrado en el diálogo, y garantizándoles el uso de un lenguaje no confrontativo, según lo prevé al artículo 62 del CPF.

3. SENTENCIA ANTICIPADA:

En caso de no presentarse las partes, de asistir solo una de ellas, o bien, de no lograr un acuerdo, la persona juzgadora debe dictar una resolución con carácter de sentencia anticipada dentro del veinticuatro horas. En este fallo se establecerá el monto de la pensión ordinaria o mensual, la imposición del aguinaldo, los gastos de entrada a clases cuando se trata de personas estudiantes, los gastos de embarazo, maternidad y las pensiones retroactivas (de reclamarse en la acción). En síntesis, se debe emitir un pronunciamiento sobre todas las pretensiones sometidas a juicio.

Esta decisión debe ser notificada en forma personal o en la casa de habitación de quien debe pagar, considerando que, la norma autoriza el allanamiento de morada para cumplir con esta notificación (art. 270 CPF). La obligación fijada (mensualidad) debe cancelarse en el plazo de tres días y, en adelante una vez al mes, según la fecha de la notificación. Todo esto bajo el apercibimiento de que la persona puede ser detenida ante el incumplimiento.

En este contexto, es posible afirmar que, Costa Rica apuesta por resolver las pretensiones de alimentos mediante un contradictorio invertido donde se emite un pronunciamiento formal sin escuchar previamente a la persona demandada, y es ella, quien tiene el deber de reaccionar o resignarse con la decisión, con la particularidad que también la parte actora puede

cuestionar las decisiones anticipadas adoptadas. A esto se le conoce como proceso monitorio. Algunas de sus ventajas son: la agilidad procesal resguardado el derecho fundamental de los alimentos que, al mismo tiempo, está vinculado con el derecho a la vida y, por supuesto, la descongestión judicial que reduce la carga de trabajo en los tribunales al evitar trámites innecesarios en casos no controvertidos.

Ahora bien, este proceso también tiene retos, como el riesgo de indefensión si la parte no responde en tiempo, ya que pierde la oportunidad de defenderse, incluso, si tiene razones válidas. También, la desigualdad de condiciones al momento de dictar la sentencia anticipada, porque únicamente se cuenta con la versión de la parte actora y su prueba. Por ello, es crucial que la comunicación e información que se brinde sea clara, sencilla, informal y no técnica, con el propósito de que todas las partes puedan ejercer su defensa técnica y material de forma efectiva.

4. DERECHO DE DEFENSA. OPOSICIÓN:

Todas las partes puede oponerse a las decisiones tomadas en la sentencia anticipada, en todo o en parte, pero es conveniente aclarar que el pago no se suspende. Lo que se debe hacer dentro de los cinco días siguientes es oponerse cumpliendo con los requisitos formales y de fondo que establece la norma (art. 271 CPF). Esto es importante porque no se trata de referirse solo a los hechos de la acción, concretar pretensiones y ofrecer prueba, sino que se debe explicar de forma clara los motivos de la inconformidad contra ese pronunciamiento anticipado. Las partes tienen que estar claras en que existe la posibilidad de declarar infundada la oposición, por lo que la sentencia anticipada se torna, en definitiva, igual consecuencia ante la ausencia de oposición u oposiciones.

Existiendo en tiempo una o varias oposiciones fundadas, se debe convocar a una audiencia oral única para resolver la controversia o los motivos de oposición. Dicha audiencia debe realizarse dentro de los quince días siguientes y en la resolución escrita donde se convoca también se pondrá en conocimiento la oposición y se admitirán o rechazarán las pruebas ofrecidas por las partes. Además, se debe advertir sobre la obligación de

presentarse, pues todas las decisiones que se adopten de forma oral; es decir, en el desarrollo de la diligencia, se les tendrá por notificadas (art. 96 CPF).

Lo anterior es vital, porque los recursos contra las decisiones que se adopten solo se pueden plantear en forma oral (art. 100). Ahora bien, ya durante la realización de la diligencia, se les explica las partes el orden, se promueven soluciones alternas, se recaba la prueba admitida, se resuelven las gestiones o los asuntos interlocutorios, se brinda un espacio para emitir las conclusiones, se dicta la parte dispositiva (por tanto) y la sentencia integral se dicta y se notifica dentro del plazo de tres días.

Es importante aclarar que la sentencia anticipada no admite recurso de revocatoria ni de apelación; es decir, solo puede usarse la oposición para defenderse o modificar lo resuelto.

MODIFICACIÓN DE LA CUOTA AUMENTO, REBAJO, EXCLUSIÓN, EXONERACIÓN Y COBRO DE GASTOS EXTRAORDINARIOS NO PACTADOS O SOBREVENIDOS:

Como la vida misma, la cuota de alimentos no es fija ni permanente. De hecho, en lo relativo al monto las decisiones jurisdiccionales producen cosa juzgada formal, esto quiere decir que es revisable en el tiempo, por lo tanto, pueden ajustarse según las situaciones de las personas involucradas, hasta dejar de pagar en ciertas circunstancias. Este tipo de pretensiones que surgen durante la ejecución de la obligación alimentaria se resuelve en una audiencia oral denominada “*audiencia única*”. El trámite es el siguiente:

A. PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD:

La persona interesada (ya sea la beneficiaria, su representante o quien cancela la obligación) debe presentar una solicitud ante el juzgado de pensiones donde se ejecuta y garantiza el pago de los alimentos. En esta solicitud, se deben explicar las razones del cambio circunstancias que justifica la modificación, lo que se solicita y aportar pruebas que lo respalden, como documentos de ingresos, gastos o informes médicos y otros. Se puede ofrecer la declaración de partes, testigos, peritajes, dictámenes y hasta prueba

que deba recabar el Juzgado por no estar a su alcance. También existe la posibilidad de que la solicitud sea ser rechazada de plano por infundada.

B. AUDIENCIA ÚNICA:

El juzgado fija la hora y fecha para esta audiencia donde se resolverá todo en un solo momento. El derecho de defensa o contestación se ejerce de forma oral. Esto incluye la presentación de pruebas, los argumentos de ambas partes y la posibilidad de llegar a un acuerdo. A esta audiencia se debe llevar TODA la prueba que tengan, ya que es ahí donde se decide si son válidas y si se admiten o no.

C. RESOLUCIÓN DEL CASO:

Al finalizar la audiencia se comunica la decisión final con el dictado de la parte dispositiva o “por tanto” de forma oral. La persona juzgadora dicta y notifica la sentencia integral por escrito en el plazo de tres días a los medios ofrecidos por las partes.

D. OTROS ASPECTOS DE IMPORTANCIA:

Durante todo el proceso se busca garantizar que las personas involucradas puedan participar en igualdad de condiciones. Por ejemplo, si alguna de las partes tiene necesidades especiales (como discapacidad o barreras lingüísticas), el juzgado debe tomar las medidas necesarias para asegurar que pueda entender y participar plenamente.

Se espera que este procedimiento sea más rápido y eficiente, ya que se concentra en una audiencia única. Además, se debe utilizar un lenguaje claro y accesible para que todas las personas puedan comprender lo que está ocurriendo.

6. APREMIO CORPORAL O DETENCIÓN POR INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL:

Este nuevo diseño procesal no solo busca eficiencia, sino también humanidad al colocar a la persona como el centro del proceso. Se reconoce

que detrás de cada expediente hay historias, necesidades y derechos que merecen ser atendidos con sensibilidad y rigor técnico. En este ámbito presentan las siguientes novedades:

- a. Se girará orden de apremio corporal contra la persona mayor de edad y menor de sesenta y cinco años (antes era menor a setenta y uno años). Se reafirma la jurisprudencia constitucional que prohíbe el apremio corporal a mujeres en estado avanzado de embarazo, a menores de edad y a personas con graves problemas de salud. No exige el cobro reiterativo para expedir orden de apremio (que tenía la norma anterior), por ello aun cuando no se firme orden de apremio mes a mes no pierde la posibilidad de exigir el pago por esta forma de cobro (detención) por cuotas pasadas que no superen los seis meses.
- b. **Apremio corporal gradual:** Se introduce el apremio corporal por períodos progresivos, la primera orden de apremio será girada hasta por **dos meses** como plazo máximo de privación de libertad; la segunda orden de apremio será girada hasta por **cuatro meses** y, a partir de la tercera orden de apremio, se podrá girar hasta por **seis meses** como plazo máximo de detención. Ninguna persona puede estar privada de su libertad por más de este último plazo, aun y cuando no cancele su deuda. Es importante mencionar que, en el momento que se honre la deuda, la persona recobra su libertad.
- c. **Medida especial de apremio corporal:** Esta es una medida especial que debe solicitar expresamente la persona interesada. La privación empieza a correr a partir de las 8:00 p.m. hasta las 5 a.m., y hasta por un plazo de seis meses. Otra opción para decretarla es que la persona tenga una opción de empleo en horario nocturno, por lo que, la detención especial se podrá decretar de ocho horas durante el día. Esta medida tiene como finalidad el pago de las obligaciones alimentarias y si la persona deudora alimentaria incumple con el horario de la medida, la autoridad judicial

procederá a decretar el cese del beneficio, ordenará el apremio y podrá denunciar penalmente a la persona por desobediencia.

7. OTROS MEDIOS COERCITIVOS PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LOS ALIMENTOS:

Existen otros medios para garantizar el pago de la obligación, como la retención salarial, el decreto de embargo y remate de los bienes (trámite ejecutorio) de la persona deudora, o bien, el impedimento de salida del país. En este último caso, teniendo como posibilidades para viajar: la autorización expresa de la persona acreedora de alimentos, rendir la garantía de trece meses o catorce meses si es en favor de persona menor de edad.

Todos mecanismos no son novedosos, porque la ley derogada lo contemplaba, pero son redimensionados.

8. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE PENSIONES ALIMENTARIAS EN COSTA RICA:

Con corte al año 2020, Costa Rica registraba un total de **203,899 expedientes activos** relacionados con pensiones alimentarias. De estos, el **2.36% (4,821 expedientes)** se encontraban en trámite, mientras que el **97.64% (199,078 expedientes)** estaban en fase de ejecución.

En cuanto al género de las personas promoventes o solicitantes, **las mujeres ocupaban el primer lugar con 158,137 casos (73.82%)**, seguidas por **17,427 hombres (8.54%)** y **38,603 personas (18.94%)** cuyo género no fue especificado.

Respecto a las personas demandadas, es decir, obligadas al pago de pensión alimentaria, **181,456 eran hombres (86.49%)**, **11,350 mujeres (5.41%)** y **16,985 personas (8.1%)** con género no determinado. Estos datos fueron tomados del Observatorio de Género [9].

V. CONCLUSIÓN

El modelo procesal por el que apuesta Costa Rica para resolver todo lo relativo a las pensiones alimentarias refleja un compromiso por una justicia familiar más ágil, accesible y centrada en las necesidades reales de las personas involucradas.

Su implementación no solo redefine los tiempos procesales, sino que pone a prueba a las personas operadoras de derecho y, al mismo tiempo, al sistema judicial junto con su capacidad de respuesta, principalmente frente a contextos de vulnerabilidad.

Este modelo, al integrar herramientas tecnológicas, criterios de simplificación normativa y mecanismos de seguimiento efectivo, se convierte en un referente regional de innovación con enfoque de derechos humanos. Sin embargo, su consolidación exige un compromiso sostenido con la formación judicial especializada, la mejora continua de los procesos y la participación de quienes viven y transforman la justicia desde sus múltiples roles.

En definitiva, avanzar hacia una justicia familiar en tiempo real implica no solo modernizar el sistema, sino también humanizarlo, porque detrás de cada expediente hay historias que merecen ser atendidas con celeridad, equidad y dignidad. Las personas usuarias no son un número ni un expediente, sino que deben ser vistas como vidas reales.

Por un lado, la omisión de exigir asesoría letrada obligatoria en los procesos de pensiones alimentarias —a pesar de sus posibles consecuencias privativas de libertad y del impacto directo en la subsistencia de las personas beneficiarias— y por ofrecerlo para una sola de las partes, evidencia una tensión estructural en el diseño de la justicia familiar costarricense. Si bien brindar asistencia jurídica a ambas partes implica costos económicos, ajustes presupuestarios y expansión de plazas institucionales, estas limitaciones no deberían justificar la persistencia de un modelo que reproduce desigualdades procesales.

Las familias tienen derecho a una justicia real, efectiva y equitativa, que no esté condicionada por factores económicos. Al ofrecer asesoría gratuita únicamente a la parte beneficiaria, el Estado perpetúa un desbalance

que contradice los principios de igualdad ante la ley y debido proceso, especialmente cuando la persona deudora carece de recursos para ejercer una defensa técnica adecuada.

El sistema, aunque orientado a la simplificación y el acceso, corre el riesgo de invisibilizar las asimetrías reales entre las partes, y de comprometer la legitimidad de las decisiones judiciales. Avanzar hacia una justicia verdaderamente equitativa exige revisar estos vacíos normativos, garantizar la defensa técnica en condiciones de paridad y reconocer que la protección de derechos fundamentales no puede depender de la capacidad económica de las personas involucradas.

Queda claro que, sobre esta generación de personas juzgadas, litigantes y operadoras del derecho desde cualquiera de sus roles, recae una gran responsabilidad, la implementación del nuevo código, pero, además, que funcione, ofrezca y le garantice a la sociedad costarricense lo que merece: una justicia pronta y cumplida.

Es necesario que los operadores de derecho sean sensibles, empáticos, creativos y que resuelva los conflictos familiares con unos lentes distintos a los que siempre se ha estilado usar.

La reducción de plazos para resolver estos asuntos es una deuda pendiente con la sociedad costarricense, pero es posible cumplir con este reto histórico, si se trabaja con compromiso, se adquieren habilidades y destrezas no solo en oralidad, sino en liderazgo, resiliencia e inteligencia emocional, por citar algunas, sin olvidar la provisión de recursos como personal calificado, espacios físicos adecuados y dignos, tecnología y asesoría para ambas partes. No deben existir diferencias entre juzgados ni entre las personas que participan en los procesos. Las personas usuarias tienen el derecho de acceder a un sistema judicial justo, equitativo y de calidad, con igualdad de garantías y servicios, mientras que, el Estado está obligado a brindárselas sin distinción alguna.

Es cierto que, para lograr muchas de estas acciones, se requiere que las máximas autoridades tomen decisiones, pero, mientras eso sucede, desde cada puesto u oficina se puede marcar la diferencia con creatividad.

Mi más sincero agradecimiento por su atención y haber terminado de leer este trabajo. Espero haber cumplido con el objetivo trazado al inicio.

REFERENCIAS

AMEY GÓMEZ, Paola. *El derecho alimentario de las personas en condiciones de vulnerabilidad desde la perspectiva de algunos países de Centroamérica*. Poder Judicial de Costa Rica, 2021.

BENAVIDES VÍQUEZ, Melissa; BLANCO VILLALTA, Gerardo. *Derecho alimentario*. San José: Editorial Jurídica Faro, 2020.

FACIO MONTEJO, Alda. *Acceso a la justicia para personas en condición de vulnerabilidad. Reglas de Brasilia*. 1999.

GIL ZÚÑIGA, José Daniel. *Carillo: Una época y un hombre 1835-1842*. Universidad Nacional de Costa Rica, Heredia: Revista de Historia, 1991.

MEZA MARÍN, Ramón. *El derecho alimentario*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2013.

Diccionario Jurídico. Poder Judicial de Costa Rica, disponible en: <https://dictionariosusual.poder-judicial.go.cr/index>

NORMAS JURÍDICAS

Costa Rica

Código de Familia. Ley N.º 5476 del 07 de noviembre del 1974. Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Código de Niñez y Adolescencia. Ley N 7739 del seis de enero de 1998. Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Código Procesal de Familia. Ley 9747 del 19 de octubre de 2019.

Reforma al Código Procesal de Familia. Ley 10.558 del 23 de octubre de 2024.

JUSTICIA RESTAURATIVA FAMILIAR, DE LA NORMA A LA PRÁCTICA: SU PROCESO CREATIVO EN COSTA RICA

Ma. Ester Brenes Villalobos*

RESUMEN

En noviembre 2024, a un mes de la entrada en vigor del Código Procesal de Familia de Costa Rica, se incorpora una importante reforma que introduce, entre otros aspectos, dos normas que regulan expresamente la opción de la justicia restaurativa como metodología para abordar el conflicto familiar, este ensayo relata los principales aspectos que han sido tomados en cuenta para su puesta en escena, la cual se pretende implementar a plenitud, en el año 2026.

I. INTRODUCCIÓN

En Costa Rica, las instituciones normativas que regulan las soluciones a los conflictos familiares se han caracterizado por una tendencia pionera y de constante transformación.

Para muestra, el Código Civil de 1888 que establecía el divorcio y un sistema de participación o mixto sobre la distribución de los bienes del ma-

* Coordinadora de Justicia Restaurativa Familiar del Poder Judicial, MSc. en Administración de Justicia por la Universidad Nacional, Especialista en Derechos Humanos de las Mujeres por la Universidad Nacional de Chile, Licenciada en docencia por la Universidad Estatal a Distancia. Conciliadora y Facilitadora de prácticas restaurativas. Facilitadora de la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica. Correo: mbrenesv@poder-judicial.go.cr

trimonio, identificado, este último, en los análisis de derecho comparado, como la primera regulación legal del continente americano en esa temática.

Desde luego, no se puede ocultar que mantenía sesgos discriminatorios entre géneros, pero lo que se quiere destacar es ese esfuerzo por ir adelante en la respuesta que se puede ofrecer a las personas que experimentan conflictos al interno de las relaciones familiares.

Ya en fechas recientes, otro valioso ejemplo de dicha tendencia, lo constituye, sin duda alguna, el Código Procesal de Familia implementado a partir del 1 de octubre 2024, el cual, de forma contundente, dice al mundo: el conflicto familiar será atendido judicialmente, con principios procesales propios que lo caracterizan y diferencian de cualquier otro proceso judicial.

De esta forma, se logró lo que en muchos países del orbe aún es una aspiración, contar con normas especializadas y exclusivas para la jurisdicción de familia. Diferenciándose en un todo de las regulaciones establecidas para el proceso civil, del cual dependió por mucho tiempo, causando impensables injusticias.

Esto se afirma en razón de que los principios propios del proceso civil fueron diseñados para regular las disputas de bienes y su comercialización, lo que impedía un abordaje acorde a la naturaleza del conflicto familiar que se caracteriza por la presencia de personas unidas por un vínculo cargado de afectos, encuentros y desencuentros y la necesidad de mantener esos vínculos a futuro.

Dentro de los contenidos del nuevo Código Procesal de Familia y su reforma del mes de noviembre de 2024, mediante Ley 10558, se encuentra presente la opción de la justicia restaurativa familiar, regulación que despertó el interés de la comunidad jurídica nacional e internacional, pues nuevamente, Costa Rica toma la delantera, esta vez, siguiendo las experiencias de países hermanos como México y España.

Inicialmente, esta regulación fue pensada para los conflictos que no pueden ser resueltos por vía de la conciliación, precisamente, por contener indicios de violencia que impiden ese tipo de abordaje.

Esto es consecuencia de que, la justicia restaurativa, al contemplar en una de sus prácticas formales la opción de reparar el daño, se constituía en una puerta abierta para invitar a las partes a resolver su conflicto con dicha metodología.

Es decir, con participación de ambas partes, de la familia y la comunidad, incorporando, además, la figura de los seguimientos para verificar el cumplimiento de los acuerdos. Y, desde luego, respetando celosamente los requisitos de viabilidad y admisibilidad propios de ese instituto, que busca, ante todo, la concreción de los derechos humanos de todas las personas que integran la familia, en su individualidad y condiciones específicas, pero también como colectivo familiar, buscando garantizar la no discriminación de ningún tipo y la no repetición de eventos dañinos.

Es así como en ese contexto normativo y con el compromiso de dar las mejores opciones a la sociedad civil para mejorar en un todo el derecho de acceso a la justicia, el Poder Judicial de Costa Rica, en abril 2025, bajo la dirección funcional de la Oficina Rectora de Justicia Restaurativa, liderada por el Magistrado Gerardo Rubén Alfaro Vargas y la MSc. Michelle Mayorga García, su directora y el Centro de Apoyo, Coordinación y Mejoramiento de la Función Jurisdiccional, por la MSc. Maricruz Chacón Cubillo, con el visto bueno del Consejo Superior del Poder Judicial, acuerdan el inicio de la investigación exploratoria que permitiría llevar adelante esa tarea.

En este artículo, se compartirán los avances en ese proceso creativo, destacando que se ha seleccionado el círculo restaurativo familiar como el modelo base, por ser el más flexible y dinámico para construir soluciones por los integrantes de un grupo familiar y que, al momento de su redacción, se estructura su implementación, incluso, como una opción previa a la presentación de la demanda.

Esto supone un importante avance para brindar, desde el Poder Judicial de Costa Rica a las familias en conflicto, el poder solucionar sus disputas de manera dialogada e integral.

II. ORIGEN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN COSTA RICA

La Justicia Restaurativa en el Poder Judicial de Costa Rica, inicia como plan piloto en el año 2011, pensada, inicialmente, como una alternativa más humanizadora para la materia penal, tal y como se gestaba en las tendencias mundiales, desde los años setenta, en que, con las propuestas de Howard Zher, se escribieron las primeras líneas axiológicas y conceptuales que definirían sus bases mínimas.

En su fase sistematizadora internacional, encontramos su gestación, en la Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, en la que, luego de profundos estudios, iniciados formalmente desde el año 1999, respecto de las secuelas del derecho penal retributivo, se definen los principios y estándares para la puesta en marcha de la Justicia Restaurativa en materia penal.

Desde entonces, adoptada en Costa Rica en el 2011, su implementación fue y sigue siendo muy exitosa, al punto que, para el año 2019 alcanza el rango de Programa institucional ya consolidado y se concreta una ley que lo respalda – Ley 9582 denominada Ley de Justicia Restaurativa-.

Entre las evidencias tangibles, el éxito se debe al grado de satisfacción que provoca en las personas usuarias y, además, a que, de acuerdo con los análisis comparativos realizados por el Departamento de Planificación del Poder Judicial, se logró demostrar que es un 86% más económica que los procesos judiciales ordinarios. *(datos obtenidos del oficio número 2052-PLA-PP 2020 del 17 de diciembre 2020 del Departamento de Planificación del Poder Judicial suscritos por el máster Erick Antonio Mora Leiva, Jefe del Proceso de Planeación y Evaluación, mediante el cual remitió el informe suscrito por el licenciado Minor Alvarado Chaves, Jefe del Subproceso de Formulación de Presupuesto y Portafolio de Proyectos Institucional).*

Estos resultados objetivos permitieron avanzar a otras materias como la penal juvenil y la disciplinaria laboral, en esta última, originando un programa que se denomina Bienestar integral del personal judicial.

A nivel mundial, su dinamismo y puesta en escena era igualmente creciente y la materia de familia, con componentes socioafectivos tan importantes para fortalecer la humanización de la respuesta judicial a los conflictos familiares sometidos a conocimiento de la Administración de Justicia, no se ha hecho esperar, pasemos a analizar la presencia de esta tendencia, en esta otra jurisdicción.

III EXPERIENCIAS PREVIAS A LA REGULACIÓN NORMATIVA EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA

Sin dejar de mencionar que los pueblos ancestrales fueron los primeros en implementar prácticas que hoy se denominan y reconocen como restaurativas en asuntos familiares— entre ellos, como lo menciona Ted Wachtel, (2013) “desde los Nativos Americanos y la Primera Nación Canadiense hasta las culturas Africanas, Asiáticas, Celtas, Hebreas, Árabes y muchas otras (Eagle, 2001; Goldstein, 2006; Haarala, 2004; Mbambo & Skelton, 2003; Mirsky, 2004; Roujanavong, 2005; Wong, 2005), coincidimos en estimar que la práctica siempre ha precedido la normativa y que, evidencia de ello es que la mencionada sistematización, arranca ya en este milenio. Destacando eso sí, que ha sido una motivación social natural, el buscar soluciones pacíficas y que surjan del seno de las familias.

Por ello, en un recorrido de revisión de experiencias nacionales e internacionales dentro del proceso judicial especializado en familia, se logra identificar, inicialmente, una muy interesante en Argentina a finales del siglo pasado, y más recientemente, en México y España, culminando con experiencias en Costa Rica, que impresionaron prácticas aisladas.

Empecemos con Argentina, valga indicar que no se le denominó práctica restaurativa. Se trata de una experiencia que formula el juez Eduardo Cárdenas, por el año 1985, quien ideó una forma distinta de atender los casos sometidos a su conocimiento, especialmente cuando existían personas menores de edad afectadas por el conflicto que se judicializaba. Revisando el testimonio de ese proyecto, destaca que su filosofía ya dibujaba esa necesidad de dar una respuesta distinta a la ordinaria, trabajando con las personas para que estas fueran partícipes de las soluciones.

Producto de este trabajo, el juez Eduardo Cárdenas escribe tres libros: “La familia y el sistema judicial. Una experiencia innovadora” y “Familias en crisis. Intervenciones y respuestas desde un Juzgado de Familia”. Más adelante, publicó “Violencia en la pareja. Intervenciones para la paz desde la paz”, donde conceptualizó modelos de trabajo diseñados en base a los cientos de casos de violencia doméstica en que participó como persona juzgadora. El resumen de su obra se puede consultar en <https://www.eduardocardenas.com.ar/>

Ya en este siglo, producto del impulso dado a la justicia restaurativa penal desde la instancia internacional para la materia penal y penal juvenil, en el 2008, México consagra en su Constitución Política, el enfoque restaurativo como el óptimo para atender los conflictos penales.

Esto generó que personas sensibles y comprometidas con la temática, como la maestra Claudia Villavicencio Guadarrama, a partir de su práctica profesional, se decidiera diseñar y aportar un modelo de justicia restaurativa familiar que denomina “Modelo Katartizo de Justicia Restaurativa Familiar”, basado en cuatro ejes: Jurídico, psicoemocional, humano-social y pedagógico, el cual presenta en una obra que sistematiza sus primeras experiencias y la propuesta concreta, para finales del año 2023.

En paralelo, otro especialista en resolución alterna de conflictos, de México, Mario Alberto Montaña Delgado, iba elaborando algunas ideas básicas, invitando a dar respuesta al conflicto familiar por medio de dicho mecanismo y para el año 2022, advertía sobre la necesidad de crear una distancia conceptual y metodológica con la justicia restaurativa penal, para evitar confusiones, – al respecto se puede consultar el artículo Justicia Restaurativa Familiar, en <https://calcaterra-conflictologia.com/justicia-restaurativa-familiar/>, el cual fue consultado el día 2 de abril de 2025.

En España, podemos decir que, para esos mismos años, pero de manera subyacente al derecho penal, hace su aparición la justicia restaurativa familiar, a través de las experiencias en los procesos por violencia doméstica en relaciones de pareja para situaciones de riesgo controlable, es decir, en asuntos que no fueran altamente violentos y pusieran en riesgo la vida de la persona que sufrió las consecuencias de dicho acto.

Liderando este proceso, Carmen Guil Román, Magistrada de la Audiencia provincial de Barcelona, Vicepresidenta Internacional del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME, España), apoyando estudios de similar naturaleza, Mercedes Novo Pérez, psicóloga y docente de la Universidad de Santiago de Compostela, coordinadora del Programa Adelante, de la Unión Europea, enfatizando en la inclusión del enfoque de género en la atención de dichos casos y Francisca Fariña, catedrática de psicología básica y psicología jurídica del menor. Responsable de la Cátedra UNESCO Educación Transformadora: Ciencia, Comunicación y Sociedad de la Universidad de Vigo. Presidenta de la Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica. También se han unido a esta tendencia, pero enfocada directamente en la jurisdicción de familia, Rosalía Fernández Ayala, Magistrada de la Audiencia Provincial de Las Palmas y presidenta del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación.

Ahora en Costa Rica, contando con el Código Procesal de Familia a partir del primero de octubre 2024, se introduce una reforma en el mes de noviembre 2024, mediante Ley 10558, que como se indicaba supra, incluyó explícitamente la justicia restaurativa en los artículos 9 y 196 de dicho cuerpo normativo, los cuales serán analizados en detalle en la sección correspondiente.

Para este apartado, interesa destacar que con esa pequeña pero poderosa inclusión, podemos afirmar que la justicia restaurativa familiar se consagra como una rama independiente de la justicia restaurativa penal, pasemos a ver detalles de los avances para la implementación.

IV. LA ESCOGENCIA DE LA PRÁCTICA RESTAURATIVA PARA LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA

Las prácticas restaurativas incorporadas a la función jurisdiccional son tan revolucionarias, que implican un cambio en el paradigma del uso del poder para la toma de decisiones.

Veamos, en el paradigma tradicional de resolución de las diferencias en sede judicial, la persona juzgadora, los profesionales en trabajo social y

psicología parten del paradigma “nosotros sabemos lo que se requiere para resolver este conflicto”, entretanto, en este nuevo enfoque, este equipo de profesionales deberá despojarse de ese poder de decisión por otros y pasar a apoyar para que los otros decidan.

Es decir, les corresponde apoyar a la familia para que, entre sus integrantes, puedan tomar las decisiones que les permitan superar las diferencias, a quienes se les delega el poder de decidir, debido a que, son quienes conocen lo que es viable, dentro de su contexto, para resolver el conflicto que viven y, eventualmente, si lo requieren, qué apoyos razonables serán necesarios para alcanzar ese objetivo.

Existen diversidad de prácticas restaurativas, catalogadas en informales y formales, destacando entre las básicas o esenciales:

1. **Declaraciones afectivas:** estas se caracterizan porque permiten comunicar las emociones que se han experimentado. Su uso y comprensión ayudan a fomentar un cambio inmediato en las dinámicas relacionales ya que nos “humanizamos” a los ojos de la otra persona. Se pueden utilizar para reconocer un buen trabajo, la colaboración, incluso un fracaso, es una especie de retroalimentación personal que permite profundizar la experiencia.
2. **Preguntas afectivas:** En el contexto de las prácticas restaurativas, facilitan que las personas reflexionen sobre cómo su conducta ha afectado a otros, en este contexto, a otras personas integrantes de la familia. Para ello, se requiere aceptar que el conflicto es parte integral de la vida y que, los malentendidos, las necesidades e intereses que chocan o compiten entre sí, así como las diferencias de opinión, son parte del diario vivir.
3. **Reuniones espontáneas:** facilitan las declaraciones y las preguntas afectivas en un contexto espontáneo, sin tanta planificación, son eficientes en momentos clave, en que surge la ocasión para su implementación, de ahí su nombre. Suelen ser muy utilizadas en el ámbito escolar o colegial, cuando hay personas capacitadas para facilitar los conflictos en su fase incipiente. Sin embargo, se

pueden llevar a otros ámbitos como el institucional y el familiar, con idéntico objetivo, superar los conflictos que lo ameriten, antes de que este escale innecesariamente.

4. **Grupo o círculo:** Se caracterizan por su flexibilidad para adecuarse a necesidades variadas. Tienen un objetivo específico y está diseñado a partir de una serie de etapas y una guía de participación que las define, es altamente efectivo y utilizado, dejando su análisis detallado para más adelante, ya que esta es la práctica que fue seleccionada para atender el conflicto familiar en sede judicial restaurativa.
5. **Reunión restaurativa formal:** es la práctica más formal de todas, al igual que el círculo, implica un objetivo específico y su logro está sujeto al cumplimiento de un guion o guía de reunión estricto. Lleva mucho más planificación y tiempo, son utilizados, mayoritariamente, en casos complejos, en los que se produjo incluso un daño, con presencia de violencia espontánea, no planificada y sin secuelas que hayan puesto en peligro la vida. Aún y cuando en algunos lugares, sí se han aplicado en esos contextos, con el único objetivo de que las personas afectadas, por ejemplo, por la muerte de un familiar, puedan expresar al ofensor, el dolor que él les causó al quitarle la vida a su familiar. Generalmente, estas reuniones no son realizadas por la persona que conoce inicialmente el caso, como sí puede ocurrir con el círculo; en esta práctica restaurativa compleja, lo inicia una persona que prepara la reunión y luego se deriva o refiere a otra persona facilitadora que lo realiza (Costello, Watchel y Watchel, (2010), p. 39).

Valorando cada una de ellas en detalle, se llega a la conclusión de que ninguna debe ser descartada en su totalidad, pero que, la denominada grupo o círculo familiar, por sus características formales y a su vez, de versatilidad y flexibilidad, se ajustaría mejor a las características de los conflictos familiares y, por consiguiente, a las necesidades de sus integrantes.

Veamos, el conflicto familiar requiere, de manera muy particular, que se respete y protejan los lazos afectivos y emocionales, que se restituya o motive la capacidad de la persona para reconocer sus errores y enmendarlos, así como el respeto a la expresión de las necesidades de todos sus integrantes involucrados directa o indirectamente.

El conflicto familiar, tan complejo y dinámico como el concepto mismo de familia en el tiempo, presenta características muy particulares, entre ellas, las más citadas en la literatura (Bossert y Zanonni; 1993, p. 11) (Ballarin; 2015, p.28). (Grillo; 2019, p. 2). (Grossman y Martínez; 2000, pp. 31 y 142) (Iglesias y Medina; 2022) son:

- **Emociones intensas/oposición activa**

El enojo, la frustración, el dolor y la tristeza, son emociones muy recurrentes en los conflictos familiares, los cuales influyen el desarrollo individual y colectivo.

- **Relaciones interpersonales cercanas**

Los vínculos estrechos y continuos entre las personas que integran la familia, provocan que el impacto del conflicto sea más profundo y sensible.

- **Duración variable**

Desde episodios breves hasta aquellos que se prolongan en el tiempo, incluso, hasta crónicos.

- **Interdependencia**

Las personas que conforman una la familia, de una u otra manera, dependen unos de otros en distintos aspectos (emocional, económico y/o social).

- **Multiplidad de causas**

Desde dificultades en la comunicación, hasta diferencias muy marcadas en edades, orientación sexual, valores escogidos para el plan de vida, profesión de la fe, roles familiares, dificultades para aceptar

situaciones de discapacidad de alguno de los integrantes, problemas económicos, celos o estrés externo, pueden ser causas que originen un conflicto familiar.

- **Comunicación conflictiva**

La ausencia de escucha activa y participativa, o la comunicación violenta, se han detectado como principales causas de los conflictos familiares. Asimismo, la falta de claridad en la comunicación o también conocido como ausencia de asertividad para expresar las emociones, sentimientos y necesidades.

- **Impacto en la dinámica familiar**

Generalmente, la armonía, la estabilidad y la funcionalidad del grupo familiar, se afectan ante la presencia de un conflicto familiar, precisamente porque no se dispone de herramientas para gestionar el conflicto de una manera saludable.

- **Posibilidad de crecimiento o deterioro**

Dependiendo de cómo se gestione el conflicto, puede generar cambios positivos y crecimiento personal y familiar, o bien, deterioro de las relaciones y ruptura temporal o definitiva.

Esta diversidad de características señaladas por las personas expertas, permite afirmar que, igualmente, el sistema judicial debería ofrecer diversos mecanismos para su afrontación, gestión y solución, porque las tales, además, varían en intensidad y frecuencia ya que “la familia es una construcción social organizada a través de reglas culturalmente elaboradas que conforman modelos de comportamiento muy variados [...] incluso en las distintas sociedades muchas veces no se relacionan o conforman por vínculos biológicos” (Grossman & Martínez Alcorta, 2000, pp. 142–143).

Si a lo anterior sumamos que el conflicto es consustancial a las relaciones humanas y que, dada su presencia ineludible en la vida de las personas, se requiere aprender a gestionarlo como una oportunidad para

trascender y mejorar las dinámicas relacionales, es también impostergable, asumir que la justicia restaurativa es la respuesta desde la Administración de Justicia, para efectivizar esa máxima social. Ahora bien, ¿Qué ofrece el círculo para ser seleccionado como la práctica idónea?

Los grupos o círculos restaurativos, también llamados círculos de diálogo o círculos de paz, son versátiles y útiles, porque como se dijo, se planifican para un objetivo específico y conllevan una serie de etapas necesarias para su concreción a partir de una guía de participación.

Permiten que las personas participantes expresen sus opiniones y sentimientos con amplitud y respeto, asimismo, escuchar a las demás en ese mismo orden y consideraciones, refuerza la seguridad, el respeto y la igualdad entre las personas participantes, porque todas tendrán el uso de la palabra y estarán sujetas a las mismas reglas de participación.

Son muy utilizados para diversas opciones, desde la necesidad de construir acuerdos en que la situación que origina el conflicto pueda estar en un problema de comunicación hasta en la ejecución de acuerdos previamente tomados y que no se logran concretar.

Algunos de las características de mayor interés son:

- *todas las personas en el círculo son iguales y tienen igual oportunidad de hablar,*
- *las decisiones se toman por vía de consenso,*
- *todas las personas acuerdan cumplir los lineamientos establecidos por el grupo, los cuales están basados en los valores que comparten, con la finalidad de buscar el logro de la meta u objetivo común.*
- *Los círculos se constituyen en espacios sagrados, los cuales se inician y finalizan con palabras o dinámicas de reflexión, e incluyen actividades que contribuyen a que las personas mantengan una presencia activa. En los círculos también prevalece el respeto por lo cultural.” (Pranis, 2009, pág. 8).*

Igualmente, en el “Manual para personas facilitadoras de círculos” que se está tomando como texto base para recapitular estas ideas, se destaca que, en el círculo, se respetan los valores y principios que se establecen desde el inicio de su implementación, esto lo torna en un espacio y lugar seguro.

Asimismo, también se advierte que son “sencillos, pero no fáciles”, es decir, conllevan etapas que van desde la preparación hasta el seguimiento de los acuerdos que eventualmente se logren concretar.

- Algunos de sus elementos definitorios son:
- **El lugar de reunión y la formación son simbólicos en sí mismos:** Las y los participantes constituyen un círculo a la hora de sentarse, y pueden utilizarse objetos que igualmente, puedan tener algún significado que contribuya a recordar los valores previamente elegidos y de esa forma, siempre estar enfocados en el objetivo para el cual fue convocado. Sin embargo, se afirma que no son estrictamente necesarios. El centro puede permanecer como un espacio vacío.
- **La pieza del diálogo** es un objeto que se usa como una herramienta para asegurar el respeto entre quienes hablan y quienes escuchan, ya que solamente la persona que la tiene en sus manos tiene el uso de la palabra. La consigna es que esta debe ir de mano en mano, para que la persona conteste la pregunta que la persona facilitadora ha propuesto al grupo, como parte de la estrategia previamente diseñada, para alcanzar el objetivo de la convocatoria al círculo.
- **Las personas facilitadoras** del círculo se identifican y se llaman de previo, ya que son las encargadas de guiar la comunicación y mantener el espacio seguro. Puede haberlo convocado él mismo o ser invitado, pero siempre, debe tener claro el objetivo y la estrategia diseñada para dicho círculo. Puede hacerlo una sola persona, pero se recomienda que sean dos. Esto se define a partir de la complejidad del tema y de la cantidad de personas participantes.

- **El ritual o ceremonia de inicio** se utiliza para crear seguridad y estructurar la reunión, se trata de actividades de carácter más o menos formal y con cierta ceremoniosidad, que imprima importancia al momento.
- **El consenso para la toma de decisiones** busca honrar los valores y principios de los círculos, procurando que las personas participantes estén atentas, activas y presentes en lo que se habla, de esta forma se asegura que todas las necesidades sean escuchadas y atendidas.

Es decir, en un círculo restaurativo familiar, se asume el conflicto como oportunidad de mejora de las relaciones familiares, a partir del fomento de una cultura de paz y lenguaje no violento. En esto se diferencia radicalmente, de la metodología de confrontación y pelea del litigio tradicional, que acaba lastimando las relaciones familiares, antes que restaurando los lazos afectivos que, en muchos de los casos, requieren del componente de permanencia e interdependencia en el tiempo, según se desprende de las características citadas.

De seguido, el análisis de la normativa especializada que dio oportunidad y respaldo a estos mecanismos de resolución alterna de los conflictos.

. V LA NORMATIVA PROCESAL FUNDANTE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA FAMILIAR Y LOS PRINCIPIOS PROCESALES QUE LA RESPALDAN

El Código Procesal de Familia, vimos que inició su implementación el 1 de octubre de 2024, y mediante Ley 10558, publicada el trece de noviembre de ese mismo año, fue reformado para robustecer y facilitar su parte operativa.

Vimos que se incluyó la justicia restaurativa en materia familiar en dos artículos – 9 y 196 -que básicamente plantean que, cuando la conciliación no es la alternativa de solución preferente porque el tipo de conflicto requiere otro abordaje más amplio y protector, se recurrirá a las prácticas restaurativas.

Específicamente, señalan: “**Artículo 9- Audiencia previa de conciliación.** *En los procesos familiares, cuando proceda, se intentará la conciliación mediante una audiencia de conciliación previa al inicio del proceso o a solicitud de algunas de las partes, en cualquier estado del proceso judicial. Esta etapa la llevará a cabo la autoridad judicial, quien también podrá remitir a las partes a los centros especializados del Poder Judicial, sin perjuicio de que las partes decidan la intervención de entes externos debidamente acreditados para estos fines. Lo acordado tendrá carácter y eficacia de cosa juzgada material o formal, según el contenido del acuerdo. Podrán aplicarse otros mecanismos alternos de solución de conflictos regulados en la Ley 7727, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, de 9 de diciembre de 1997, o instrumentos internacionales, siempre que sean compatibles con los objetivos y los fines de la materia familiar.*

Se prohíbe la conciliación en aquellas situaciones en que se constaten relaciones desiguales de poder. Sin embargo, si el caso cumple con los criterios de admisibilidad y viabilidad, podrá abordarse mediante los mecanismos propios de justicia restaurativa.

Adicionalmente, las partes podrán solicitar, incluso de manera verbal ante el juzgado competente, una audiencia de conciliación previo a la presentación de la demanda, en cuyo caso la persona juzgadora deberá convocar a las partes a una audiencia en el plazo previsto en este Código para el tipo de proceso del que se trate, o remitir de inmediato la gestión al centro de conciliación especializado más cercano. En caso de no lograrse una conciliación, la gestión será archivada de manera definitiva.

En concreto, en este artículo, no solamente se promueve la conciliación previa, es decir, sin el antecedente de un caso litigioso, sino, además, la posibilidad de abordar el caso por “otros mecanismos alternos de solución de conflictos regulados en la Ley 7727, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, de 9 de diciembre de 1997, o instrumentos internacionales, siempre que sean compatibles con los objetivos y los fines de la materia familiar”, es decir, los mecanismos propios de la justicia restaurativa están incorporados como posible vía para solucionar el conflicto siempre que las prácticas restaurativas se consideren más adecuadas para la situación concreta.

¿Quién dice la norma que realizará esta valoración previa?, sin duda, se infiere que corresponderá hacerlo a la persona juzgadora o bien, a la persona conciliadora escogida por las partes, quien deberá tener los conocimientos y aptitudes que la faculten para el ejercicio de esa función, es decir, para las prácticas de la conciliación y/o la justicia restaurativa, propiamente dichas.

Ahora bien, también se infiere de dicha norma, en una interpretación conjunta con el artículo 5 de la Ley 7727, Resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, que el abordaje previo, también puede ser realizado por las personas juzgadoras que se ubican en los Centros de Conciliación del Poder Judicial de Costa Rica, ya que plantea un principio de libertad de la persona usuaria para escoger quien puede guiar el proceso de solución alternativo al litigioso. Expresamente el artículo en mención dice, en lo pertinente “La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley. Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores”.

En concreto, este abordaje “previo” puede darse tanto desde el propio juzgado o bien, desde el Centro de Conciliación respectivo, tanto del Poder Judicial, como incluso, en cualquier centro certificado y debidamente inscrito.

Por su parte, el artículo 196 indica: *“Artículo 196- Asuntos no conciliables. No procederá la conciliación, cuando se trata de la discusión de derechos irrenunciables o indisponibles. En violencia intrafamiliar o protección de derechos de personas en estado de vulnerabilidad, el caso podrá abordarse mediante los mecanismos propios de justicia restaurativa, si cumple con los criterios de admisibilidad y viabilidad”.*

Este segundo artículo, también es reiterativo en cuanto al tema de que, la solución amigable que se puede construir a través del diálogo es la preferente.

Efectivamente, se enlista como prioritaria la conciliación, sin embargo, cuando esta no es posible por encontrarnos ante hechos de violencia

intrafamiliar o protección de derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, se abre la opción de la justicia restaurativa.

Esto refuerza la certeza de la conveniencia y el poder de las prácticas restaurativas para que, asumidas con la rigurosidad y disciplina que asegura su implementación exitosa, vengan a significar una solución integral y completa de la situación que motivó a las partes a buscar apoyo en la búsqueda de ese objetivo.

Igualmente, con ocasión de esa misma reforma, se logra incorporar en la Ley 9582 -Ley de Justicia Restaurativa-, en el artículo 2, la creación de la justicia restaurativa familiar, indicándose que esta se regulará a partir de los lineamientos contenidos en el Código Procesal de Familia.

Esta distinción de vías procesales resulta vital, porque perfila su independencia en sus bases funcionales y operativas, lo que resulta consecuente con los principios propios de cada materia -penal y familia- y, asimismo, con el objetivo que cada jurisdicción tiene asignado, ya que el conflicto a resolver es completamente distinto y los procesos, son igualmente diferentes.

Verbigracia, en materia penal, el conflicto se genera a partir de una infracción a una norma penal, en consecuencia, el Estado es una de las partes afectadas porque el Ministerio Público – ente estatal- es el ente titular de la acción penal, que busca proteger el orden público y los derechos de las víctimas a través de la imposición de una sanción, cuando el acusado es encontrado culpable del hecho que se le acusa.

En dicho proceso se requerirá de la Defensa Pública como acompañante técnico del imputado, buscando garantizar dos principios esenciales de rango constitucional – el derecho de defensa y el debido proceso -, los cuales deben estar presentes en toda actuación, que se rige, además, por el principio de legalidad que es consustancial a aquellos¹.

1 Derivado del artículo 39 constitucional citado. Implica, en términos muy básicos, que nadie puede ser sancionado por un hecho que la ley penal no haya tipificado como delito, ni sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente. Este principio garantiza que la actuación del Estado en materia penal se

Por su parte, en la materia familiar, como se analizó anteriormente, tenemos un conflicto caracterizado por la existencia de emociones y afectos, que, si bien es cierto igualmente está sujeto a los principios del debido proceso y el derecho de defensa, tiene como máxima, la disponibilidad de muchos de los temas que son sometidos a su conocimiento, lo que no ocurre en el penal.

También, en bastantes casos, existe la necesidad de las partes de continuar vinculadas pese a cualquier diferencia o problema que hayan vivido, especialmente, si es un asunto de pareja en el que hay hijos e hijas menores de edad de por medio o si el vínculo familiar se mantiene en el tiempo, como lo serían las relaciones entre padres, madres e hijos e hijas, entre hermanos y hermanas, abuelos, abuelas y sus nietos.

En este sentido, la nueva normativa procesal, vino a proveernos de pautas de tratamiento de los conflictos familiares, absolutamente coincidentes con las bases axiológicas de la Justicia Restaurativa: sanar relaciones, restaurar la confianza, fomentar la responsabilidad, el perdón y la reparación emocional y patrimonial de los eventuales daños. Asimismo, puede incluir a todas las personas afectadas y no solamente las partes tradicionales de un proceso judicial.

Retomando el análisis normativo, tenemos que se cuenta con Principios propios del derecho procesal de familia, regulados en el artículo 6 del Código Procesal de Familia, que indica:

“Las normas contenidas en la presente ley tienen como centro a la persona humana y deben interpretarse conforme a los principios de equilibrio entre las partes, ausencia de contención, solución integral, abordaje interdisciplinario, búsqueda de equidad y equilibrio familiar, el mejor interés, protección, accesibilidad, diversidad, participación e intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible e inestimabilidad de las pretensiones”.

ajuste estrictamente a lo establecido por la ley, protegiendo a toda la ciudadanía de sanciones arbitrarias o retroactivas.

Tal y como se anunciaba al inicio, la persona pasa a ser el centro de atención para resolver el conflicto familiar, superando el paradigma civil de que los bienes eran lo más relevante, este cambio es contundente y diferenciador.

A esta máxima se suman los contenidos de los artículos 7 y 8 que indican, el primero:

“Efectivización de los derechos transversales. En los procesos de la jurisdicción familiar, las personas juzgadoras tendrán particular esmero en la efectivización de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad contenidos en la normativa nacional, internacional y sus principios”.

Y el siguiente:

“Acceso a la justicia. En todo procedimiento familiar se deberá garantizar que las personas menores de edad, las personas con capacidades especiales y las personas en estado de vulnerabilidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas; incluso mediante ajustes de procedimiento adecuados a la edad y a la capacidad especial o vulnerabilidad que se presenta, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de tales personas como participaciones directas e indirectas, incluida la declaración como testigos en todos los procedimientos judiciales, en todas las etapas del proceso”.

En definitiva, la persona inmersa en un conflicto familiar, en cualquier dimensión y contexto que se encuentre, debe ser atendida en el proceso judicial, respetando esas particularidades para resguardar el trato igualitario y no discriminatorio de sus derechos.

Además del robusto elenco de normas y principios analizados, se identifica una norma que permite el llamado a intervinientes que, sin pretender derechos para sí, tengan relación con el vínculo familiar y cuya participación permita una mejor decisión del conflicto. Se trata del artículo 36 del Código Procesal de Familia, que regula el denominado llamado de intervinientes y dice: *“Podrán intervenir en el proceso todas aquellas personas que, sin pretender derecho alguno para sí, tengan relación con el vínculo familiar y cuya participación permita una mejor decisión del conflicto”.*

Justamente, ese es el tipo de intervenciones que se estila en los círculos restaurativos familiares ya que, cada parte pueda hacerse acompañar de personas de su confianza, que van a participar en el proceso, apoyándoles en la creación de opciones para resolver el conflicto. Su rol será cuidadosa y detalladamente explicado por la persona coordinadora de la reunión en la fase preparatoria, porque no está para suplir la voz de la parte directamente afectada por la situación conflictiva, sino para apoyarla en la toma de decisiones.

Sumado a ello, el artículo 34 previó la legitimación orgánica, la cual concede a diversas instituciones del Estado que realicen dentro de sus funciones la protección de un derecho humano, la potestad de gestionar y participar en los procesos familiares. Por ejemplo: Patronato Nacional de la Infancia, Defensoría de los Habitantes, Tribunal Supremo de Elecciones, Consejo Nacional de las Personas con Discapacidad, Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, Dirección General de Adaptación Social, Dirección General de Migración y Extranjería, así como cualquier otro ente con competencia en materia de familia, e incluso, organizaciones no gubernamentales que trabajen con las diversas poblaciones en condición de vulnerabilidad. Y más allá de estas instituciones, también reguló que las personas que ostenten el depósito, la guarda de hecho, la tutela o la salvaguardia, también podrían participar como redes de apoyo, en una eventual práctica restaurativa que lo requiera.

Y confirmando esta línea de cambio de paradigma del sistema ordinario litigioso a la preferencia de los mecanismos alternos, tenemos los artículos 31 inciso 3) que regula los deberes de las personas juzgadoras para evitar e invitar a las partes, a desechar el lenguaje adversarial y directamente, respecto de las partes, el artículo 62 del Código Procesal de Familia que enfatiza en el uso del lenguaje respetuoso y claro, lenguaje indispensable en las prácticas restaurativas, donde el fin educativo y resocializador, es una constante.

Incluso para las audiencias se establece, en el artículo 123 de ese mismo cuerpo normativo, el deber de la persona juzgadora, de intervenir fomentando prácticas propias de los medios alternos de resolución de

conflictos, lo que, sin duda, alcanza a las partes en la práctica de una forma de diálogo y comunicación.

El artículo 123, dentro de los deberes de la persona juzgadora al inicio de las audiencias señala expresamente: “2) *Invitar a las partes e intervinientes a la consideración de una forma alterna de solución del conflicto; para lo cual dará el espacio físico y temporal necesario y, en caso de considerarse prudente, podrá llamar a la audiencia a cualquier profesional especialista en resolución alterna de conflictos, para el tratamiento de esta fase*”.

Sin duda, el proceso judicial restaurativo es uno de estos procesos alternos, puesto que, con el acompañamiento de personas de su confianza y, además, con personas expertas en su situación concreta, las personas tendrán mejores oportunidades y condiciones para recibir el acompañamiento de manera integral e individualizada, dando incluso cumplimiento al deber de incorporar ajustes razonables para atender en mejor forma, las necesidades de las personas en condición de vulnerabilidad.

Dicho esto, surge otra pregunta ¿Qué tipo de procesos serán susceptibles de ser sometidos a estas prácticas restaurativas? Pasemos a dar respuesta a esta interrogante.

VI. SUGIRIENDO LOS PROCESOS JUDICIALES IDÓNEOS PARA APLICAR JUSTICIA RESTAURATIVA

En el derecho familiar sustantivo² y para cada caso concreto, se deberá buscar la respuesta a qué derechos de los discutibles en sede judicial son disponibles y cuáles no lo son. Esta condición, es esencial para definir si el proceso y la temática pueden ser considerados para atenderlos por medio de los mecanismos propios de la justicia restaurativa.

2 Se toma como base para la propuesta, lo contemplado en el Código de Familia y en el Código de Niñez y Adolescencia, sin embargo, en cada caso concreto se debe revisar otras normas contempladas en leyes especiales. Por ejemplo, Ley Integral para la persona adulta mayor, Ley General de la Persona Joven, Ley para la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.

Para este ejercicio de sugerencia de qué procesos son los idóneos, resulta sencillo hacerlo en sentido inverso, es decir, señalar qué normas expresamente indican que los derechos en ellas regulados, son indisponibles o irrenunciables.

De los derechos regulados en el Código de Familia, se deben revisar:

- Artículo 76 imprescriptibilidad del derecho de los hijos e hijas a vindicar el estado,
- Artículo 78 la prohibición de transacción o compromiso en árbitros sobre la filiación. (sobre los extremos pecuniarios de la esta, sí se puede disponer).
- Artículo 158 que regula la suspensión de la responsabilidad parental y 158 bis, que norma la pérdida de los atributos de la responsabilidad parental.
- Artículo 159, que regula la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental.
- Artículo 160 sobre el estado de abandono de una persona menor de edad.
- Artículo 167 que expresamente indica la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos. (igual que el 78, es viable discutir el monto idóneo de la cuota alimentaria).

Con relación a los derechos expresamente regulados en el Código de Niñez y Adolescencia, se debe tomar en cuenta que su opinión³ -cuando se trate de asuntos en que lo afectan (artículo 114 inciso f)-, siempre debe estar presente, tomando en cuenta su mejor interés (artículo 5) y asimismo, (artículo 10) que las personas menores de edad, tienen derecho a disfrutar de todos los derechos inherentes a la persona humana y a los específicos

³ Regulado, además, en los artículos 12 y 13 de la Convención de los Derechos del Niño (sic).

relacionados con su desarrollo, excepto los derechos políticos, según lo establecido en la Constitución Política.

Siempre en materia de derechos de las personas menores de edad, pero igualmente válido para cualquier edad, es de importancia citar el artículo 17 del Código de Niñez y Adolescencia, en cuanto establece el derecho al resguardo del interés propio de las personas menores de edad de nacionalidad extranjera, respetando su contexto cultural, con el fin de garantizarles condiciones que respeten sus derechos.

Sumado a ello, el respeto a los derechos de las personas migrantes, que debe ser garantizado en todo proceso, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Migración y Extranjería (Ley No. 8764) y los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica. La omisión de este enfoque puede constituir una forma de discriminación que, además de vulnerar principios constitucionales e internacionales de derechos humanos, podría derivar en la nulidad del procedimiento.

Lo mismo ocurre en el abordaje de los conflictos familiares entre personas indígenas, que implican un estricto respeto al contexto cultural y a las metodologías definidas por cada comunidad indígena, tal y como está previsto en el artículo 5 de la Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas (Ley No. 9.593, reglamentada el 24 de julio de 2018).

Sumado a ello, las personas expertas consultadas para definir estas opciones en el campo del derecho internacional procesal de familia, que es otro de los aspectos valiosos que aporta el Código Procesal de Familia – artículos 334 a 354-, específicamente el Magistrado Jorge Olaso Álvarez y el abogado especialista en derecho internacional, Juan José Obando, este último, redactor de esa parte del Código, identifican un margen importante de aplicación de prácticas restaurativas.

Analizando algunas prácticas a partir de la figura del juez o la jueza de enlace, se puede afirmar que ya se están implementando algunas prácticas que tienen la tendencia de ser restaurativas -aunque no se les llame de esa

forma- y cuya implementación ha permitido una economía de tiempo muy significativa en su tramitación ⁴.

Ahora bien, atendiendo las enseñanzas de don Diego Benavides Santos, en su obra *Axiomas del Derecho Procesal de Familia*, quien nos recuerda sobre este tema que, “Los temas de lo disponible y lo indisponible son aspectos que en los ordenamientos se mueven como péndulos y actualmente, ese péndulo se mueve, en la doctrina, hacia la presunción de disponibilidad de los derechos, por una potenciación de la autonomía de la voluntad” (Benavides, 2013, p. 72), retomemos la respuesta a la pregunta ¿qué procesos familiares se pueden identificar como de “puertas abiertas”, a las prácticas restaurativas?

Se empieza por considerar los asuntos que ingresan por auto postulación, el cual es un mecanismo privilegiado en la jurisdicción de familia, para buscar la tutela judicial efectiva. Las prácticas restaurativas, pueden convertirse en un parámetro objetivo para generar opciones de atención integral y novedosa, alejando incluso la preocupación de que la desigualdad por contar o no con patrocinio letrado, implique asimetrías en el acceso y participación en el proceso.

Esa opción procesal de acceso está presente en varios procesos familiares establecidos en el artículo 50 del Código Procesal de Familia.

Ahora bien, implican derechos disponibles:

1. Resolutivos familiares que no producen cosa juzgada material, entre otros: procesos de interrelación familiar, autorizaciones de salida del país, asuntos de custodia de personas menores de edad.

4 En la entrevista sostenida con ambos expertos, concuerdan en que, el uso de tecnologías ha acercado a las partes con disputas internacionales y que esto ha permitido una atención más cercana y ágil de sus asuntos. Asimismo, que fomentar prácticas restaurativas en dichos procesos, sería una forma de justicia que humanizaría más esas disputas.

2. Resolutivos especiales, como el de pensiones alimentarias, regulados de los artículos 257 al 297 del Código Procesal de Familia.
3. La ejecución de fallos de asuntos que no producen cosa juzgada material.

Esta fase de ejecución, como se ha mencionado, es una de las más esperanzadoras para generar sostenibilidad de las decisiones e incluso, que se hagan modificaciones más ajustadas a la realidad de las partes al momento de la ejecución, tal y como está previsto en los principios procesales del Derecho Procesal de Familia, específicamente, a partir del principio de tutela de la realidad.

4. Procesos en violencia doméstica, siempre y cuando se respeten estrictamente, los criterios de admisibilidad y viabilidad.

En efecto, importa destacar la prohibición de la conciliación en violencia doméstica – artículos 9 y 196 del Código Procesal de Familia- pero en ellos mismos, la justicia restaurativa resultó en una opción viable, para ciertos tipos de conflictos, pues se indica que la viabilidad y la admisibilidad son requisitos de admisión.

La doctrina estipula que, entre otros aspectos a tomar en cuenta, no debe existir agresión y/o violencia de alto riesgo, sea por los efectos emocionales o por los físicos en las víctimas.

Entonces, sí se podría recurrir a la justicia restaurativa en casos de violencia doméstica, por ejemplo, cuando en una discusión sin daños físicos, hubo daños materiales, como romper o dañar un celular u otro objeto y la persona tiene como único interés, recuperar el bien destruido porque la relación ya terminó.

Tomando en consideración que aún al día de hoy, siguen siendo más mujeres las que reciben agresión de sus parejas, es claro que, para este supuesto, la mujer debe estar en condiciones de negociar porque se encuentra empoderada, clara y decidida, además de contar con el respaldo de su red de apoyo, sea familiar, de otras personas allegadas e incluso, de personas facilitadoras.

También, se puede visualizar su aplicación en casos de conflictos de personas adultas mayores con sus vecinos o vecinas, puesto que, en el fondo, muchos de estos casos son similares a los conflictos que se derivan a la sede contravencional.

5. Asuntos en los que se discuten asuntos meramente patrimoniales. Esta opción está regulada en el artículo 2 de la Ley sobre resolución alterna de conflictos, No. 7727, que indica *“Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”*.

En concreto, existe una gama muy amplia de derechos disponibles y será con la experiencia y la jurisprudencia que se irán perfilando qué tipos de asuntos serán los preferentes para ser resueltos por esta vía.

VII. CONCLUSIONES

Lo realmente esperanzador con la entrada en escena de la justicia restaurativa en la jurisdicción de familia a partir de la reforma del Código Procesal de Familia de Costa Rica, es que las personas puedan resolver el conflicto familiar comunicándose entre sí, a partir de expresar y revisar sus emociones, sentimientos y necesidades y no, exclusivamente, reclamando y probando hechos que al fin y al cabo, fueron vividos de manera subjetiva y podrían no encontrar los medios probatorios suficientes para que la persona juzgadora decida atendiendo sus intereses y necesidades.

De forma guiada y controlada, con posibilidades de acompañamiento por medio de las personas acompañantes y de instituciones que funcionen como verdaderas redes de apoyo comunitario, la justicia restaurativa familiar en sede judicial, puede implicar que el acceso a una justicia conforme una dimensión inexplorada: la dimensión de la escucha afectiva y participativa que promueva soluciones mutuamente satisfactorias, completas y revisables para hacer los ajustes que las partes vayan ocupando en su diario vivir.

Esto permitiría que las personas tengan al alcance los poderes y saberes necesarios para que, en la fase de ejecución de los acuerdos, no solo puedan verificar con los apoyos el cumplimiento de las responsabilidades asumidas, sino, además, creando ajustes que inhiban a las partes de tener que continuar judicializando sus desacuerdos.

El fin educativo de las prácticas restaurativas, es fomentado y fortalecido durante la implementación del círculo restaurativo familiar y este efecto, para aquellas personas que lo asuman con compromiso, será una puerta abierta para cambiar la cultura del litigio y el ataque, a la cultura de la comunicación afectiva, la colaboración y la cooperación para resolver las diferencias y atender las necesidades.

Del pensamiento individual al colectivo, para hacer de la familia una entidad que autogestione sus necesidades, intereses y potencialidades de cada uno de sus integrantes y entonces, sí que sí, será un verdadero núcleo de influencia social, base para que la sociedad también funcione en clave de crear y sostener de manera conjunta, potenciando a cada persona, para que pueda ser y estar en las mejores condiciones de bienestar personal y social.

REFERENCIAS

- BALLARÍN, Silvia. *El proceso de familia y el tiempo*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2014.
- BENAVIDES, Diego, y otros. *Reflexiones sobre el Derecho de Familia Costarricense*. 1.^a ed. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2011.
- BENAVIDES, Diego. *Axiomas del Derecho Procesal de Familia*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013.
- BOSSERT, G.; ZANNONI, Eduardo. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1993.
- Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMA). *Manual para facilitadores de Círculos*. 2009.

CÁRDENAS, Eduardo. *La familia y el sistema judicial*. Buenos Aires, Argentina: Fundación Navarro Viola, Emecé Editores, 1988.

CÁRDENAS, Eduardo. *Las familias en crisis. Intervenciones y respuestas desde un juzgado de familia*. Buenos Aires, Argentina: Fundación Retoño, 1992.

COSTELLO, Bob; WATCHEL, Joshua; WATCHEL, Ted. *Manual de prácticas restaurativas*. Bethlehem, Pennsylvania, USA: International Institute for Restorative Practices, 2010.

GROSMAN, Cecilia; MARTÍNEZ, Irene. *Familias ensambladas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 2000.

MARSHALL, B. Rosenberg, Ph.D. *Comunicación no violenta: un lenguaje de vida*. 8.ª impresión. Buenos Aires, Argentina: Gran Aldea Editores, 2013.

NOVO, Mercedes, coordinadora; FARIÑAS, Francisca; ALFARO, Gerardo Rubén, compiladores. *Programa ADELANTE. ¿Qué hemos aprendido de justicia restaurativa y terapéutica?* Santiago de Compostela, España: Andavira Editora, s/f post 2022.

SMULL, Elizabeth; WATCHEL, Joshua; WATCHEL, Ted. *El poder de la familia*. Bethlehem, Estados Unidos de Norteamérica, 2013.

SMULL, Elizabeth; WATCHEL, Joshua; WATCHEL, Ted. *Manual de Prácticas Restaurativas para Docentes, Personal Responsable de la Disciplina y Administradores de Instituciones Educativas*. Bethlehem, Estados Unidos de Norteamérica, 2013.

WATCHEL, Ted. *Definiendo qué es restaurativo*. Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas, 2013.

VILLAVICENCIO, Claudia. *Modelo de impartición de justicia desde la restauración familiar*. *Revista Judicial*, n.º 132. Poder Judicial de Costa Rica, 2022.

CIRCULARES Y OFICIOS

Oficio N. 1256-2021. Consejo Superior del Poder Judicial. 5 de febrero de 2021. Documento No. 13744/2019 & 14559/2020.

WEBGRAFÍA

AERTSEN, I. (s/f). *Foro Europeo de Justicia Restaurativa La idea de justicia restaurativa y cómo se desarrolló en Europa*. Consultado el 5 de mayo de 2025, en: https://www-euforumrj-org.translate.google/idea-restorative-justice-and-how-it-developed-europe?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=tc

Centro de Conciliación del Poder Judicial. (2024). *Diagnóstico Situacional para la elaboración de la Política institucional integral sobre el tratamiento de los diferentes métodos alternos de resolución de los conflictos en el Poder Judicial*. Consultado el 29 de julio de 2025, en: https://rac.poder-judicial.go.cr/images/Diagnostico_situacional_Politica_RAC.pdf

MONTAÑO, M. (29 junio 2022). *Justicia Restaurativa Familiar. Calcaterra conflictología*. Consultado el 4 de abril 2025 en:

<https://calcaterra.com/justicia-restaurativa-familiar/>

Observatorio de violencia de género contra las mujeres y acceso a la justicia. *El rostro de las pensiones alimentarias en Costa Rica (visualización en Microsoft Power BI)*. Consultado el 24 de junio de 2025, en: <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/index.php/soy-especialista-y-busco/estadisticas/pensiones-alimentarias>

Observatorio de violencia de género contra las mujeres y acceso a la justicia. (2024). *Circulante total activo (visualización en Microsoft Power BI)*. Consultado el 24 de junio de 2025, en: <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/index.php/soy-especialista-y-busco/estadisticas/violencia-domestica>

Programa Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina. (2006). Consultado el 5 de mayo de 2025, en:

<https://www.ilanud.org/programa-construyendo-la-justicia-restaurativa-en-america-latina/>

Restorative Justice Council, Justicia Restaurativa de Calidad para Todos. Consultado el 3 de abril 2025, en: https://restorativejustice-org-uk.translate.google/rjc-anti-racism-statement?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=tc

MEDIDAS DE APOYO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO

Gisela María Pérez Fuentes*

RESUMEN

En el Derecho familiar han surgido cambios paradigmáticos acordes al desarrollo de los derechos humanos, este trabajo se centra en uno de ellos, muy oculto por años, el caso de personas con ciertas discapacidades o menores de edad que han sufrido en la familia un sistema de corte patrimonial, eliminando la dignidad de estas personas. En el capítulo se hace un estudio del tránsito de las personas que habían sido ocultadas por sus propias familias y la misma sociedad hasta que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 y que signó México, permitió convertirlos en seres humanos nuevamente con dignidad. Sin embargo, este es un proceso largo que no ha sido asimilado por todas las personas y en algunos casos dentro del poder legislativo y judicial de los Estados, ha provocado incompreensión o más bien desconocimiento de lo que implica esta nueva forma de determinar a las personas dentro de un sistema de discapacidad social inclusiva. Se ha tratado de demostrar la evolución que han sufrido algunos criterios del Poder Judicial de la Federación cuando aún no se podía deslindar la incapacitación judicial como incompatible e

* Profesora investigadora de tiempo completo titular C en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Investigadora Nacional Emérita del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias desde 2014. Correo electrónico giselapef@hotmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7616-9193>

inconstitucional con la Convención hasta nuestra realidad judicial, en la que se ha avanzado mucho; no así en el Poder legislativo, federal y estatal, donde la incapacitación con algunas pinceladas sigue viva a través de la tutela tradicional. El capítulo marca el camino de tránsito y opciones para llegar a la discapacidad social inclusiva.

I. INTRODUCCIÓN.

En el derecho el rescate a la persona se ha convertido en eje fundamental del trabajo jurídico interdisciplinario, a pesar del enfrentamiento con posiciones políticas de determinados Estados que limitan algunos y retrasan otros, este gran avance a desarrollar en las necesarias políticas públicas que deben guiar un sistema democrático en función del rescate de la dignidad de la persona. La realidad del cambio paradigmático que se estudia y propone con la recuperación de la dignidad de las personas con discapacidad a partir de la promulgación por la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad el 13 de diciembre de 2006, ratificado por México en el Diario Oficial de la Federación (en adelante DOF) en Mayo de 2008 ¿Resulta suficiente dicha normativa internacional y nacional para modificar el paradigma de la des-patrimonialización de la persona incluida en todos los Códigos Civiles de influencia romana y francesa para recuperar la autonomía y dignidad de las personas vulnerables?.

El proceso es y será largo y complejo, aun cuando se han establecido metodologías del cambio, debe ocurrir definitivamente a partir del estudio de la ciencia básica, en el ámbito del derecho identificada como doctrina analítica e historia crítica para no sólo comprender el carácter anacrónico de una institución jurídica, sino también, para solucionar situaciones violatorias de los derechos humanos y el principio pro-persona, estableciendo entonces, nuevas áreas para incrementar el conocimiento en búsqueda de soluciones reales y contemporáneas que permitan dar soluciones reales a la investigación en ciencias sociales y jurídicas.

En la Ley General en materia de Humanidades, Ciencias, Tecnologías e Innovación, publicada en el DOF el 8 de Mayo de 2023, se reconoce el im-

pulso a la investigación en ciencia básica y de frontera como fortaleza del derecho humano a la educación y fundamento de políticas públicas y aunque especialmente no se definen ambas denominaciones en la Ley, quedando a veces consideradas como sinónimos, está incluida en varios apartados de la ley como un proceso social de descubrimiento o hallazgo de soluciones a problemas complejos que no pueden resolverse con fórmulas preestablecidas ni conocimientos convencionales o procedimientos estandarizados, esto es lo que se desea destacar en este capítulo de investigación que implica las denominadas medidas de apoyo en su extensión de complejidad.

Como se señala en documentos de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación en México: En tiempos en que existe alguna controversia dentro de la comunidad humanística y científica o en cuestiones de difícil respuesta, surge aquella investigación de frontera que utiliza metodologías y conceptos atípicos o novedosos en su ámbito. Por eso, el nuevo paradigma de la discapacidad inclusiva impulsado desde un tratado internacional ha sido el camino para que surjan soluciones a través de la ciencia de frontera, de acuerdo con las características de cada país que quiere proteger a grupos vulnerables; lo anterior constituye la hipótesis de nuestro trabajo, que tiene como objetivo general desarrollar las soluciones jurídicas que permitan aplicar a través de un sistema de apoyo a las personas con discapacidad bajo los principios de autonomía de la voluntad y no discriminación.

II. DOCTRINA ANALÍTICA E HISTORIA CRÍTICA EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL CONOCIMIENTO DE FRONTERA EN EL DERECHO FAMILIAR.

El derecho del siglo XX estuvo caracterizado no sólo por el positivismo legislativo sino también por la patrimonialización del Derecho Civil que incluía al Derecho Familiar identificado con el matrimonio como eje en el que se movía toda la estructura central de la sociedad. El cambio paradigmático de las ciencias sociales y por supuesto el derecho y su aprendizaje, incluía un carácter aparentemente avalorativo que realmente estaba constituido por estereotipos. Por ejemplo, la aplicación de la historia en el derecho (Pérez Fuentes, 2009, pp. 43-57) como sigue siendo aún en algunos programas de

universidades mexicanas es de carácter descriptivo, pero la aplicación como método de investigación necesita el análisis de argumentos para demostrar la superación de paradigmas anacrónicos basados en técnicas memorísticas que repetían una doctrina conformada por épocas sociales superadas, esto ocurre en México – país tan convulsionado y rico en historia, naturaleza, etnias y colores – en la Constitucionalización del Derecho de Familia con antecedentes desde principios del siglo XX.

En México con la aprobación de la Ley sobre Relaciones Familiares en 1917, revolucionó y escindió el Derecho Civil con su peso patrimonial de las relaciones entre las familias. La Ley mencionada poseía entre sus considerandos un principio muy avanzado para la época: *“Que casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares que, continúan basándose en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico.”*

El Código Civil de 1928 consideró por otra parte el carácter de orden público a algunas relaciones contractuales y familiares, también muy progresista para la época. Pero a no dudar, después de la internacionalización del Derecho Civil a través de la aprobación de los Derechos Humanos, se impuso con jerarquía constitucional el rescate de la persona y su dignidad, que llegó a la familia definida en una jurisprudencia como: *“...El derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social...”* (Tesis: I.50.C. J/11, T.C.C).

El Derecho de familia actual implica una serie de principios propios de la Constitucionalización del Derecho Civil que se identifica con diferente contenido, conservando ambos la dignidad de la persona (Pérez Fuentes, 2021, pp. 135-158). La familia se convierte en un concepto extenso en el

que aparecen un conjunto de personas unidas por lazos de filiación, pero también de solidaridad, por razón de adopción y apoyo mutuo, por la forma tradicional: el matrimonio, pero se reconocen y proliferan otras relaciones como el concubinato, relaciones de hecho, o, en fin, personas que se adaptan a las demandas sociales actuales de carácter homoparental, urbano o rural.

En la doctrina mexicana destaca al respecto, la defensa del derecho de las familias que parte del concepto pluralista, democratizador, incluyente y sustentado en un contexto de derechos humanos, para dar paso al derecho de familias o derecho de las familias (Oliva, 2022, p. 49).

III. EL NUEVO PARADIGMA DENTRO DEL DERECHO DE FAMILIA: DE LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL A LA DISCAPACIDAD SOCIAL INCLUSIVA.

En aplicación del método de historia crítica, es de señalar que la discapacidad en la antigua Grecia, Roma y la Edad media se vinculaba con un motivo religioso vinculado por algún “pecado” cometido por un familiar, estas personas se consideraban una carga familiar que quedaban excluidas. A principios del siglo XX comienza el reconocimiento a un método positivista vinculado con la ciencia médica, ello significa que las personas con cierta discapacidad eran personas enfermas de forma física o psíquica o sensorial con necesidad de ser rehabilitadas para integrarse a la sociedad. Esta concepción se consideró desde la Primera y Segunda Guerra Mundial, pero en los años sesenta se generalizó a cualquier persona con diversidades funcionales a través de una educación especial y a una rehabilitación médica.

El modelo social surgió en Inglaterra y en Estados Unidos a finales de la década de los sesenta a través del movimiento de vida independiente promovido por la sociedad civil de personas con discapacidad. En esos momentos se replantearon las causas que originaban la discapacidad, es decir, las barreras físicas y actitudinales de la sociedad en su conjunto cuando existían situaciones de inaccesibilidad a los edificios, al transporte e infraestructura urbana, a los servicios, las conductas discriminatorias.

En este contexto se establecieron nuevos principios tales como: independencia, autosuficiencia, transversalidad, convirtiéndose la discapacidad

como un problema de la sociedad, así el modelo social sentó las bases a partir de diversos presupuestos fundamentales tales como:

- La discapacidad no tiene un origen en las limitaciones o diversidades funcionales de la persona sino en las limitantes que la propia sociedad genera por las barreras que se imponen a las personas con discapacidad en el ámbito social, cultural, de actitud, entre otras.

- Se considera que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, independientemente de su diversidad física, mental, sensorial o intelectual.

- Que, no obstante, las características de todas las personas pertenecen como parte de la diversidad humana y deben ser incluidas en la comunidad, reconociéndole a las personas con discapacidad una participación plena y efectiva, toda vez que contribuyen a la misma, en igual medida que las personas sin discapacidad.

A. BREVE EVOLUCIÓN IMPLÍCITA EN CASO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

La Organización de las Naciones Unidas estableció la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) y su Protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006, hasta que en marzo de 2007 el Estado mexicano la firmó y ratificó el 3 de mayo de 2008. La CDPD destaca en los artículos 5 y 12, los principios de igualdad y no discriminación en relación a cualquier persona en las que se incluye alguna con discapacidad y para ello los Estados adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, reconociendo así que todas las personas con discapacidad tienen no sólo personalidad- realmente de ello no se les privaba- sino capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida.

El 10 de junio de 2011 se produjo una importante reforma constitucional en México que incorporó en el artículo 1º el principio pro-persona, como un criterio de carácter hermeneútico que desarrolla y protege los derechos humanos. Ello ha quedado sancionado por el Poder Judicial de

la Federación como jurisprudencia (Tesis: XIX.10. J/7), al considerar que cuando una norma pueda interpretarse de diversas formas, para solucionar el dilema interpretativo debe atenderse al artículo 1º segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la propia Constitución y los Tratados Internacionales de los que México sea parte, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de esos derechos a partir del principio *pro persona*; de modo que ante varias alternativas interpretativas, se opte por aquella que reconozca con mayor amplitud los derechos, o bien, que los restrinja en la menor medida. De esta forma debe atenderse al principio de prevalencia de interpretación conforme al cual, el intérprete no es libre de elegir, sino que debe seleccionarse la opción interpretativa que genere mayor o mejor protección a los derechos. En el propio artículo 1º después de la reforma del año 2011, se incorpora la prohibición de toda discriminación en las que aparecen las discapacidades.

De herencia en los códigos civiles mexicanos y leyes familiares, perdura aún la denominada interdicción civil, considerada como el estado jurídico en que se encuentra una persona que careciendo de las aptitudes generales para gobernarse y administrar sus bienes por sí misma, es declarada incapaz por sentencia judicial y sometida a la guarda de un tutor o tutriz, quien cuidará de la persona incapaz mayor de edad, administrará sus bienes y la representará tanto en juicio como en todos los actos jurídicos (Pérez Carbajal y Campuzano, 2014). Lo anterior significa que la normativa civil o familiar en México aún conserva la postura del sistema sustitutivo de la capacidad de ejercicio, a pesar de suscribir la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el país existen no obstante leyes generales y estatales que han suplido de alguna forma la contradicción legislativa, pero el mérito a no dudar ha sido el trabajo evolutivo del Poder Judicial de la Federación que ha ido introduciendo el nuevo paradigma de discapacidad inclusiva y social a través de la aplicación de las medidas de apoyo y de los principios de igualdad y no discriminación.

Como se ha señalado existen otras normativas, a saber:

- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el DOF el 30 de mayo de 2011, define la discapacidad como la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. La Ley en cuestión define en el artículo 2º fracción XXVII, se entenderá por: persona con discapacidad, toda persona que por razón congénita o adquirida presente una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, permanente o temporal y que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva, en igualdad de condiciones con los demás.

- El Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, es importante en el cambio de paradigma sobre la discapacidad inclusiva en cuanto, el artículo 8 del Reglamento dispone que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia incluirá en sus programas en materia de rehabilitación lo relativo a la atención médica y paramédica que deben brindarse a todas las personas con discapacidad en sus Centros de Rehabilitación. El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, promoverá, en su ámbito de competencia, la formación y capacitación a licenciados y médicos especialistas en medicina de rehabilitación que contribuyan a la inclusión social de las personas con discapacidad.

IV. MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD A TRAVÉS DE MEDIDAS DE APOYO.

En el cambio de paradigma que implica el modelo social de discapacidad y parte desde la CDPD junto con la Constitución Federal, debe diferenciarse la sustitución de la toma de decisiones, con el apoyo a personas con discapacidad en función del libre desarrollo de la personalidad, así como en la autonomía e identidad propia de estas personas, recibiendo el apoyo y guía para que tomen determinadas decisiones. Estas situaciones implican varios modelos fijados por un juzgador.

El artículo 12 de la CDPD, determina precisamente el modelo de asistencia en la toma de decisiones entre las que aparecen las medidas de apoyo, a diferencia del tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones, en la cual cuando se decidía por el juzgador una diversidad funcional en determinada persona sea por su edad o por sus circunstancias físicas o mentales, quedaba sustituida por otra persona que asumiría la función de tomar decisiones por la persona considerada afectada y que no es tomada en consideración en cuanto a su voluntad, dicha función es lo que ha desempeñado en el derecho tradicional la figura del tutor que determina situaciones personales y patrimoniales de lo que se conoce como pupilo, sea este menor o mayor de edad que no decide ni opina. Pero el artículo 12 de la Convención ha determinado que estas personas tienen personalidad, ciertamente, nunca se les ha negado, pero sí se ha limitado su capacidad de ejercicio.

Con el modelo social se ha transitado de una concepción integradora a una inclusiva de las personas con discapacidad, reconocidas como parte de la diversidad humana. Lo cierto es que del artículo 12 se desprende que los términos personalidad y capacidad jurídica implican:

a) La personalidad jurídica se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y, por tanto, es una precondition indispensable para la adquisición de derechos y deberes.

b) La capacidad jurídica puede ser entendida en una dimensión dinámica o activa como la aptitud de los sujetos para ejercer por sí mismos dichos derechos.

c) El ejercicio de derechos se entiende como el poder de ejercer derechos y contraer obligaciones por decisión personal, es decir, sin asistencia o representación de un tercero.

El Poder Judicial de la Federación sostiene que la noción de capacidad jurídica encierra dos componentes principales: la capacidad de ser titular de un derecho; y la capacidad de obrar y ejercer sus derechos, que abarca desde acudir a los tribunales correspondientes en caso de afectación de aquellos; en el entendido de que ambos elementos son medulares dentro

del concepto de capacidad jurídica. Esto permite dotar a una persona con discapacidad de una verdadera autonomía, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

A. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y PERSONAS INCAPACITADAS EN EL DERECHO DE FAMILIA: EL CAMBIO DE PARADIGMA.

El tema ha sido debate de especialistas según siga el sistema romano francés o el anglosajón (De Verda y Beamonte y Castillo Martínez, 2025, p. 29). El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisó que la capacidad jurídica o legal implica ser titular de derechos y obligaciones, así como ejercer dichos derechos y obligaciones en lo que se denomina legitimación para actuar, en cambio, la capacidad mental implica la aptitud de una persona para adoptar decisiones en función de sus características, en cuanto a las circunstancias sociales, ambientales y por supuesto familiares, por lo que los déficit no deben utilizarse – señala en la Sentencia que resuelve el Amparo Directo 182/2018 y que será analizada más adelante – como justificación para negar la capacidad jurídica. En este punto se disiente pues realmente la capacidad jurídica es la aptitud de toda persona, no puede limitarse, aunque en el sistema anglosajón no exista esta diferencia en toda la literatura y normativa latinoamericana el tema está sumamente establecido y su confusión no afecta ni aporta al cambio de paradigma de la discapacidad social inclusiva.

Lo más importante es el pronunciamiento del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a que las personas con discapacidad tengan oportunidad de formar y expresar tanto su autonomía como sus gustos y preferencias en condiciones de igualdad para vivir de forma independiente, controlando de forma individual sus vidas sin terceros benefactores que pueden no entender a los menores con ciertas características, por ejemplo, de temporalidad en el conocimiento.

B. LAS MEDIDAS DE APOYO.

La figura del apoyo es un mecanismo que nace jurídicamente desde la CDPD para facilitar el tránsito del paradigma de sustitución por inclusión social en casos de discapacidad. De esta forma el Poder Judicial de la Federación ha desarrollado en varias sentencias destacadas que el sistema de apoyos permite hacer efectivos todos los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de discriminación. El apoyo atiende a la persona en su individualidad, considerando sus características propias de diversidad funcional en las concretas barreras del entorno para ser consecuente con el concepto de persona y dignidad, de forma que pueda requerir diversos tipos de apoyo que deberán ser diseñados conforme a sus propios requerimientos y necesidades, con la amplitud y alcance que requiera el auxilio.

Las medidas de apoyo pueden manifestarse a través de ajustes razonables por medio de familiares, amigos, profesionales especializados en determinadas disciplinas; todo ello para que las personas con discapacidad tengan una asistencia efectiva pero conserve su autonomía en cuanto a su voluntad e independencia, como por ejemplo; la persona con discapacidad dispone con las medidas de apoyo, a elegir y controlar su lugar de residencia, dónde y con quién vivir, sus actividades, sus hábitos diarios, de igual forma el tipo de relaciones humanas que sostenga, así como su forma de vestir y alimentación, por supuesto su higiene y cuidado de la salud, hasta sus actividades religiosas, culturales y deportivas. Todo lo anterior permite la vida independiente de una persona con discapacidad sin ser limitada contra su voluntad a vivir en un sistema predeterminado en su propio hogar y contar además con un proyecto de vida alejado de la segregación (Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 144/2022).

Al respecto, en diferentes resoluciones la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al definir criterios sobre el artículo 12 de la Convención, precisamente consagra el modelo asistencial antes referido, en la medida en que indica que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual deberá ser llevado a cabo en igualdad de condiciones que los demás, de forma que se asegure el respeto de los

derechos, la voluntad y preferencias de quien posee la diversidad funcional (Tesis: 1a. CCCXLI/2013).

Las medidas de apoyo que se aplican a las personas con discapacidad se fundamentan en el principio de igualdad y autonomía de la voluntad de todos los seres humanos, es por ello que el artículo 12 de la CDPD se refiere a que los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, facilitando los derechos de propiedad y hereditarios, así como el control de cualquier relación personal en el ámbito económico, desde préstamos bancarios o cualquier actividad financiera, cuidando que dichas personas no sean privadas de sus bienes.

El modelo social de derechos humanos de apoyo para la adopción de decisiones debe cumplir diversos criterios en cuanto a las medidas de apoyo, destacando entre los mismos, los siguientes:

- a. Disposición: El grado de apoyo que necesite una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la determinación de las medidas a indicar.
- b. Voluntad y preferencias: Las medidas de apoyo deben contar con el ejercicio de la capacidad jurídica a las personas que por razón de edad u otras circunstancias de vulnerabilidad deben considerarse su autonomía y sus preferencias.
- c. Entendimiento: Estas medidas de apoyo deben basarse en la comprensión a través de una comunicación accesible con relación a la persona que se aconseja sin que sea obstáculo el tipo de comunicación elegida.
- d. Respetar todos los derechos humanos: Así que para el apoyo en la adopción de decisiones no deben limitarse otros derechos como el derecho a la inviolabilidad de domicilio o a la autonomía para constituir una familia.
- e. Autonomía y consentimiento que implica el derecho a oponerse o rechazar por la persona a la que le brindan los apoyos, las me-

didias propuestas, al extremo de cambiar tanto la medida como la persona que la está indicando.

- f. Salvaguardias: Son protecciones que deben establecerse para todos los procesos que garanticen el ejercicio de la capacidad jurídica a efectos de respetar la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad.

La incapacitación en el ámbito familiar ha impactado a personas con discapacidad y a menores en cuanto a la manifestación de voluntad, o a la elección por falta de información alegando entre otras razones que estas personas con capacidad jurídica no cuentan con información y madurez jurídica para decidir, ello ha provocado actos de desigualdad y discriminación en el ejercicio de sus derechos para contraer matrimonio o formar simplemente una familia, que les ha afectado en el ejercicio de patria potestad, guarda y custodia, en fin provocan una separación en la relación familiar.

En el ámbito del derecho familiar, la Convención destaca las medidas de apoyo en el artículo 23, dedicado al respeto del hogar y de la familia; de forma concreta el citado numeral precisa: “...Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales...”; de igual forma la CDPD determina la necesidad que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, así como la decisión libre de manera responsable del número de hijos, así como el acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, permitiendo los medios necesarios para ejercer esos derechos.

La CDPD protege también la fertilidad de todas las personas incluidos niños y niñas en igualdad de condiciones con las demás personas. Es de suma importancia el detenimiento para el derecho familiar que se hace en la Convención sobre los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la tutela, guarda y custodia, así como la adopción de infantes, cuidando el principio del interés superior de la niñez.

Las medidas de apoyo significan en estas circunstancias el desempeño de las responsabilidades de los padres en la crianza de los hijos, o lo que se ha tratado en la actualidad también como responsabilidad parental.

Lo anterior garantiza a partir de la CDPD que niños y niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia, evitando cualquier grado de ocultación, abandono o segregación de estas personas, cuidando por otra parte que los infantes no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo excepciones determinadas por examen judicial, siempre que se realicen los procedimientos y sistemas de apoyo en favor del interés superior de la infancia. La normativa internacional hace énfasis en cuanto a que los Estados parte cuidarán y darán soluciones de las situaciones, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, estableciendo una atención alternativa dentro de la familia extensa o de no ser posible en el entorno familiar.

La jurisprudencia mexicana ha establecido principios que liberan estos estereotipos cuando ha sancionado:

- a. Vivir con una discapacidad no es circunstancia que impida a un adulto tener convivencia con su hijo menor porque la afectación cerebral severa e irreversible de un padre no causa daño por sí solo a su hijo y que el Estado ni las personas cercanas habrían roto con las barreras sociales en estas circunstancias (Amparo Directo en Revisión 3859/2014).
- b. Ajustes razonables: En el artículo 2 de la CDPD se definen los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Los ajustes razonables deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad necesite tener acceso a situaciones por el entorno interno o externo para ella. Lo anterior implica que los ajustes razonables como modalidad de medida de apoyo sean una obli-

gación individualizada. Pueden considerarse ejemplos de ajustes razonables: hacer una información accesible, para la persona con discapacidad, la adaptación de un material didáctico, las estrategias de planes de estudio, la ayuda familiar a menores con discapacidad para realizar la tarea.

- c. En el desarrollo del juicio permitir estas medidas de apoyo en la modalidad de ajustes procesales, con diferencia de los ajustes razonables. La Corte ha establecido que, en cualquier caso, en un proceso esté presente una persona con discapacidad, la parte juzgadora de manera personal y directa debe dar intervención a quien tiene esa discapacidad o consista en una minoría de edad en función del principio de acceso a la justicia, presente en los artículos 12 y 13 de la CDPD. Estos ajustes de procedimiento realizados por el juzgador se realizan con el fin de facilitar la información y las consecuencias jurídicas del procedimiento, utilizando un lenguaje sencillo, de forma que pueda expresar lo que su derecho convenga, agotando así la garantía de audiencia.

En casos de niñas, niños y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado que es fundamental que la infancia con discapacidad sea escuchada en todos los procedimientos que le afecten. Asimismo, ha señalado que las opiniones de los infantes con discapacidad se deben respetar de acuerdo con su capacidad en evolución (ONU, 2006).

En la doctrina, la función de las medidas de apoyo consiste en asistir a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica respectiva (Vásquez Encalada, 2021, pp. 102–104), con respeto a la autonomía de la voluntad, deseos y preferencias de estas personas, con la dignidad que como seres humanos tienen en función de sus derechos fundamentales.

En la jurisprudencia mexicana se ha establecido que, si la autoridad judicial considera pronunciarse sobre las medidas de apoyo, las mismas deben quedar explícitas, igual debe ocurrir con las salvaguardias que protegen el proceso. Las medidas de apoyo pueden ser modificadas en cualquier momento de acuerdo con las necesidades de la persona y los derechos que pueda ejercitar (Amparo Directo en Revisión 44/2018).

C. SENTENCIAS DE FORMATO DE LECTURA FÁCIL COMO MODALIDAD DE AJUSTES PROCESALES EN CASO DE MENORES DE EDAD.

Este tipo de sentencias deben ser dictadas o elaboradas por los órganos jurisdiccionales por lo que se consideran una modalidad de ajustes procesales, pues no todos los discapacitados menores lo requieren. Las partes pueden proponer una formulación, pero en garantía del derecho de acceso a la justicia, es el órgano jurisdiccional el que lo elaborará, ello porque cada persona con discapacidad tiene sus características. Así ocurrió en la sentencia que resolvió el Amparo en Revisión 159/2013 con algunas consideraciones de las sentencias que se exponen: “Al analizar tu caso la Corte decidió que tú Ricardo Adair, tienes razón, en poco tiempo un Juez te llamará para pedirte opinión sobre tu discapacidad, además el Juez platicará con tus papás y con médicos, maestros y abogados. Después que el Juez platique con ustedes decidirá que puedes hacer solo y en qué cosas vas a necesitar que alguien te ayude”.

En la resolución del Amparo en Revisión 35/2021 se determina que el órgano jurisdiccional no debe necesariamente proceder a la elaboración del formato de lectura fácil pues puede válidamente desestimar la solicitud considerando que, a pesar de su minoría de edad, el justiciable no se encuentre en situación de vulnerabilidad, en este amparo la solicitud la realizó una menor por conducto de su progenitora.

Aunque es cierto que el estado de interdicción es contrario a la Constitución y a la CDPD, en el Amparo en Revisión 1082/2019, la autoridad judicial decretó la tutela precautoria en virtud de una persona de la tercera edad con diagnóstico de Alzheimer, no obstante, contradictoriamente en una entrevista se consideró que la persona daba muestras del pleno uso de sus facultades y solo necesitaría medidas de apoyo. En el caso en cuestión el estereotipo primó en cuanto a una salud deficiente de una persona de la tercera edad.

D. LAS SALVAGUARDIAS.

Son los mecanismos que define la Convención en los artículos 12, 16 y 17, toda vez que los Estados parte deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos, respetando la voluntad de la persona con discapacidad.

Así también, estas salvaguardias se implementarán para proteger el buen uso de las medidas de apoyo, evitando algún tipo de explotación, violencia y abuso, en este sentido, son medidas que permiten en cuanto a las medidas de apoyo se tenga en cuenta la edad, el género y los tipos de discapacidad, por lo que los Estados o Jueces deben asegurar que se cumplan los servicios y programas para servir a las personas con discapacidad.

En este sentido, las autoridades tomarán las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, así como la rehabilitación y reintegración social de las personas con discapacidad, evitando que sean víctimas de abuso. Las salvaguardias asegurarán que las medidas de apoyo tengan lugar en un entorno favorable para la autoestima de estas personas, su bienestar y salud, garantizando su dignidad y autonomía.

V. ESTUDIO DE CASOS EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS RELATIVO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

A. AMPARO DIRECTO 182/2018.

En la sentencia que resuelve el Amparo directo 182/2018, se analizará en el método de estudio de caso, cómo resolvió un Tribunal Colegiado las cuestiones de personas con discapacidad en cuanto a su menor hija, para ello valoraremos a través de un análisis crítico la discapacidad social, así como la patria potestad, guarda y custodia de personas con discapacidad y el derecho a formar una familia, todo ello a partir del artículo 23 de la CDPD.

También se solucionan preguntas propias del Derecho de las Familias tales como:

- Modelo social de la discapacidad. El principio pro persona incluido en la Constitución mexicana, ratifica la CDPD, al igual que el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Así que para la Convención persona es todo ser humano.

- Ajustes razonables en el procedimiento de adopción.

- Padres con discapacidad: ¿Pueden adoptar las personas con discapacidad?, así como el ejercicio de la patria potestad, la custodia y el derecho humano a formar una familia.

HECHOS.

Dos personas con discapacidad se conocieron en cursos de capacitación impartidos por “APAC” Asociación Pro-Personas con Parálisis Cerebral, manifestando a sus progenitores su deseo de vivir juntos. De esta relación nació una menor en el 2011, por lo que es hija de padres declarados en estado de interdicción, quienes adquirieron su residencia habitual en el domicilio de la familia paterna, que resultó debidamente acreditado en la Ciudad de México.

En 2012 la abuela materna de la niña se llevó por la fuerza a los padres interdictos en aquel momento y a la menor. La menor se había logrado adaptar al amor de sus padres hacia ella y a los cuidados de su abuela paterna, siendo asistida por esta. Sin embargo, después de una discusión entre los progenitores, la abuela materna se llevó sin consentimiento a la niña.

La abuela paterna interpuso un juicio de controversia familiar en representación de su menor nieta, junto con el hermano del papá de la menor en su carácter de tutor, demandando a la abuela materna el cese inmediato de la violencia familiar, así como el abuso psicológico y omisiones graves

que la demandada ejerce sobre la menor afectando su estabilidad psíquica y emocional, así como de los cuidados que merece la niña, a la cual se le diagnosticó un retraso psicomotor moderado. La abuela materna vive en otro estado diferente a la Ciudad de México.

La controversia continuó en distintos Juzgados de lo Familiar donde la demandada asegura que es una persona económicamente productiva, responsable y estable pero en este período la Sentencia de Primera Instancia dictada por el Juzgado Décimo Tercero de lo Familiar de la Ciudad de México, consideró procedente la vía elegida por la actora permitiendo la guarda y custodia a la abuela paterna sin perjuicio del régimen de visitas y convivencias con su progenitora y se indicaron terapias psicológicas familiares. La parte demandada estableció una apelación que confirmó la sentencia de los Juzgados Familiares, por lo que la abuela materna, en representación y como tutora de su hija, siendo ésta la mamá de la menor, promovió demanda de amparo directo ante la Quinta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

El proceso jurisdiccional del caso se expone en el siguiente orden:

1. En abril del 2012 la abuela paterna promovió juicio de controversia familiar en el Juzgado Décimo Tercero Familiar en Ciudad de México.

2. Por proveído dictado en noviembre de 2012 se acusó la rebeldía de la parte demandada.

3. El 13 de diciembre de 2012 la parte demandada contestó la demanda negando la procedencia de las prestaciones reclamadas y los hechos, solicitó la nulidad del emplazamiento y reconvino a la parte actora.

4. En junio de 2017, el Juez Décimo Tercero Familiar de la Ciudad de México, dictó sentencia en favor de la parte actora, declarando improcedente la reconvenición intentada por la parte demandada, decretando la guarda y custodia definitiva en favor de la parte actora.

5. La parte demandada promovió un recurso de apelación en agosto de 2017, ante la Quinta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia con sede en Ciudad de México que fue denegado.

6. Ante esta resolución la abuela materna y tutora de su hija - mamá de la menor - promovió juicio de amparo directo ante la Quinta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia con sede en la Ciudad de México, que fue remitido al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la misma ciudad, considerando violados los artículos 1, 12, 16 y 17 de la Constitución.

PROBLEMÁTICA.

El Amparo directo 182/2018 versa sobre un conflicto de orden familiar en el que se reclama la guarda y custodia de la menor con discapacidad con la gran peculiaridad que sus padres también cuentan con una discapacidad, esto implica que la controversia se suscita entre la abuela paterna y materna. En este caso opera la suplencia de la queja, de conformidad con la hipótesis establecida en la Ley de Amparo al encontrarse inmersos los derechos de personas con discapacidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tesis: 1a./J. 191/2005) debe aclararse que, si está de forma directa o indirecta la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de una persona con discapacidad, opera la suplencia de la queja, sin que sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien promueva el juicio. Para el estudio del caso se abordan los siguientes temas:

- *DISCAPACIDAD.*

La Organización Mundial de la Salud establece que la discapacidad es un término complejo que refleja una interacción general entre las características del organismo humano y las de la sociedad en la que vive y que abarca: las deficiencias – problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad – dificultad para ejecutar acciones o tareas; y las restricciones de la participación – problemas para participar en situaciones vitales.

La discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y de la sociedad en que vive.

La Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, firmada por el Estado Mexicano en 1999 y ratificada en el 2001, dispone que la discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido un Protocolo de actuación que aun cuando no tiene el carácter de obligatorio ni vinculatorio, se emplea como una herramienta de apoyo para expresar que los elementos que conforman la discapacidad son tres: una diversidad funcional; el entorno o contexto que rodea a la persona con diversidad funcional; y la interacción de ambos elementos que trae como resultado que la persona con discapacidad participe plenamente en la sociedad (2022).

En el amparo directo 182/2018 se trata el término incapacidad, tratando de diferenciarlo con discapacidad. Para entender la definición a partir de los elementos, se ejemplifica a continuación: una incapacidad de hablar es una deficiencia – diversidad funcional – pero la incapacidad para comunicarse por falta de ayudas técnicas – entorno – es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia – diversidad funcional – pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada – entorno – es una discapacidad. Sin embargo, en otras situaciones puede existir una diversidad funcional pero no se llega a una discapacidad, por ejemplo, una persona con miopía cubre las barreras del entorno con el uso de lentes, y ello no limita su participación en la sociedad.

En apreciación a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación razona que no toda discapacidad afecta por igual a la persona que tiene la misma, aplicando la teoría de Robert Alexy (2012, pp. 213-226), puede existir idoneidad en cuanto a la afectación de la incapacidad, pero el principio de necesidad no prospera porque existe una medida alternativa que permite no tipificar la discapacidad del sujeto.

- REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO.

A partir del Juicio de Amparo Directo 182/2018, se generó un criterio en forma de tesis aislada I.30.C.423 C, bajo el siguiente rubro: PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CUANDO PROMUEVA UN JUICIO, EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE RESPETAR SU VOLUNTAD DE PROMOVERLO Y CONTINUARLO POR PROPIO DERECHO, SIN QUE EXISTA LA NECESIDAD DE QUE ACUDA POR CONDUCTO DE UN REPRESENTANTE (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, AHORA CIUDAD DE MÉXICO). La sentencia cuestiona el artículo 23 del Código Civil de la Ciudad de México, pues dicho precepto señala entre otros casos que el estado de interdicción como caso de incapacidad no significa menoscabo a la dignidad de la persona, ni a la integridad de la familia, y los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La sentencia reconoce que el término incapaces, constituye un error en la denominación correcta a la que pretendió referirse el legislador y que ha sido enderezado con el paso de los años, dentro de los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha evidenciado que el concepto de persona incapaz no es el mismo que el de persona con discapacidad, a la que realmente se infiriera trató de dirigirse y, que no puede pasarse por alto era utilizado indistintamente de manera equivocada, pues el resultado será una incompatibilidad con los derechos de igualdad, no discriminación, reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica de ese grupo de personas, incluso en menoscabo de su autonomía y la libertad de ejercer su propia voluntad en la toma de decisiones.

Sin embargo, la sentencia 182/2018 se vuelve a perder cuando señala: *“...el término incapaz, aunque técnicamente no resulte en identidad con el de discapacidad, válidamente puede ser entendido de forma extensiva pues de inicio no resulta del todo clara la acepción en los términos que está redactada íntegramente la disposición en tanto pudiera entenderse tanto como si se refiera a todas las personas con discapacidad o sólo a aquellas que necesiten de una representación...”* En la sentencia se reconoce que el artículo 23 del Código Civil de la

Ciudad de México, resulta incompatible con los derechos de igualdad, no discriminación y el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica, en lugar de sostenerse en su propia voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, por eso los Estados y en este caso los tribunales acuden a las medidas de apoyo para facilitar la toma de decisiones elaborándose diversas alternativas que se traducen en optar por sistemas fundados en el apoyo a la toma de decisiones.

- ¿TIENEN DERECHO LOS PADRES INCAPACITADOS A LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNA MENOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD?

Se considera la guarda y custodia como uno de los atributos de la patria potestad, por tanto, puede considerarse como la acción de los padres de velar por sus menores hijos y tenerlos en su compañía, en sus funciones personales y patrimoniales. Existe así una situación de convivencia entre el menor y sus progenitores que incluye la educación, salud y cuidado en general.

La solución que brinda la sentencia es demasiado laxa al considerar que la interpretación no debe ser literal sino: extensiva para que pueda aplicarse a situaciones que no se encuentran comprendidas de manera clara; y armónica, de acuerdo con los postulados y artículos constitucionales e internacionales.

De la sentencia se disiente totalmente al considerar el estado de interdicción como un valor instrumental consistente en un ajuste razonable, en virtud del cual se busca una nivelación contextual. En este sentido parecen desperdiciados todos los elementos que se habrían ido razonando para alegar la discapacidad social inclusiva.

En cuanto a la patria potestad, la sentencia reconoce que es un derecho fundamental que encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 4º párrafo undécimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el cual se establece: "... (...) En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud,

educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez...” En la sentencia se reconoce que la patria potestad implica una correlación de derechos y deberes generada por la relación afectiva entre padres e hijos, que se enfocan a la salvaguarda de las necesidades del niño para su formación y desarrollo integral.

La patria potestad debe entenderse como una institución encaminada a la protección de la niñez entre los que se encuentran derechos – deberes como la convivencia entre el menor y quienes ejercen la patria potestad, aunque los padres vivan separados, de igual forma es compartido el derecho a la educación del menor que implica cualquier corrección, el derecho de vigilancia, la representación de los infantes y también la administración de sus bienes. En el cuidado del interés superior de la niñez y su desarrollo integral, si la conducta de los padres afecta a los hijos, existe la posibilidad de que se determine la pérdida de la patria potestad, por ejemplo, en caso de violencia familiar o incumplimiento de obligaciones familiares.

Por otra parte, la guarda y custodia consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado y formación integral en general del niño o niña.

El Tribunal Colegiado en este caso consideró que la sentencia anterior donde se le daba la custodia a la abuela paterna era incompatible con el modelo social de derechos humanos de personas con discapacidad, argumentó para ello los dictámenes médicos. La resolución señala que se incumple el modelo social de derechos humanos, pues no se estableció cuáles serían los actos jurídicos de carácter personalísimo que pudieran realizar los padres de la niña.

La sentencia insiste que la discapacidad que presentan los progenitores se desprende de los dictámenes psiquiátricos y psicológicos, que implica una situación de seguimiento por los familiares, pero no desarrolló habilidades académicas y sociales, ni de buscar atención médica para salvaguardar su propia integridad.

Con respecto al padre, en igual sentido por dictámenes médicos se determina que tiene un nivel intelectual muy bajo y manifiesta poco control de sus impulsos. En la sentencia se sanciona que por los dictámenes médicos en psiquiatría y psicología se debe llegar a la decisión que si pueden llegar a formar lazos de afecto con la menor.

No se observaron dictámenes médicos que determinan que la niña tiene un retraso psicomotor que no tiene por qué empeorar. Desde el punto de vista emocional, lo ideal es estar en una familia integrada con pocos cambios o cambios que sean lentos. En ese sentido, la decisión de los progenitores de vivir en pareja y estar pendiente de su hija, es acorde con el interés superior de la menor, pues la influencia familiar y la vinculación afectiva que la hija obtiene de cada uno de sus progenitores con el transcurso del tiempo constituye un elemento esencial para el adecuado desarrollo de su personalidad.

A nuestro entender la sentencia presenta argumentos contradictorios, puesto que por una parte determina que si ambos padres vivieran con su hija en la misma casa ejerciendo la patria potestad como desean también ejercerían la guarda y custodia de acuerdo con el artículo 23 de la CDPD.

Sin embargo, recurren a las pruebas periciales realizadas en las que no se determinó la capacidad o discapacidad de los padres por sí solos para que eduquen y garanticen cuidados a su hija, necesitando que tanto los abuelos maternos como paternos otorguen asistencia en una sustitución en la toma de decisiones, concediendo a la madre de la menor el amparo para que se dicte una nueva resolución donde se establezca el nivel de discapacidad intelectual de ambos padres y se determine si pueden proveer los cuidados necesarios a su menor hija con discapacidad, para poder resolver el régimen de guarda y custodia, así como la convivencia con la menor.

Para permitir que los padres puedan ejercer la patria potestad se debe determinar que la situación de discapacidad no sea producto de las barreras contextuales, es decir, no surjan debido a las diversidades funcionales, como ocurre en este caso que queda limitado a consideraciones médicas, psiquiátricas y psicológicas.

CONCLUSIÓN A CRITERIOS CRÍTICOS DEL CASO.

El modelo social de derechos humanos hace posible a las personas con discapacidad ejercer su derecho a la patria potestad, destacándose la guarda y custodia. Las medidas de apoyo no deben aplicarse para sustituir la adopción de decisiones en la crianza de la niña y menos de las personas con discapacidad que han manifestado su voluntad a favor de la convivencia familiar, si no se establece el mecanismo de apoyo familiar y social, por muchos argumentos expresados se mantiene el modelo médico de incapitación en la solución judicial del Amparo Directo 182/2018.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación marca en otra sentencia el intenso camino de evolución de la interdicción a la discapacidad social (Amparo Directo 4/2021), en donde se determina que el cese del estado jurídico de interdicción tiene como sustento el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de la persona con discapacidad, por lo que no puede condicionarse o supeditarse a que se mantenga un control de la condición de salud mental o psicológica de la persona siguiendo tratamientos médicos, ni es dable sin el consentimiento de estas personas, encomendar a sus sistemas de apoyo que coadyuve a dicho control, pues ello tiene implícita una asimilación de la capacidad jurídica con la capacidad mental.

En la jurisprudencia derivada del amparo directo 4/2021 (Tesis: 1a./J. 141/2022) se insiste que la capacidad jurídica plena de las personas mayores de edad con discapacidad es un atributo inherente a su condición humana y un derecho fundamental que no depende del estado de salud ni del control que tenga sobre éste, por tanto la autoridad judicial debe considerar la capacidad mental referida a la aptitud natural de la persona para discernir sobre los actos y las decisiones de su vida, para autodeterminarse conforme a su voluntad, capacidad natural que varía de una persona a otra, y que puede verse afectada por múltiples factores ambientales o sociales, inclusive manifestarse como una diversidad funcional limitante, y aunque la capacidad jurídica y el ejercicio de los derechos estén vinculados a la capacidad mental o intelectual en la medida en que ésta contribuye a la toma de decisiones, el reconocimiento de la capacidad jurídica no está condicionado o supeditado a que se tenga una determinada capacidad

natural para discernir y ejercer la propia autonomía de la voluntad, por ello se reitera que en garantía del acceso a la justicia y la seguridad jurídica del justiciable, se deben precisar todos los elementos antes señalados, de forma que se pueden adoptar medidas referidas a un control médico del estado de salud previo consentimiento de la persona con discapacidad en relación con los aspectos que requiera y desee ser auxiliado por sus personas de apoyo y no de sustitución de voluntad.

En el caso de la Ciudad de México, se destaca el decreto por el que se reforman diversos ordenamientos jurídicos, para su homologación con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 29 de noviembre de 2024, en donde se reforman e incorporan nuevos artículos al Libro Primero de las Personas en el Código Civil para rescatar la dignidad de las personas con discapacidad, conforme al modelo que establece la CDPD.

B. AMPARO EN REVISIÓN 162/2021.

HECHOS.

Los padres de un niño diagnosticado con síndrome de Down establecieron una solicitud de inscripción para que su hijo resultara admitido en clases ordinarias de natación a insistencia del menor. El Centro Deportivo sin embargo, negó la solicitud alegando que el niño se ajustaba más al grupo de clases adaptadas, que podría con ese entrenamiento competir en las “Olimpiadas especiales”, pero sus padres inconformes con la decisión de la Institución promovieron distintos Juicios, en uno de los Juzgados Federales en la resolución se determinó por el Juez de Distrito que la Institución no se oponía al derecho humano al deporte del niño, que sólo le estaba dando una opción más adecuada por la situación y características del menor a través de ajustes razonables.

¿Qué significan los ajustes razonables en este cambio paradigmático de la discapacidad inclusiva en el caso de un menor con una discapacidad mental? Los ajustes razonables son medidas que tratan de lograr la igualdad sustantiva de las personas con discapacidad para garantizar el

goce o ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, por lo que constituyen medidas individualizadas casuísticamente y sujetas a un criterio de proporcionalidad.

Los ajustes razonables son aquellas medidas de apoyo encaminadas a eliminar barreras en favor de las personas con discapacidad y consisten en modificaciones o adaptaciones al entorno, que además de ser necesarias y adecuadas, no deberán imponer una carga desproporcionada o indebida para el garante del derecho. Los ajustes razonables implican una respuesta personalizada a fin de que la persona con discapacidad pueda considerarse como las demás personas, para promover la igualdad en su entorno. Por otra parte, es importante que los ajustes razonables no sean sufragados como se pretendía por las personas con discapacidad, además la carga de la prueba no debe recaer en la persona vulnerable. En este caso, la solución o medida de apoyo que se brinda es posterior a la situación especial de la persona-niño- con discapacidad.

Aquí entra en juego el principio de accesibilidad, el Poder Judicial de la Federación ha establecido la distinción entre los ajustes razonables como medidas de apoyo frente a las medidas de accesibilidad propias del entorno inclusivo y social. Las medidas de accesibilidad son progresivas, las autoridades tienen la obligación de implementarlas sin necesidad de que sean solicitadas por alguna persona y buscan tener efectos generales, es decir, atender a las personas con discapacidad en general, por ejemplo, que practiquen el deporte de natación todas las personas incluyendo las personas con alguna discapacidad. La accesibilidad implica eliminar obstáculos y barreras para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, por ejemplo, al entorno físico.

MEDIDAS DE APOYO EN EL SISTEMA JURÍDICO FAMILIAR A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN MÉXICO.

Para establecer ajustes razonables y medidas de apoyo que partan de distintos principios derivados del modelo social y de derechos humanos de las personas con discapacidad deben cumplirse diferentes principios:

- El primer principio es la dignidad, consistente en el pleno respeto a las personas por el solo hecho de serlo, sin que una diversidad funcional pueda mermar o disminuir tal reconocimiento.
- El segundo es la accesibilidad universal, que se refiere a la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad en todos los ámbitos y servicios de su entorno social.
- El tercero es la transversalidad, entendida en el sentido de que el entendimiento de la discapacidad debe permear en todos los ámbitos de una sociedad, por lo que la discapacidad no debe ser vista como un aspecto aislado dentro de un contexto, sino que debe ser concebido en íntima relación con todas las facetas de su entorno.
- El cuarto es el diseño para todas las personas, que implica que las políticas sean incluyentes de forma que puedan ser utilizadas por la mayor cantidad de usuarios.
- El quinto principio implica el respeto a la diversidad, consistente en que las medidas en materia de discapacidad no pretenden negar las diferencias funcionales de las personas como fundamento de una sociedad plural.
- El sexto consiste en la eficacia horizontal en las cuestiones atinentes al respeto de las personas con discapacidad. Todo esto permite la eficacia de los ajustes razonables como forma de lograr la igualdad y no discriminación a fin de permitir la inclusión de las personas con discapacidad en el ámbito de la familia y su entorno social.

La sentencia que resolvió el Amparo en Revisión 162/2021 definió según se establece en el Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad (2022, p. 41) una metodología para que las personas juzgadoras pudieran dictar ajustes razonables, se considera a criterio de la autora que estas son medidas de ajustes procedimentales, por su importancia, se establecen en el sentido siguiente:

- Detectar y eliminar los obstáculos que afectan el goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad, a través del dialogo con las mismas.
- Evaluar la posibilidad de realizar el ajuste con perspectiva jurídica o material.
- Evaluar si el ajuste es pertinente o eficaz para garantizar el ejercicio del derecho de que se trate.
- Analizar si la modificación provoca una carga desproporcionada o indebida al obligado. Debe valorarse la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad.
- Vigilar que el ajuste razonable sea adecuado para lograr el objetivo de promover la igualdad y eliminar la discriminación en contra de las personas con discapacidad. Por ejemplo, revisar, caso por caso, costos financieros, recursos disponibles, los efectos de la modificación, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otras personas y los requisitos razonables de salud y seguridad.
- Asegurarse de que los costos no sean sufragados por las personas con discapacidad, en este sentido, cuidar que la carga de la prueba sobre la procedencia o no del ajuste recaiga sobre el obligado a adoptarlo, cuando aduzca que es desproporcionado o indebido.

VI. CONCLUSIONES.

El Derecho de Familia en México ha desarrollado un cambio paradigmático que lejos de convertirse en un derecho social se acerca aún más a la protección de las personas en el ámbito de todas las formas de familias y personas vinculadas a ellas en el ámbito humano y de respeto a su dignidad. El cambio que implica la eliminación de la incapacitación judicial a través de la incorporación de México a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, su sistema de leyes y principalmente el trabajo del Poder Judicial de la Federación ha permitido ir permeando

esta nueva forma de recuperación de la dignidad de la persona en casos de vulnerabilidad.

Falta mucho por realizar, ya que la reforma incorporada en 2024 al Código Civil de la Ciudad de México no es suficiente en el ámbito legislativo, académico, procesal y social para entender que las personas con discapacidad no pierden el ejercicio de la capacidad jurídica, por el contrario, son las barreras y los estereotipos de carácter patrimonialista que impuso esta forma jurídica de limitar la dignidad de estos seres humanos iguales a todos.

En el desarrollo de esta investigación hemos tratado de ir explicando cómo se introduce este cambio paradigmático a través de la discapacidad inclusiva, mediante las medidas de apoyo con sus distintas modalidades de ajustes razonables, ajustes procesales y la forma de control en la aplicación de las salvaguardias. Todo lo anterior con el estudio de casos donde se ha tratado de probar –objetivo considerado cumplido– la transformación que la constitucionalización del Derecho Civil a través del principio pro-persona ha permitido en nuestro sistema jurídico aportar soluciones que permitan a través de un sistema de apoyos garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

El estudio de casos ha sido fundamental para adentrarnos tanto en la evolución y transformación de la doctrina analítica con carácter transdisciplinar en un tema tan sensible y cada vez más preocupante en nuestra sociedad, cuando lo material se enfrenta a la dignidad y aparece la necesidad de la consolidación de la discapacidad social.

En el trabajo de investigación se ha valorado el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Discapacidad, desarrollado a través de la experiencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que nos ha permitido considerar tanto el procedimiento como los cambios paradigmáticos, en la aplicación de ajustes razonables y procedimentales, como la elaboración de sentencias en formato de lectura fácil que permite notificarlas de forma directa a la persona con discapacidad. En el análisis del Protocolo, se han considerado experiencias y disenso de otras, sin embargo, es un material muy importante para coincidir con la CDPD en las lagunas de los códigos civiles y

familiares, en cuanto a la necesidad del reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad.

La normativa sobre la CDPD a partir de sus artículos 1, 12, 13 y 23 ha sido fundamental en el trabajo, permitiendo desarrollar el método de doctrina analítica desde la perspectiva de los derechos humanos, considerando el artículo 2 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en cuanto al fortalecimiento de la dignidad de la persona y el ejercicio de su capacidad jurídica.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert (2012) *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen (2025) *Guía práctica sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

NACIONES UNIDAS (2006) *Observación General no. 9. Los derechos de los niños con discapacidad*, Comité de los Derechos del Niño, Ginebra.

OLIVA GÓMEZ, Eduardo (2022) *Derecho de Familias*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2022.

PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda (2014) “Análisis crítico y constructivo de la declaración del estado de interdicción” en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo y SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (Coords.) *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa*, México, Colegio de profesores de derecho civil, Facultad de Derecho UNAM.

PÉREZ FUENTES, Gisela María (2009), “Propuestas metodológicas para la investigación jurídica aplicada”. *Prolegómenos. Derechos y Valores* [en línea]. Vol. XII, núm. 24, (consulta: 19-08-2025). Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617269004.pdf>

PÉREZ FUENTES, Gisela María (2021) “La constitucionalización del derecho de familia. Ponderación de principios a través de un estudio de caso”.

En GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Edit.) *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*, UNAM, México.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2022) *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, México.

VÁSQUEZ ENCALADA, Alberto (2021) “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad” en VÁSQUEZ ENCALADA, Alberto (Coord.), *Manual sobre justicia y personas con discapacidad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 15 de abril de 2025.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Decreto por el que se reforman diversos ordenamientos jurídicos de la Ciudad de México, para su homologación con el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 29 de noviembre de 2024.

Ley General en materia de Humanidades, Ciencias, Tecnologías e Innovación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de mayo de 2023.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011, última reforma publicada el 14 de junio de 2024.

JURISPRUDENCIA

Amparo Directo 182/2018

Amparo directo 4/2021.

Amparo Directo en Revisión 3859/2014

Amparo Directo en Revisión 44/2018.

Amparo en Revisión 1082/2019

Amparo en Revisión 159/2013

Amparo en revisión 162/2021

Amparo en Revisión 35/2021

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 141/2022, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, libro 20, diciembre de 2022, tomo I, p. 989.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 144/2022, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 20, Tomo I, diciembre de 2022, p. 995.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 191/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIII, mayo de 2006, p. 167.

Tesis de jurisprudencia: XIX.10. J/7, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, p. 2000.

Tesis: 1a. CCCXLI/2013, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, p. 531.

Tesis: I.30.C.423 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 75, febrero de 2020, tomo III, p. 2366.

Tesis: I.50.C. J/11, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, marzo de 2011, p. 2133.

PARTE IV
DESAFÍOS FAMILIARES CONTEMPORÁNEOS

CONTROL PARENTAL EN CIUDADES INTELIGENTES: RETOS PARA EL DERECHO DE FAMILIA

Karla Cantoral Domínguez*

RESUMEN

En el derecho de familia se debe considerar el desafío que tiene el uso de internet y las redes sociales, en cuanto a los padres y sus acciones con respecto a los hijos, toda vez que las personas tienen derecho a la protección de su vida privada e intimidad, especialmente cuando se conforma la identidad digital de los menores en el ciberespacio derivado de las publicaciones que de su imagen y datos personales realizan los padres. En el presente trabajo, se analizará desde el derecho comparado, la forma en que el control parental coadyuva en las ciudades inteligentes para el ejercicio de la patria potestad, para garantizar el interés superior de la infancia y sus derechos fundamentales en espacios digitales.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad el derecho de familia tiene que sincronizarse conforme al progreso científico y tecnológico, es el caso de las relaciones paternofiliales a través del uso de dispositivos inteligentes, en el que tanto

* Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, pertenece al Cuerpo Académico Consolidado "Estudios de Derecho Civil". Investigadora Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación. Desde 2017 es miembro regular a la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico karlacantoral@gmail.com.

padres como hijos son nativos digitales – nacidos a finales de los noventa – y están inmersos en el uso de las redes sociales.

En el entorno digital, las personas son titulares de derechos humanos y fundamentales, por lo que su contenido sigue siendo el mismo que en la vida real, en el caso de niñas, niños y adolescentes debe atenderse a su interés superior en caso de intromisión en su vida privada, este argumento se sostiene conforme a los principios de la constitucionalización del derecho civil y de familia, contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a través de los cuales la prioridad es la tutela de la dignidad de la persona.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar desde el derecho comparado, cómo se ha utilizado el control parental en las ciudades inteligentes en el nuevo derecho de familia, para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando se publica información relativa a su imagen y datos personales en las redes sociales.

En nuestros días, el uso de las redes sociales en las ciudades inteligentes, es un hábito que realizan tanto padres como hijos, por lo que debe promoverse un uso responsable de las plataformas y la información que se comparte, a efectos de prevenir consecuencias jurídicas que afecten el libre desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes que están en formación y que no tienen la madurez suficiente para darse cuenta de los daños que se les pueden causar, tales como ciberacoso, pornografía infantil, suplantación de identidad, entre otros.

II. CONTROL PARENTAL EN EL DERECHO DE FAMILIA: UNA MODALIDAD DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA.

El control parental (Ministerio de Juventud e Infancia, 2024) es una herramienta que permite a los padres y tutores realizar ajustes en cuanto a servicios, aplicaciones, sistemas operativos y dispositivos que son usados por menores de edad, así como en aplicaciones específicas en el entorno digital, algunas de las funciones que pueden habilitarse son:

- Filtrado de contenidos: que consiste en limitar la exposición a contenidos como publicidad engañosa, de carácter sexual, violento o dañino para los menores.
- Control del tiempo de uso: a través de la creación de alertas se puede impedir que los menores continúen navegando a partir de determinada hora.
- Seguimiento de la actividad: se generan informes con el historial de navegación, búsquedas o reproducción multimedia.
- Geolocalización: determina la posición actual y el recorrido anterior del dispositivo del menor.

Para garantizar un adecuado desarrollo en la infancia, debe mantenerse un equilibrio entre el control parental y la privacidad de los menores, toda vez que si se produce un control excesivo se pueden generar conductas negativas entre padres e hijos. El internet permite a los menores estudiar, divertirse, crear y socializar, de ahí que el papel que juegan los padres en la familia es fundamental para procurar un libre desarrollo de la personalidad de los hijos en un entorno digital saludable que garantice su seguridad y bienestar.

En las ciudades inteligentes, el uso de los datos personales es algo cotidiano, de ahí que las familias deben utilizar herramientas que les permitan proteger a sus menores en el entorno digital, como es el caso del control parental, lo que no sustituye la alfabetización digital que niñas, niños y adolescentes deben tener en el seno familiar para una adecuada protección de datos personales, vida privada e intimidad.

En el derecho comparado, es oportuno destacar las reglas básicas para un acompañamiento eficaz en la familia, que emitió en España el comité de personas expertas para el desarrollo de un entorno digital para la juventud y la infancia (2024):

- Los progenitores deben tener nociones básicas del mundo tecnológico para poder acompañar de manera adecuada a sus hijos e hijas.

- Se deben fijar normas y límites adecuados a la edad, madurez y personalidad de hijas e hijos, con respecto al uso de la tecnología, acorde a cada situación personal y familiar en específico, la comunicación es primordial para que los progenitores sepan cómo sienten, piensan y reaccionan sus hijos.
- Debe promoverse una comunicación abierta, clara y empática en el seno familiar, para prevenir conductas de riesgo a través de la escucha activa, para que se genere un clima de confianza en el hogar y se facilite que los infantes acudan a sus padres cuando tengan algún problema de cualquier tipo, incluso tecnológico.
- En el entorno familiar, los padres deben promover normas y principios que aseguren un comportamiento respetuoso, responsable y ético en el entorno digital, por ejemplo: respetar a las demás personas, comportarte con honestidad, no difundir información falsa y ser transparente con las intenciones y la propia identidad, proteger la privacidad, usar un lenguaje adecuado que no sea vulgar o discriminatorio, ser responsable con los contenidos que se comparten.

Es una realidad el impacto que el entorno digital tiene en la salud, tanto física, como mental, sexual, reproductiva, así como en el neurodesarrollo y el desarrollo psicoafectivo, por tal razón los progenitores deben procurar una alfabetización digital informada para sus hijos, a efectos de que puedan tener un adecuado desarrollo.

Otra problemática que debe tomarse en cuenta es que los servicios digitales están diseñados para que la identidad de los menores, su perfil y contacto estén accesibles, lo que los expone a situaciones de riesgo como el ciberacoso, grooming, sexting o suplantación de identidad, cuyas consecuencias pueden ser irreparables.

Una propuesta de solución en el derecho español ha sido a través de la mediación parental, mediante la cual se construyen estrategias para que los padres puedan proteger a sus menores hijos en internet, a través de la supervisión, acompañamiento y orientación, pero también mediante la

imposición de límites y controles parentales, así lo ha planteado el Instituto Nacional de Ciberseguridad.

Como refiere Lisandra Suárez Fernández (2022, pp. 1076-1097) es imprescindible trazar estrategias que permitan la plena participación de niñas, niños y adolescentes en el espacio digital, que respondan a la nueva concepción del menor en el sector doctrinal, legislativo y jurisprudencial, como un ser humano titular de capacidad y personalidad jurídicas, que lo colocan en una posición de sujeto activo frente a la colectividad.

En el sistema jurídico mexicano, constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución y tratados internacionales que ha permitido resolver al Poder Judicial de la Federación situaciones en que se busca privilegiar el interés superior de la niñez ante el contexto familiar en que se desarrolla la persona (Tesis: I.50.C. J/11, T.C.C). El centro de la familia en cualquiera de sus manifestaciones de solidaridad y amor es la protección de la infancia, en donde se les considera como personas en progresividad con derechos fundamentales que pueden ejercer por ellos, los padres o tutores.

En coincidencia con la profesora Pérez Fuentes (2022, pp. 231-255), en la protección del interés superior de la niñez, el cuidado y educación de los hijos debe priorizarse por encima de las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) reconoce a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos conforme a los principios de universalidad y progresividad, de forma que se garantice un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos.

La institución del derecho de familia que tradicionalmente ha desarrollado las bases para la protección del infante es la patria potestad, entendida como aquella figura jurídica destinada a establecer el conjunto de deberes, obligaciones, responsabilidades y facultades que, por una parte le corresponden a los progenitores con relación a sus hijos que aún no han cumplido los dieciocho años, que tiene como fin primordial su cuidado, educación y protección del desarrollo integral, tanto en los aspectos físicos, psicológicos, sociales y personales, así como lo relativo al patrimonio

y representación legal que corresponda. Todo lo anterior en un ambiente de armonía, respeto, amor y convicción, libre de violencia, en apego a una plena equidad de género, atendiendo al interés superior de la niñez y la protección de los derechos humanos (Oliva Gómez, 2022, p. 531).

Existe una distinción doctrinal entre patria potestad y lo que algunos autores han denominado responsabilidad parental, que está presente en las relaciones paterno – filiales. La responsabilidad parental implica en nuestros días, un conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño o la niña que incluyen: protección de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar de las personas que por determinadas razones son vulnerables en la integración del grupo familiar (Espejo Yaksic, Nicolás, 2023, p. 6). La responsabilidad parental es una variable de evaluación para todas las figuras que giran en torno a la niñez en cuanto al cuidado que debe tenerse en el libre desarrollo de la personalidad del menor y sus derechos fundamentales.

En el derecho comparado, encontramos en el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, expedido el 8 de noviembre de 2006, que la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad, es decir, se considera la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de niñas, niños y adolescentes durante su proceso de formación. Es preciso distinguir que en la era de las ciudades inteligentes y el progreso tecnológico, el control parental coadyuva a la responsabilidad parental a efectos del libre desarrollo de la personalidad de los menores, por tanto, el control parental es una modalidad de protección a la infancia en el entorno digital, que permite prevenir violaciones a derechos fundamentales en el ciberespacio, como la privacidad, intimidad, protección de datos personales y situaciones que generen algún tipo de discriminación o violencia.

Encontrar el punto medio entre el uso de la herramienta de control parental como parte del ejercicio de la patria potestad a través de la responsabilidad parental, el respeto a los derechos fundamentales del menor y su autodeterminación en base a la capacidad progresiva, es uno de los desafíos

en el derecho de familia, toda vez que los padres tienen la responsabilidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos.

III. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEGER LA PRIVACIDAD DE LOS INFANTES EN LAS CIUDADES INTELIGENTES.

En México, se reconoce en el artículo 6º de la Constitución como un derecho fundamental el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Este derecho le corresponde también a niñas, niños y adolescentes, así se ha establecido en las leyes especiales, como es el caso de la ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, cuya última reforma fue publicada el 24 de diciembre de 2024, al respecto se transcribe el artículo 101 bis:

“...Artículo 101 Bis. Niñas, niños y adolescentes gozan del derecho de acceso universal a las Tecnologías de la Información y Comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión...”

Además de la responsabilidad parental que deben observar los progenitores en el entorno familiar y digital, debemos considerar la obligación del Estado mexicano en cuanto a garantizar el acceso y uso seguro del internet, mediante la promoción de políticas de prevención, atención y sanción del ciberacoso y de todas las formas de violencia que generen daños a la intimidad, privacidad, seguridad y/o dignidad de los infantes mediante el uso de las tecnologías de información, por ello es imprescindible atender esta problemática desde un enfoque multidisciplinar que tutele los derechos de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital, toda vez que se debe desarrollar un mecanismo que asegure durante su formación un uso seguro, saludable y responsable de las tecnologías.

Una de las acciones que ha realizado México para la protección de los infantes, ha sido la expedición de la ley en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de julio

de 2025, en la que considera en su artículo 219, que a efecto de promover el libre desarrollo armónico e integral de niñas, niños y adolescentes, así como contribuir al cumplimiento de los objetivos educativos planteados en el artículo 30. de la Constitución y otros ordenamientos legales, la programación radiodifundida dirigida a este sector de la población deberá entre otras acciones: evitar transmisiones contrarias a los principios de paz, no discriminación y de respeto a la dignidad de todas las personas; evitar contenidos que estimulen o hagan apología de la violencia; informar y orientar sobre los derechos de la infancia; promover la tolerancia y el respeto a la diversidad de opiniones.

En el artículo 240 de la ley mencionada, se prevé que en la publicidad destinada al público infantil no se permitirán conductas tales como: promover o mostrar conductas ilegales, violentas o que pongan en riesgo su vida o integridad física, ya sea mediante personajes reales o animados; mostrar o promover conductas o productos que atenten contra su salud física o emocional; presentar, promover o incitar conductas de acoso e intimidación escolar que puedan generar abuso sexual o de cualquier tipo, lesiones, robo, entre otras.

Como ha sostenido el profesor Eduardo Oliva, no debemos olvidar que en el derecho de familia la relación entre padres e hijos tiene como primer y esencial fundamento, un origen natural que vincula de manera personal, social, moral y emocionalmente, que surge por la calidad que existe entre dos personas, sin importar cuál haya sido el medio por el que se logró tal condición (2022, pp. 531-532). De ahí que, en el entorno familiar, los progenitores deben educar a sus hijas e hijos para que conozcan los riesgos que el uso de las tecnologías puede traer a su privacidad y seguridad, e informarles que es necesario tomar medidas preventivas como el uso del control parental, a efectos de que no sea excesiva la restricción que se le imponga al momento de utilizar internet.

En la observación general número 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, explicó la forma en que los países deben aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en

relación con el entorno digital, a partir de cuatro principios: no discriminación, interés superior de la infancia; derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; y respeto a las opiniones de la niña, niño o adolescente.

Además, se debe considerar la constante evolución de los niños y de su nivel de autonomía, así como su grado de competencia y comprensión, que se desarrolla de forma desigual en cada caso porque cada infante es distinto, de ahí que los Estados tienen la obligación de prestar la asistencia adecuada a los padres y cuidadores en el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los niños, para que adquieran conocimientos digitales y sean conscientes de los riesgos que corren los menores, a fin de ayudarles a hacer efectivos sus derechos, incluido el de protección en el entorno digital.

Recordemos que niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derecho con capacidad jurídica y en las ciudades inteligentes, los datos personales de los menores se utilizan para ofrecer servicios educativos, de salud, entre otros, además la publicación de sus datos personales en entornos digitales puede contener información sobre su identidad, ubicación, emociones, salud y otros datos biométricos que permitan identificar al infante, lo que da lugar a intromisiones ilegítimas en la vida privada. Por tal motivo, es importante recabar el consentimiento previo e informado de quienes ejercen la patria potestad o tutela de los menores, así como recoger la opinión de niñas, niños o adolescentes cuando sea posible, a efectos de que se puedan procesar sus datos personales en los entornos digitales, lo anterior a efectos de que se tutelen sus derechos fundamentales.

Por otra parte, como se indica en la observancia general 25 (2021), toda vigilancia digital de los niños, junto con cualquier procesamiento automatizado de datos personales conexo, debe respetar el derecho del niño a la privacidad y no debe realizarse de forma rutinaria, indiscriminada o sin su conocimiento, además, en el caso de niños de corta edad se debe tomar en cuenta el medio menos intrusivo para su privacidad.

Cada menor se desarrolla de forma distinta a pesar de que tengan la misma edad, no obstante, a efectos de promover un plan digital familiar, la Agencia Española de Protección de Datos (2023), emitió un catálogo de recomendaciones por edad, de cero a seis años; de siete a doce años y de

trece a dieciséis años, a efectos de que los progenitores puedan conocer las ventajas y disminuir los riesgos que impactan sobre la salud y bienestar de sus hijos cuando se realiza un buen uso de los medios digitales.

Además, como refiere el Comité de los Derechos del Niño, las medidas adoptadas para incrementar la inclusión digital deben equilibrarse con la necesidad de proteger a los niños cuando los padres y otros familiares o cuidadores, puedan ponerlos en peligro.

Otra política pública que debe destacarse es la que se aprobó en 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible (ONU, 2015, párr. 2) con el propósito de tomar medidas para reconducir al mundo por el camino de la sostenibilidad y la resiliencia. En dicha asamblea se reconoció que la gestión y el desarrollo sostenible del medio urbano son fundamentales para la calidad de vida, por lo que se estableció el compromiso de trabajar con las autoridades y comunidades locales para renovar y planificar las ciudades y asentamientos humanos con miras a fomentar la cohesión comunitaria y seguridad de las personas, estimular la innovación y el empleo (ONU, 2015, párr. 34), esta política pública se vincula con la protección de los derechos de la infancia, toda vez que se plantearon 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a efectos de adoptarlos en los siguientes quince años, de los cuales se destaca el objetivo 11, relativo a “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles” y en este objetivo los derechos de la infancia son prioritarios, toda vez que son usuarios de los servicios que se brindan en las ciudades inteligentes.

El término de smart cities está vinculado con los conceptos de sostenibilidad, eficiencia, participación, innovación, gobernanza e inclusión social. Recordemos que las ciudades se conforman por personas (familias – monoparentales, homoparentales – trabajadores, estudiantes, niños, etcétera), negocios, edificios, infraestructuras, en donde los seres humanos son usuarios de múltiples servicios públicos que brindan los ayuntamientos o autoridades municipales, los cuales consisten de forma enunciativa en limpieza de calles, transporte público, seguridad, servicios de salud y educación, por tanto la eficiencia en la prestación del servicio está vincu-

lado al desarrollo. Las tecnologías de información y comunicación pueden contribuir a mejorar la calidad y eficiencia de la gestión de los recursos y de la provisión de servicios, sin embargo, para abordar los problemas de las ciudades desde una perspectiva integral, es necesario considerar la planificación, gestión, regulación, percepción y comportamiento del ciudadano, incluidos los menores, quienes serán protagonistas de todas las iniciativas que se implementen (Ontiveros, Vizcaíno & López Savater, 2016).

En México el derecho a las ciudades inteligentes se fundamenta a través de los artículos 1º, 4º, 6º y 25 de la Constitución Federal, toda vez que se tutela la protección más amplia a la persona en cuanto a su dignidad y derechos fundamentales como la salud, vivienda, educación, identidad, medio ambiente, movilidad, información, protección de datos personales y telecomunicaciones; además existe la responsabilidad del Estado para contribuir al desarrollo y bienestar de las personas, grupos, comunidades y sectores sociales y económicos, mediante la libertad de competencia económica. Es así como el texto constitucional refiere expresamente que las autoridades de todos los órdenes de gobierno deberán implementar políticas públicas de simplificación administrativa y digitalización de trámites y servicios, buenas prácticas regulatorias, desarrollo y fortalecimiento de capacidades tecnológicas públicas, entre los que se encuentra de forma transversal la protección de los derechos de la infancia. Se deben aplicar estas políticas públicas para proteger los derechos de este grupo vulnerable en el entorno digital y poder avanzar hacia el desarrollo sostenible que garantice la dignidad de niñas, niños y adolescentes con bienestar y seguridad.

IV. DERECHO A LA IMAGEN DE INFANTES PUBLICADAS EN REDES SOCIALES POR PARTE DE LOS PADRES: *SHARENTING*.

Otro elemento que debe considerarse es la afectación a los derechos a la imagen de niñas, niños y adolescentes cuando sus propios padres publican sus fotografías en las redes sociales, a este fenómeno se le conoce como *sharenting*, es cuando se comparte información sobre los hijos en línea sin implicarlos en esa decisión, fuera del círculo familiar, el cual puede ser subir una foto a las redes sociales o enviar un video a través de una aplicación de mensajería instantánea.

Como refiere Lisandra Suárez, los padres no siempre cumplen con el deber de proteger la identidad digital de sus hijos, puesto que aseguran tener el derecho de publicar información de sus hijos a través de un ejercicio abusivo de la patria potestad (2022, p. 1090). Esta conducta está relacionada con el desconocimiento de los padres de las consecuencias que tiene hacia sus hijos, especialmente cuando dicha información de los menores es utilizada por terceros para otros fines y afecta su sano desarrollo, de ahí que sea necesario establecer límites en cuanto al ejercicio del control parental y el respeto de los derechos fundamentales de los menores.

La Corte Constitucional de Colombia, en el expediente T-8.545.968 resuelto el primero de julio de 2022, sostiene que el *sharenting* consiste en la acción de los padres de compartir información pormenorizada de sus hijos en internet por medio de las redes sociales. La expresión se conforma por la unión de dos palabras: “share” (compartir) y “parenting” (crianza, paternidad) y se define como la práctica de un padre/madre que regularmente usa las redes sociales para publicar y comunicar información detallada sobre su hijo/a.

El *sharenting* es la exposición en redes sociales de todo tipo de información personal de niñas, niños y adolescentes, especialmente fotografías y videos por parte de sus progenitores, quiénes van conformando la identidad digital de sus hijos, a partir de la información que publican en el entorno digital (Cebrián Beltrán, 2023, pp. 1-21).

Debe tomarse en cuenta que las imágenes de los infantes constituyen un dato personal, por tal motivo, en el derecho comparado, la Agencia Española de Protección de Datos ha emitido algunos consejos para los padres cuando van a publicar fotografías o videos de sus hijos en redes sociales, destacándose: es obligación de los padres cuidar la imagen e intimidad de sus menores hijos, toda vez que sus derechos deben tutelarse de forma especial; es posible que en caso de que los padres ya no formen pareja, el *sharenting* sea causa de conflicto; en ocasiones, los padres pueden no ser conscientes de la rapidez con que se difunden las fotografías de sus hijos en redes sociales; una vez que se comparten imágenes en redes sociales, otras personas presumen que pueden compartir las publicaciones y deja

de estar en un ámbito privado, lo que puede llegar a afectar la seguridad e intimidad en el entorno familiar.

El *sharenting* puede tener consecuencias negativas para los infantes y afectar la percepción que tienen de su propia imagen (Cebria Beltrán, 2023, p. 18), de ahí que, es prioritario que los propios padres enseñen a sus hijos a hacer uso equilibrado y responsable de los dispositivos, a partir de la alfabetización digital, a efectos de que sean conscientes de los peligros a los que se exponen en el ciberespacio.

En julio de 2025, el Tribunal Supremo Español afirmó que el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en internet no significa de manera más absoluta que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de lugar público, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a sus derechos. El titular del derecho debe autorizar el acto concreto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga, ya que la autorización de una publicación no se extiende a otras, ni a otros posibles destinatarios, es decir, que no puede considerarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente al momento de hacer una publicación en una red social (STS 3613/2025).

V. ESTUDIO DE CASO EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS INFANTES EN LAS REDES SOCIALES.

A. SENTENCIA T-245A/22 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

ANTECEDENTES.

Una persona de sexo masculino, en representación de su menor hijo de 10 años de edad, presentó una solicitud de tutela en contra de la madre del niño, porque la demandada publicó en sus redes sociales unas imágenes en las que aparece con su hijo y además se encuentran asociadas a una plataforma de contenido para adultos, por lo que afecta los derechos

fundamentales del menor, en cuanto a su intimidad, buen nombre y libre desarrollo de la personalidad.

Entre los antecedentes del caso, se destaca que los progenitores del menor se separaron en el año 2020, y acordaron que la custodia y el cuidado del menor estaría a cargo del padre, los gastos escolares serían asumidos de forma compartida por ambos padres y la madre aportaría una suma económica mensual para la manutención del hijo.

La madre del menor se desempeña como modelo de fotografías para adultos en la plataforma de OnlyFans y comparte algunas piezas de ese contenido en sus redes sociales de Instagram y Tiktok.

El padre del niño solicitó que se ordene a la madre que retire y elimine de sus redes sociales o plataformas digitales cualquier imagen, video o contenido en el que se observe o mencione al niño y que tenga en cuenta los deseos de su hijo acerca de no querer participar en ninguna actividad que implique que su imagen sea subida a las redes sociales.

En primera instancia, se declaró improcedente la acción intentada, por considerar que el conflicto podía dirimirse de otra forma, a través de los mecanismos ordinarios para cuestiones familiares.

El padre impugnó la resolución, y la Sala determinó que, si se acreditaba la legitimación por pasiva, toda vez que el niño se encuentra en un grado de indefensión frente a las supuestas actuaciones de su madre.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL CASO.

Para resolver este caso, se analizaron los siguientes temas: los derechos de niños y niñas en el ordenamiento jurídico; la manipulación parental y la violencia vicaria como formas de violencia psicológica hacia los menores; la afectación del derecho a la intimidad familiar derivado de la manipulación de información sensible expuesta en espacios semipúblicos; y el derecho a la imagen de niñas y niños y el deber parental de protección de sus datos en relación con el *sharenting*.

A efectos de este trabajo, se analizarán los criterios adoptados por el Tribunal de Colombia en cuanto a la imagen del menor y el *sharenting* que realiza la madre. La Corte precisó que las redes sociales implican un riesgo mayor para el derecho a la intimidad y aunque la libertad de expresión goza de cierto carácter prevalente, ello no significa que no tenga límites cuando se trata de garantizar la intimidad de las personas en su ámbito individual o familiar.

En cuanto al derecho a la imagen de niñas y niños, la Corte Constitucional de Colombia, sostuvo que para la exposición de sus imágenes se requiere el consentimiento de los menores, deber que recae en los padres, por lo que sería desproporcionado exigirles que para realizar la exposición de la imagen de sus hijos en una red social propia deban contar con su consentimiento libre, previo y expreso en todos los casos, ya que puede inferirse que lo hacen a partir del cumplimiento de las obligaciones derivadas de su rol de garantes, cuidadores y protectores de sus derechos y no con la intención de afectar su dignidad ni sus garantías fundamentales.

La práctica del *sharenting* puede implicar una sobreexposición de la imagen de los hijos menores de edad en redes sociales, pues se documentan aspectos como sus primeros pasos, las primeras palabras, su lugar de residencia o estudio, incluso en muchos casos, se comparte información antes del nacimiento de los hijos al subir imágenes del embarazo. Esta actividad va dejando una huella digital que puede ser accesible a terceras personas, por lo que niñas y niños pueden ser expuestos a los riesgos y amenazas que surgen en el entorno digital, entre otros, pornografía infantil, ciberacoso, suplantación de identidad.

Aquí se plantea la interrogante, en cuanto al derecho de los padres a manejar la identidad digital de sus hijos, o si constituye un ejercicio extralimitado de la patria potestad, aquí subrayamos la importancia de la responsabilidad parental, para asegurar que los padres garanticen los derechos fundamentales de sus hijos en los entornos digitales.

En el asunto a estudio, la Sala concluyó que no se afectaban los derechos del menor con las actuaciones de la madre, toda vez que no se aportó alguna prueba que demostrara que ejerció de forma desproporcionada su

derecho a la libertad de expresión o que haya realizado acciones que desconozcan la libre opinión del niño, por tanto se consideró que la proyección de la imagen del niño en las redes sociales de la madre corresponde con una manifestación propia de amor y cariño, toda vez que lo hizo a partir del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de su rol como madre y no con la intención de afectar su dignidad.

Lo que si se ordenó a la madre es que antes de realizar una publicación que involucre a su hijo, debe valorar los riesgos y amenazas que se generan con la exposición de su imagen en las redes sociales que utiliza, en virtud de su responsabilidad parental.

B. SENTENCIA CA 2193/2022 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, ESPAÑA.

El padre de una menor promovió un juicio por protección del derecho al honor en contra de una amiga de la madre, que es expareja suya, por haber publicado fotos en sus redes sociales, bajo el argumento de que la decisión de colgar una foto de los hijos en una red social es facultad de la patria potestad, que en la mayoría de los casos corresponde a ambos progenitores.

La juzgadora consideró que la demandada no cometió intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la menor, al contar con la autorización de la madre. En la resolución se analizó el derecho a la imagen en los siguientes términos:

“...La intimidad y la propia imagen, junto con la protección de datos son derechos que se encuentran sumamente interconectados, y afectan a una esfera del individuo que ha de ser respetada, llegando a hablar la doctrina de la “identidad digital” de forma que el derecho a la imagen quedaría integrado, igual que las conversaciones privadas, correspondencia, secreto de las comunicaciones, etc., en el derecho a la vida privada. Y es que el reconocimiento a una vida privada abarca la protección frente a las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en el ámbito reservado de la misma, sea cual sea el tipo de intromisión ilegítima de que se trate y el medio a través del que se produzca, incluida la posibilidad de

control sobre la imagen y los datos identificadores de la persona. Podría concluirse que el derecho a la propia imagen en privado es inequívocamente parte del derecho a la intimidad.

De esta forma el derecho a la intimidad y a la imagen enmarcados en ese concepto genérico de intimidad tienden a la necesidad de otorgar al individuo las facultades necesarias para crear o mantener condiciones mínimas para que el desarrollo de la libertad y de la dignidad sea efectivo y que conlleva la facultad de toda persona para decidir sobre la potestad de control, de lo que afecta al individuo sobre su ámbito más reservado, como sobre la captación o reproducción de su imagen física, su voz, su nombre, su aspecto, etc....”

En el caso a estudio, se determinó que las fotografías publicadas no revisten ningún perjuicio para la menor, ni por las personas que decidieron su inclusión, ni por el contexto en que se publicaron, puesto que se trata de compartir determinados momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana de la menor con personas muy allegadas a ella, sin mayor trascendencia.

Además, la publicación la realizó una persona allegada a la madre, quien dio su pleno consentimiento para la misma. A pesar de que el padre no dio su consentimiento, se advierte que no hubo algún daño o perjuicio para la menor, no obstante, una vez iniciado el juicio la demandada eliminó las fotografías de sus perfiles de redes sociales.

Finalmente, se deben considerar los distintos escenarios en función de la configuración del espacio en internet, esto es, si el espacio únicamente facilita acceso a usuarios autorizados y quiénes son estos o, si, por el contrario, el espacio se encuentra abierto al público y que la prestación del consentimiento es requisito indispensable para la protección de datos personales.

VI. CONCLUSIONES.

Ante los conflictos de pareja, los niños no deben utilizarse como instrumento o cosificarlos, por ello el derecho español propone la mediación parental a efectos de proteger los derechos a la imagen e intimidad de los

menores en redes sociales, especialmente cuando son los progenitores quienes realizan tales publicaciones.

Las implicaciones jurídicas que tiene la creación de una identidad digital para los menores pueden ser tanto positivas como negativas, especialmente cuando alcanzan una edad y madurez que les permite decidir, por ello, se deben diseñar estrategias para que los progenitores puedan proteger a sus hijos en internet, a través de la supervisión, acompañamiento y orientación, pero también mediante la imposición de límites y controles parentales.

En las ciudades inteligentes, el control parental es una modalidad de protección a la infancia en el entorno digital, que permite prevenir violaciones a derechos fundamentales como la imagen y los datos personales en el ciberespacio y se puedan evitar conductas que generen algún tipo de discriminación o violencia. Encontrar el punto medio entre el control parental como parte del ejercicio de la patria potestad a través de la responsabilidad parental, el respeto a los derechos del menor y su autodeterminación en base a la capacidad progresiva es un desafío en el derecho de familia, toda vez que los padres tienen la responsabilidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos, sin olvidar la corresponsabilidad que tiene el Estado a través del diseño y ejecución de políticas públicas orientadas a tutelar el interés superior de la infancia en cualquier ámbito, inclusive el digital.

Los progenitores tienen la patria potestad de sus hijos, sin embargo, cuando realizan publicaciones en redes sociales, deben atender a sus funciones como padres y garantizar la protección de los derechos fundamentales de sus menores, toda vez que ellos son los primeros que deben evitar daños a estas personas vulnerables por el uso inadecuado en el entorno digital.

En el derecho de familia contemporáneo, los padres deben tomar en consideración que antes de hacer una publicación que involucre datos de sus hijos en redes sociales, ponderen su interés superior y su dignidad frente a los peligros que conlleva la exposición de sus datos en internet, además es prioritario que se valore la opinión de niñas, niños y adolescentes, atendiendo su edad y madurez.

REFERENCIAS

- Agencia Española de Protección de Datos (2023) *Decálogo de principios. Verificación de edad y protección de personas menores de edad ante contenidos inadecuados*, España.
- CEBRIA BELTRÁN, Selena (2023) “Sharenting: nuevo reto para el derecho a la imagen y a la protección de datos de la infancia y la adolescencia” en *Lex Social, revista de derechos sociales*, vol. 13, no. 2.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2023), “Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental” en ESPEJO YAKSIC, Nicolás (Editor), *La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, México, 2ª edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, Ed. Tirant lo Blanch.
- Ministerio de Juventud e Infancia (2024), *Informe del comité de personas expertas para el desarrollo de un entorno digital para la juventud y la infancia, reglas básicas para un acompañamiento eficaz en la familia*, España.
- OLIVA GÓMEZ, Eduardo (2022) *Derecho de Familias*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2022.
- ONTIVEROS, Emilio; VIZCAÍNO, Diego y LÓPEZ SABATER, Verónica (2016), *Las ciudades del futuro: inteligentes, digitales y sostenibles*, Ed. Ariel – Fundación Telefónica, Madrid.
- PÉREZ FUENTES, Gisela (2022) “Adopción”, en TREVIÑO FERNÁNDEZ, Sofía e IBARRA OLGUÍN, Ana María (Edit.) *Curso de derecho y familia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación – Ed. Tirant lo Blanch.
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, Lisandra (2022) “La responsabilidad parental en los entornos digitales. Necesario equilibrio entre acceso, control y seguridad” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 17 bis.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 15 de abril de 2025.

Ley en Materia de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de julio de 2025.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, cuya última reforma fue publicada el 24 de diciembre de 2024.

JURISPRUDENCIA

Sentencia CA 2193/2022, Audiencia Provincial, Jerez de la Frontera, 27 de septiembre de 2022.

Sentencia T-245A/22 de la Corte Constitucional de Colombia, 1º de julio de 2022.

STS3613/2025, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, 10 de julio de 2025.

Tesis: I.50.C. J/11, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, marzo de 2011, p. 2133.

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención sobre los Derechos del Niño (1989) adoptada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas (2021), *Observación general número 25*, Comité de los Derechos del Niño.

LA VIOLENCIA, FENÓMENO SOCIAL QUE ATENTA CONTRA LAS FAMILIAS

Francisco Xavier García Jiménez*

Ladislao Adrián Reyes Barragán**

RESUMEN

La violencia es uno de los grandes males de la humanidad. A pesar de muchos esfuerzos para eliminar la violencia de nuestras vidas, la violencia continúa existiendo en diversas formas en la vida diaria de las personas.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, ha sido profesor de licenciatura, especialidad, maestría y doctorado desde 1992 en diversas escuelas institutos y universidades nacionales y extranjeras. Se ha desempeñado en la administración pública y en el área privada ocupando puestos de dirección; actualmente es Profesor investigador de tiempo completo en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y asesor jurídico en el Congreso de la Unión de México. ORCID 0009-0007-9490-2994. Correo electrónico drfxgj63@gmail.com

** Investigador de tiempo completo en Derecho Penal, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Profesor-investigador de la Universidad de Quintana Roo en el año de 2003. Realizó sus estudios de licenciatura en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. También es egresado de la misma institución de la Maestría en Política Criminal y Doctor con la tesis titulada: “La Administración de Justicia de Menores como control en México: el Consejo de Menores”, con mención honorífica, por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Administración Pública, UNAM. Tesis premiada por la Suprema Corte Justicia de la Nación como uno de los mejores trabajos en 2004. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT y al Programa de Mejoramiento Profesional. ORCID 0000-0002-8335-380X Correo electrónico ladislao.reyes@uaem.mx

Los avances tecnológicos han potenciado formas más crueles de violencia contra la humanidad. La guerra es, y sigue siendo, el acto de violencia más brutal para la humanidad. Las naciones se enfrentan entre sí para mantener el poder, defender o expandir territorio e incluso pueden iniciar guerras, utilizando tecnologías cada vez más inhumanas para aumentar la riqueza. Otra razón para la guerra es proteger los derechos, ya sea exigiendo su reconocimiento o ejerciendo la libertad. A través del estudio de la violencia, es posible comprender sus aspectos, confirmar su ubicuidad y tomar medidas para prevenir o erradicar la violencia como forma de comportamiento humano. Por esta razón, se sostiene que todas las personas experimentan alguna forma de violencia en sus familias, lugares de trabajo, escuelas y entornos sociales. Adicionalmente, es necesario analizar los diferentes tipos de violencia que se pueden presentar, como la física, emocional y psicológica. Al conocer los diferentes síntomas de la violencia, primero podemos reconocerla y afrontarla o evitarla si es posible. Comprender la violencia actual es más complicado de lo que parece. Es difícil conciliar la existencia de tantas formas de violencia en la sociedad moderna con los enormes avances de la ciencia y la tecnología. Sin embargo, existen y son objeto de investigación actual.

I.1.- INTRODUCCIÓN

La violencia dentro de las familias no es un fenómeno moderno, esta situación es un problema antiguo, sus consecuencias se extienden no solo a la víctima causándole daños en su integridad física, emocional, o incluso en su salud, sino que se extiende a los demás miembros que integran las familias, causando la descomposición en primer lugar de la familia, pero con consecuencias para con la sociedad, tal como lo comenta la Señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, la violencia en la familias se traslada a la violencia en la sociedad.

En México, de acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la violencia que se ejerce dentro de las familias constituye el tipo de violencia más frecuente.

En ese tenor, las mujeres mayores de quince años de edad, en general, viven algún tipo de violencia intrafamiliar, como pueden ser los golpes, amenazas, incluso hasta relaciones sexuales sin su consentimiento.

Existen distintas formas de violencia que se pueden presentar de manera simultánea; tal es el caso de la violencia emocional, la sexual, y la física

La discriminación, la violencia y la amenaza, frenan el desarrollo, inhiben el ejercicio de sus libertades y, en consecuencia, se violentan los derechos fundamentales de los integrantes de las familias. Atender la discriminación y la violencia en las familias es un imperativo urgente si se quieren alcanzar mejores niveles de desarrollo que abarquen el ejercicio de la ciudadanía en la sociedad.

El estudio y análisis de la violencia tiene como puntos medulares el analizar sus causas, sus efectos, así como una posible prevención y la forma de sancionar la conducta violenta, que actualmente preocupa a la sociedad en general.

Es importante estudiar previamente, el concepto de familia y sus diferentes tipos a efecto de poder entender de qué manera se desarrolla la violencia dentro de ésta.

Dentro del informe mundial sobre la violencia y la salud, publicado por la Organización Mundial de la Salud, se asentó lo siguiente:

No hay país ni comunidad a salvo de la violencia. Las imágenes y las descripciones de actos violentos invaden los medios de comunicación, está en nuestras calles y en nuestros hogares, en las escuelas, los lugares de trabajo. Es un azote ubicuo que desgarrar el tejido social comunitario y amenaza la vida, la salud y la felicidad de todos nosotros.

De lo anterior, se desprende la importancia de entrar al estudio del tema de la violencia en las familias, en virtud de que las familias, es una institución protegida por el Estado y además es la base del orden social.

I.2 CONCEPTO ETIMOLÓGICO DE FAMILIA

En una familia, se generan lazos que identifican a los individuos que la conforman, a ese lazo que los une se le denomina parentesco. Así el parentesco lo define el Autor Rafael Rojina Villegas (2001) como un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho. (p. 102)

El concepto dado a la familia ha ido evolucionando con el paso del tiempo. El Diccionario de la Lengua Española, menciona que la palabra familia, proviene del latín *fames*, y menciona que la familia es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas, asimismo, menciona que es el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines a un linaje. Etimológicamente, la palabra familia se deriva del latín “*fames*”, que significa hambre, y de “*fámulos*”, que indica a aquellos que moraban con el señor de la casa, se relaciona también con la palabra “*faamat*”, de origen osco, que significa habita, comprendiéndose en esta significación: el hogar, la habitación, así como a la mujer, hijos legítimos y adoptivos y a los esclavos domésticos.

En el Derecho Romano una familia o una *domus*, era un conjunto de personas y propiedades que se encontraban bajo la dirección y dominio de un jefe de familia. La palabra familia, según la opinión más general, procede de *famel*, palabra que, en la lengua de los oscos, significa siervo, esclavo, según refiere (Festo y Guérard. A. R. Lagomarsino y Salerno, Marcelo U. (1992) Hay quienes lo derivan de *famul*, raíz de *famulus*, siervo, como se desprende de Ennio y de Ulpiano, en su comentario al edicto pretoriano *suffragano*. En un principio se puede decir que la palabra significaba un cuerpo de esclavos pertenecientes al mismo patrón. (p. 151)

Para Gutiérrez Capulín, (2016) el concepto de familia refiere que: “En su definición etimológica, el término familia hace referencia a un jefe y a sus esclavos, y se trata de una unidad donde sólo el patriarca decide y dicta las órdenes. Tal concepto, en su origen no aceptaba a la mujer como jefa de esa unidad ni tampoco concebía la idea del matriarcado. Además,

se infiere en esta definición que la familia genera un aparato regulador que prohíbe el matrimonio entre parientes próximos (entre hermanos, primos hermanos, o tíos con sobrinos, tanto del sexo femenino como masculino). Se hace evidente la división de los roles de género con base en sus actividades de sustento, así como una jerarquización en la familia (p 221-222)

A raíz de los nuevos cambios del concepto de familias y de la transformación y avance en lograr la igualdad de derechos para la familia y de sus integrantes, en su numeral 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2022) se establece que “la mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

De lo anterior, podemos inferir que existe un derecho de igualdad entre el hombre y la mujer, incluso en los aspectos de la familia, establecido, tutelado y protegido por la ley.

I.3 CONCEPTO SOCIOLÓGICO DE FAMILIA

La familia se define desde un concepto sociológico como: “el grupo social en el que recae todo tipo de responsabilidades para que una sociedad se defina o desarrolle entre ellas, la que se refieren directamente en lo individual a cada uno de los sujetos unidos por vínculos de sangre producto de la convivencia intersexual y de la filiación por vínculos jurídicos como ocurre con la unidad familiar en su totalidad” (2025).

Anthony Giddens (1998) señala que: Es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos. Se puede hablar de familia nuclear, que consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados y de familia extensa en la cual, además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo. (p. 190)

Por su parte, como lo refiere el autor Galindo Garfias (1996) “la idea de familia comprende, en un sentido amplio las relaciones de filiación que existen entre ascendientes y descendientes y las relaciones de parentesco propiamente dichas son las que existen entre los parientes colaterales hasta

el cuarto grado (tíos, tías)". (p. 10) Aquí el autor nos entrelaza a la relación filial y grado de parentesco que une a cada integrante del núcleo familiar.

I.4 CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA

Jurídicamente la familia tiene su fundamento y protección en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido un criterio jurisprudencial mediante el cual ha determinado que el Derecho de familia es el siguiente:

DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO.- En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda.

Amparo en revisión 257/2010. 11 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario:

Ricardo Mercado Oaxaca. Amparo directo 733/2010. 25 de noviembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hiram Casanova Blanco.

De lo anterior, se desprende la importancia que le da el sistema jurídico mexicano, a la institución de la familia, pues el Estado ha creado diversos mecanismos para proteger la estabilidad familiar, regulando la conducta de sus miembros para evitar en la medida de lo posible que se generen situaciones de violencia familiar.

En este concepto tenemos al autor especialista en derecho familiar, quien actualmente, considerando la transformación constante de ese núcleo, lo ha denominado Derecho de Familias; por lo que desde el concepto legal nos expone el autor Oliva Gómez: (2022)

“La familia, desde el enfoque jurídico es conceptualizada desde dos ópticas; la doctrinal y, la legal; la primera es construida por los estudiosos de la ciencia jurídica, es decir, doctrinarios, científicos, teóricos, investigadores, en suma, por los estudiosos de la ciencia jurídica, por los estudiosos del derecho; la segunda se contiene en los instrumentos normativos legales, esto es, en el contenido de los códigos y leyes, en la interpretación que hacen las autoridades judiciales mediante sentencias, tesis y jurisprudencias, así como también en tratados internacionales o cualquier otro instrumento similar”. (p. 122) Aquí el autor se refiere a dos distintas visiones desde la que se puede conceptualizar a la familia

I.5 CLASES DE FAMILIAS

En sentido amplio se habla de familia extensa, (como parentesco que es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de parientes por afinidad, agregando al propio cónyuge, que no es un pariente. En nuestro derecho positivo la familia está constituida por las personas entre las cuales existe una relación de parentesco, así como por quienes se hallan unidos en matrimonio.

I.6 CONCEPTO ETIMOLÓGICO DE VIOLENCIA

El Diccionario de la Lengua Española menciona que la palabra Violencia, proviene del latín violentía, y que hace referencia a la calidad de violento. A su vez violento, significa que actúa fuera de su natural estado, situación o modo, o bien que obra con ímpetu, fuerza o bruscamente. Alicia Fainblum, (2002) menciona el concepto etimológico de la palabra violencia que deriva de la raíz latina bis, que significa vigor, poder, maltrato o fuerza. (p. 121)

También se define a la palabra violencia, (diccionario de la lengua española) (1992) como la acción o efecto de violentarse; acción violenta o contra el natural modo de proceder; fuerza extrema, o abuso de la fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere. (p. 2092)

I.7 VIOLENCIA FAMILIAR

Esta constituye el acto u omisión único o reiterativo, cometido por uno o varios miembros de la familia con relación de poder en función del sexo, la edad, condición física psicológica o económica, en contra de otro integrante de la misma, sin importar el espacio físico donde ocurra el maltrato ya sea físico, psicológico, sexual o por abandono, dependencia, sumisión, grupos vulnerables extremos, economía precaria, déficit de salud o culturales, ante abuso del poder o de la autoridad, modelos culturales transgeneracionales, etcétera

Para que una investigación de violencia familiar sea completa, es necesario tomar en cuenta algunos parámetros como sexo, edad, lugar de origen, clase social, profesión, religión, estado civil, procedencia familiar, parentesco, entre otros, tanto de la víctima; y del victimario, los motivos que impulsaron a la víctima para no hacer la denuncia del hecho que la agravia; investigar el marco sociocultural del cual proviene, la idiosincrasia de la población en amplio sentido, el tipo de delito, los medios empleados para realizar el acto lesivo, la personalidad del victimario desde el punto de vista del ofendido.

La Organización Mundial de la Salud define a la violencia como el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza

o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones, desde la perspectiva de esta definición en la 49ª. reunión mundial de la salud se ha considerado la prevención de la violencia como un asunto de interés público. (Rosamaría Álvarez). (2020) (p. 15). Por su parte el artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal señala que: “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, a la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

De Pina Vara (2000) define a la violencia como una acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre la que se ejerce.

I.8 TIPOS DE VIOLENCIA

De acuerdo a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV), la violencia se clasifica en modalidades y tipos:

- i. La violencia psicológica. Es cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio;
- ii. La violencia física. - Es cualquier acto que inflige daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas, o ambas;
- iii. La violencia patrimonial. - Es cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales

o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima;

- iv. Violencia económica. - Es toda acción u omisión del Agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral;
- v. La violencia sexual. - Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la Víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto, y
- vi. Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres.

El Código Civil Federal en el artículo 323 ter, establece que por violencia Familiar, se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

De acuerdo al artículo 3º de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, son generadores de la violencia familiar, quienes realizan actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con las que tenga algún vínculo familiar y que, por su parte, los receptores de ella son los grupos o individuos vulnerables que sufren el maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual en su esfera biopsico sexual.

Del análisis de los artículos 323 del Código Civil para el Distrito Federal, se puede concluir que pueden incurrir en violencia familiar los siguientes:

El o la cónyuge. Que es el atributo que adquieren el hombre o la mujer respecto al otro por el hecho de contraer matrimonio y que conlleva una serie de derechos y obligaciones entre ellos.

La concubina o el concubinario. Para tener esta calidad el artículo 291 del Código Civil para el Distrito Federal establece que se requiere que la pareja haya vivido en comunión durante dos años como mínimo, lapso que no es necesario que transcurra si ya han tenido descendencia.

El adoptante o adoptado, es la relación que se instaura, cuando el primero incorpora a su familia al segundo, sin que exista un parentesco biológico, generándose conforme lo disponen los artículos 595 y 596 del Código Civil para el Distrito Federal, los derechos y obligaciones que la Ley prevé para padres e hijos en una relación filial.

Los parientes colaterales consanguíneos o afines hasta el cuarto grado. Constituye una especie dentro del parentesco consanguíneo y está formada por los familiares que se encuentran en la denominada línea transversal que se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, o bien que sin descender unas de otras proceden de un progenitor o tronco común.

Los parientes por afinidad. Es aquel que se contrae por el matrimonio o concubinato, entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer o entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón.

El incapaz, el tutor o el curador. Tutor es el que se encarga de la guarda de la persona y los bienes de aquellos que no están sujetos a la patria potestad de sus padres o familiares, que no tiene capacidad natural o legal para gobernarse a sí mismos. Curador es el que vigila la conducta del tutor y defiende los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, en caso de que estén en oposición con el tutor.

En México diariamente se registran situaciones de violencia familiar y suele tenerse el concepto equivocado hacia este tipo de violencia, ya que algunas personas tienen la idea de que sólo se refiere a la violencia que un hombre ejerce sobre la mujer con la que tiene una relación y/o sus hijos. Si bien es cierto, la violencia familiar puede ser ejercida por el hombre sobre

su cónyuge, concubina o pareja y/o hijos, también lo es que la violencia familiar se ejerce por otros miembros de la familia en los cuales las víctimas no solo son las mujeres y/o los hijos.

Frecuentemente se reportan casos de hijos que violentan a sus padres, casos de violencia entre hermanos, violencia hacia algún miembro de la familia con discapacidad, además de los casos en los cuales los padres ejercen violencia sobre los hijos y casos de violencia entre cónyuges, concubinos o parejas.

Los hechos de violencia familiar en muchas ocasiones no son denunciados por vergüenza, amenazas, miedo o desconocimiento de cómo y dónde se pueden denunciar. Los integrantes de las familias tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual alejados de conductas de violencia familiar.

El Estado tiene la obligación de garantizar igualdad entre los hombres y mujeres, prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia conforme a los principios de igualdad y no discriminación. Es así como el Estado Mexicano cuenta con legislación para prevenir, sancionar y erradicar la violencia familiar, y además con centros y albergues de asistencia social en la República Mexicana para atender a las víctimas.

El delito de violencia familiar se encuentra tipificado en el Código Penal Federal y códigos penales de las entidades federativas, así como en las leyes de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia y reglamentos de los estados.

1.9 CAUSAS QUE GENERAN LA VIOLENCIA EN LAS FAMILIAS.

Un fenómeno tan complejo como la violencia reconoce diferentes causas, las cuales asumen distinta importancia de acuerdo con la situación específica de cada país; la pobreza, la ignorancia, el hacinamiento, los estereotipos culturales preexistentes sobre poder, dominio, riqueza, masculinidad, feminidad, roles, relaciones disfuncionales, subculturas que rebasan a las culturas por pérdida de normas de comportamiento y convivencia tanto familiar como social respetuosas y justas. El debilitamiento

del Estado está como telón de fondo en este tipo de fenómeno, sobre el que actúan diversos factores de riesgo y desencadenantes. “No sólo la pobreza genera violencia, también la ocasiona el colapso del Estado, cuando éste pierde el poder de armonía, seguridad social o el control socioeconómico”

La familia es la célula básica de la sociedad, el espacio donde se forman y desarrollan las personas, y el ámbito donde se ejercen los derechos y deberes fundamentales. Sin embargo, la familia también puede ser el escenario de conflictos, tensiones y violencias que afectan la convivencia, la integridad y la dignidad de sus miembros.

1.10 VIOLENCIA FAMILIAR

Las personas tenemos derecho a una vida libre de violencia de cualquier tipo, psicoemocional, física, sexual, económica y patrimonial. No obstante, ello, los hechos de violencia se dan incluso entre los integrantes de las familias sean estos cónyuges, concubinos, parejas, parientes, incluso excónyuges o exparejas, viviendo o no en el mismo domicilio.

En México, la violencia familiar se presenta en las familias independientemente de su nivel socio económico o grado educativo. Se tienen reportes de que las cifras de casos de violencia familiar son muy altos, sin embargo, muchos de estos casos se mantienen en el anonimato. Los familiares no denuncian.

La violencia familiar es un problema social, afecta no solo a quien recibe las agresiones sino también a quienes las presencian, y al resto de los integrantes de la familia. La afectación no solo es de tipo física, sino también de tipo emocional o psicológica. Quien sufre de violencia familiar presenta trastornos psicológicos o psiquiátricos, crisis que incluso puede llevar al suicidio. La dignidad, integridad o libertad de las víctimas de violencia familiar se ve menoscabada.

Pero hay que dejar claro que todas las personas tenemos derecho a ser tratados con dignidad, es un derecho humano, así lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 1º dispone: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados

como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1° garantiza que todas las personas gozarán de los derechos humanos. Y en el artículo 4° se refiere a que la mujer y el hombre son iguales ante la Ley. Además, este artículo señala que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

El Estado mexicano consciente de esta problemática ha trabajado en conjunto con instituciones y asociaciones no gubernamentales, incluso con víctimas de violencia familiar para crear políticas públicas, programas y legislación con el objetivo de prevenir, sancionar y erradicar la violencia familiar.

En principio los integrantes de la familia tienen el derecho y la obligación de respetarse unos a otros en su integridad y vivir en un ambiente de armonía. Sin embargo, esto no siempre sucede así y se dan casos de maltrato físico, psicológico, sexual y económico entre los miembros de la familia.

La violencia familiar consiste en que una persona lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, sexual, patrimonial o económica sobre su esposa, esposo concubina, concubinario, novio, novia, madre, padre, abuela, abuelo, nieta, nieto, o cualquier persona con quien se tenga o haya tenido una relación afectiva con el fin de acosarla, dominarla, someterla, controlarla, denostarla o denigrarla, independientemente de que se produzcan o no lesiones, o se configure cualquier otro delito.

La violencia familiar puede darse aún y cuando el agresor y la víctima no vivan en el mismo domicilio, e incluso puede darse fuera del domicilio.

En México, es muy frecuente saber de casos en los cuales existe violencia entre parejas o exparejas, generalmente la agresión la comete el hombre sobre la mujer; también son frecuentes situaciones de violencia de padres a hijos que por mucho van más allá del llamado derecho de corrección; además son numerosos los casos de violencia de hijos sobre padres adultos mayores.

Además de la legislación penal, los códigos civiles o leyes para la familia de los estados, reconocen el derecho de los integrantes de las familias a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica, sexual y patrimonial.

De acuerdo a los conceptos dados por los códigos civiles y leyes sobre violencia familiar se advierte que la violencia familiar consiste en actos u omisiones abusivos que se llevan a cabo de forma intencional por un miembro de la familia sobre otro miembro, o bien sobre alguna persona con quien se haya tenido alguna relación afectiva, se encuentren viviendo o no en el mismo domicilio.

Estas conductas u omisiones abusivas sobre la víctima pueden tener como objetivo:

Dominar, someter, controlar, golpear, insultar, agredir sexualmente, o dejar de proveer alimentos, asistencia o ayuda a algún miembro o integrante de las familias.

Es importante mencionar que no se justifican como forma de educación, formación o derecho de corrección, a la violencia hacia niñas, niños y adolescentes. Es así que se establecen normas como, por ejemplo, que los futuros contrayentes de matrimonio asistan a talleres de orientación prematrimonial en los cuales se les informe sobre la violencia familiar; así como medidas tratándose de casos de matrimonio, divorcio, guarda y custodia, patria potestad, alimentos, entre otros, con la intención de proteger a las personas de actos de violencia familiar o de circunstancias que impidan su desarrollo pleno y en armonía. Por lo que se ha establecido y desarrollado para la atención de casos de violencia familiar, diversas instancias que ofrecen asistencia a personas que son víctimas de violencia familiar, siendo alguna de ellas:

- Centros de Asistencia Social del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF).
- Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

- Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de las entidades federativas.
- Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI) de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México.
- Centro de Atención a Víctimas del Delito de Violencia Familiar de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México.
- Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES).
- Centros de Atención a Mujeres Víctimas de Violencia.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Comisiones Nacionales de Derechos Humanos de las entidades federativas.

Las personas víctimas de violencia familiar pueden acudir a estos centros o instituciones para solicitar asistencia legal, psicológica, médica, albergue, entre otros. Las víctimas de violencia familiar o quienes tengan conocimiento de hechos que pudiesen ser constitutivos de este delito deberán presentar querrela ante el Ministerio Público, o denunciar los hechos ante las corporaciones policiales o administrativas que corresponda.

II CONCLUSIÓN.

La actual sociedad, se encuentra inmersa en una decadencia de valores en general, lo que conlleva a la violencia en general, pero en particular a generar comportamiento dañinos y violentos en el seno de las familias como una forma de desahogo de frustraciones económica, laborales, educativas, culturales y formativa deteriorando en cimiento y base de la sociedad que lo es las familias, independientemente de su conformación, ya que como se mencionó en el cuerpo de la investigación, las diversas formas en que se manifiesta la violencia destruyen, dañan o lesionan a los integrantes de la familias. La prevención a éstas conductas lo es la educación en los valores sociales, buscando con ello el evitar que la dignidad de las personas sea alterada, Vistos los valores sociales como una respuesta a corto y mediano

plazo para la reintegración medulas de las familias, No es un trabajo fácil, ya que los medios masivos de comunicación y el uso de las plataformas digitales han influenciado en los integrantes de la sociedad en la decadencia de valores en general, por lo que en el seno de las familias, en los centros educativos de todos los niveles, así como en los centros de trabajo, se debe contar con apoyo en la restitución en general de los valores y con ello el evitar el crecimiento de la violencia en cualquiera de las manifestaciones que esta se manifiesta, con ello, por supuesto el tratar de evitar ese mal que consiste en violentar y dañar a los miembros que integran las familias hoy en día.

REFERENCIAS

- A. R. LAGOMARSINO y Salerno, Marcelo U. *Enciclopedia de derecho de familia*, Tomo II. Buenos Aires: Universidad, 1992.
- ÁLVAREZ, Rosamaría. *La violencia familiar en México, panorama legislativo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- DE PINA Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. 29.^a ed. México: Porrúa, 2000.
- FAINBLUM, Alicia. “Violencia y discapacidad.” En *Violencia Familiar*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culsoni, 2002.
- GALINDO Garfias, Ignacio. *El marco jurídico de la familia*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2106/2.pdf>
- GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Madrid: Alianza, 1998.
- GUTIÉRREZ, Díaz, et al. “El concepto de familia en México: una revisión desde la mirada antropológica y demográfica.” *Ciencia Ergo Sum*, vol. 23, núm. 3, 2016. Universidad Autónoma del Estado de México.
- OLIVA Gómez, Eduardo. *Derecho de familias*. México: Tirant lo Blanch, 2022.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 21.^a ed. Madrid: Espasa, 1992.
- ROJINA Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil. Introducción, Personas y Familia*. 29.^a ed. México: Porrúa, 2001.

SPOTA, Alberto G. *Derecho de familia*, Tomo II, Vol. 1. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1968.

Tesis I. 5º.C. J/11, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, marzo 2011, p. 2133, registro IUS 162604.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4º, párrafo primero.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DE PROMESAS ALTRUISTAS, DERECHOS CUSTOMIZADOS Y TURISMO REPRODUCTIVO

Fabiana Lorena Passini*

RESUMEN

Con la propuesta de re-pensar la historia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida -en adelante TRHA-, me he dispuesto a desarrollar este breve ensayo, en el que se pretende realizar cierta observación respecto de su evolución científica y su afectación y recepción jurídica. Del cómo aquellos objetivos del inicio se redireccionaron, y derivaron en otras modalidades para que aquellas técnicas puedan concretarse. Dejar de manifiesto que las TRHA como tal, implicaron primero un objetivo y más tarde un desarrollo esencial de avance en la medicina, pero comenzaron a recrear escenarios de casos concretos en las que se exige el reconocimiento individual en el derecho olvidando por caso el orden público, el principio de corresponsabilidad social, el principio de dignidad de la persona humana y eliminando incluso límites si se quiere, éticos, en cuanto al uso de terceras personas, incluso disponiendo de ellas hasta el punto de reconvertir el sistema de servidumbre. Invitados a desprejuiciarse para poder analizar.

* Abogada de la Universidad de Buenos Aires. 2. Especializada en Magistratura. Escuela del Servicio de Justicia (UNLaM), del Ministerio Público Fiscal. Especialización en "Derechos Humanos y Justicia Constitucional, orientación en Género y diversidad sexual. Universidad Di Bologna. Escuela Superior De Estudios Jurídicos.

I. INTRODUCCIÓN: LA HISTORIA MÉDICO CIENTÍFICA, DETRÁS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:

Resulta necesario casi diría que, absolutamente necesario entender como transformamos el anhelo de encontrar la solución a un conflicto médico que tiene como eje el impedimento de concretar una concepción tras el acto sexual entre dos personas o de manera unilateral, pero con capacidad de gestar, es decir una que disponga de óvulos y/o útero y otra que disponga de espermatozoides, o incluso recurriendo a donación de gametos. Y en un lapso de tan solo 40 años, transformar aquello en a la necesidad irrefrenable de que esta solución ya no implique la determinación y la exposición corporal de esas personas, o donantes de fluidos, sino también la de terceros en su absoluta dependencia corporal.

Y aquí cabe hacer la primera distinción con la que deberíamos analizar también el eje de situación planteada. Sabiendo que, desde hace años donamos todo tipo de partes de nuestro cuerpo, algunas de ellas solo son fluidos, como lo es la sangre, las plaquetas e incluso los óvulos o el espermatozoide. Más tarde con el avance de la ciencia y la capacidad de conservar en condiciones adecuadas todo lo donado, hemos logrado la conservación – conserva de estos, tanto así la evolución médico-científica, que abre la grandiosa posibilidad de donación de otras partes de nuestro cuerpo, algunas de ellas podemos donarlas incluso cuando aún no nos ha alcanzado la muerte, es decir podemos ser “donantes vivos” y así disponer con nuestra propia voluntad expresa, la donación de órganos vitales como los son el hígado, los riñones, las plaquetas, la médula ósea, entre otras.

Pero también hay otros supuestos en los que un tercero ya sin vida es literalmente objeto de donación corporal, ya sea porque en vida se expresó a favor de hacerlo o como lo es en nuestra legislación actual Argentina con la denominada “Ley Justina”¹, al no emitir la expresa voluntad la regla de presunción implica que, todos somos donantes post mortem, salvo expresión válida contraria. Y antes y después de la vida, somos literalmente objetos, porque ocurrida la muerte, así como antes de nuestro nacimiento

1 Ley 27.447, de 26 de Julio de 2018. Texto completo | Argentina.gob.ar

con vida, la ley establece que NO SOMOS PERSONAS. Somos la posibilidad de ser, pero no somos hasta que se concretan determinadas condiciones que así lo explicitan, la principal distinción se dispone entre lo que es el “comienzo de la vida” y con ello el respecto del ser persona y el comienzo de los derechos y obligaciones de esa persona; lo que queda supeditado y condicionado al nacimiento con vida, de lo contrario, se entenderá que NUNCA existió como sujeto de derecho. Distinción vital para todo tipo de análisis en el que la moral y la ética tengan relevancia. Al fin y al cabo, el derecho es performativo, el derecho es una construcción social hegemónica, pero a su vez, científica que dispone desde incluso lo conceptual. Aquí no es cuestión de fe, no es cuestión de creer cuando me conviene y descreer cuando no me conviene.

Esta posibilidad que la ciencia fue otorgando a la humanidad en conjunto con el avance de la farmacología y otras, han posibilitado sin lugar a dudas el avance no solo en la expectativa de mayor longevidad sino de mejor calidad de vida durante el transcurso de ella. Llegar a los 80 e incluso a los 90 años y tener la posibilidad de gozar de buena salud, era algo que, sin duda en los siglos de las revoluciones independentistas, no se hubieran siquiera imaginado y seguramente hubieran deseado tener.

Dicho esto y dado que de mi experiencia académica no se desprende que maneje las artes de la medicina, es dable realizar un breve repaso específico, limitado a la información extraída de otros que sí manejan estas temáticas y explorar un poco en el cómo pasamos de utilizar ciertas partes de nuestro cuerpo con el objetivo de mejorar la calidad de vida de terceros tanto mientras nos encontramos vivos como cuando nos convertimos en donantes una vez acaecida la muerte; a que nos sea exigido el uso del mismo “a demanda”, para la concreción de deseos particulares de esos terceros.

II. EL PRIMER NACIMIENTO

Solo con un breve repaso diremos que uno de los hitos más importante en tal sentido se da sin lugar a dudas con el nacimiento con vida de la niña, Louise Brown, en el año 1978, a través de la técnica de fertilización in vitro y de allí en más lo que siguió ha sido un cambio absolutamente

radical en el avance médico – científico, que tenían como objetivo combatir un problema médico, que generaba la imposibilidad de la concepción: “... *La investigación biomédica ha conducido al desarrollo de un dispositivo científico-tecnológico, en el que se desarrollan los conocimientos y se diseñan las técnicas para enfrentar la infertilidad....*”², aparece aquí uno de los temas centrales entonces del debate.

La búsqueda y el avance de la medicina tendían a tratar algo que debía darse naturalmente en el ciclo de reproducción de y en las personas. De este modo frente a la imposibilidad concreta de la concepción por un problema médico de infertilidad, se fueron desarrollando **otras técnicas** médicas, **en las que se involucraban activamente los implicados interesados, pero solo pasivamente, los terceros donantes**: Inseminación artificial, fertilización in vitro, crio-preservación, transferencia de citoplasma, transferencia nuclear.

Sin embargo ya en el siglo XXI con el desarrollo evolutivo del genoma humano y las infinitas oportunidades del estudio médico de diversas enfermedades, se comenzaron a implementar a este primer estadio, *técnicas no solo para “combatir” la falta o ausencia de fertilidad sino también garantizar con la intervención médico científica, que el desarrollo embrionario no se vería afectado por la posibilidad de patologías congénitas, por lo que se ha conquistado las terapias de reemplazo mitocondrial y se avanza en su caso a la tan temida teoría de Darwin y su teoría de la evolución que incluye en su caso, la posibilidad ciertamente eugenésica: “A diferencia de la transferencia de citoplasma desarrollada en la última década del siglo pasado, en la que la justificación médica se apoyaba en la incapacidad de los óvulos para desarrollar embriones luego de ser fecundados, aquí se trata de un caso muy especial dentro de las tecnologías de reproducción asistida, pues no se enfrenta una infertilidad propiamente dicha, sino la posibilidad de un embarazo riesgoso para el bebé, pues los óvulos, si bien son aptos para ser fecundados y capaces de desarrollar embriones, en algunos casos son portadores de alguna variedad dentro del espectro de*

2 FLORES, Javier. *Evolución de las tecnologías de reproducción asistida: una mirada desde la biomedicina*. En: Interdisciplina. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 10, no. 28, sep./dic. 2022. [Consulta: 22 de agosto del 2025]. Disponible en: [11772664061407fa416d8f6c27402a39.pdf](https://doi.org/10.11772664061407fa416d8f6c27402a39). Epub 05 dic. 2022.

enfermedades genéticas. Los trastornos mitocondriales afectan aproximadamente a uno de cada 4,300 nacidos vivos. Se trata de un grupo de enfermedades raras que causan defectos progresivos e incurables, que a menudo resultan en una muerte prematura...”³

Podríamos decir que lo que comenzó con el intento de solucionar el problema médico de infertilidad ha ido transformándose de tal modo que se continúa con el desarrollo de la “solución” de evitar incluso, otros problemas médicos que podrían llegar a originarse al momento de la concepción ya respecto del embrión y con la manipulación que necesariamente se requiere en el proceso de reproducción asistida, se avanza en la posibilidad de configurar una manipulación genética en ese elemento embrionario de manera tal que se desarrolle evitando de este modo un embrión con posibles enfermedades congénitas. Tal es así que, en Japón y China, ya se festeja la “eliminación” desde la concepción de embriones que desarrollen Síndrome de Down⁴.

Todo ello supone, tal como se manifiesta en el paper, otro tipo de preguntas desde abordajes bio-éticos. Es que claramente ¿Quién podría dudar que las técnicas in vitro han trascendido su objetivo principal? Así las cosas, es dable también aclarar que estos avances conllevan a pensar ¿qué tipo de seres humanos son los que con las mismas se “construyen”? Es que la medicina como ciencia que es, también pre y performativa, buscan la “perfección” incluso más allá de lo exclusivamente médico. Desde una cuestión estética, hasta una cuestión de construcción de género. -

Por ello claro, como si esto no fuese suficiente, habiendo encontrado soluciones para el primer conflicto, fuimos por más. Es que no siempre el problema se centra en la infertilidad dispuesta en espermatozoides u óvulos, pues logrando concebir también se imponen otros conflictos como

3 ídem

4 INFOBAE. *Científicos logran eliminar en un laboratorio el cromosoma extra que causa el síndrome de Down*. [en línea]. [Fecha de publicación no especificada]. [Consulta: 30 de agosto de 2025]. Disponible en: [Científicos logran eliminar en un laboratorio el cromosoma extra que causa el síndrome de Down - Infobae](#)

los de gestar por un tiempo mínimo estipulado para lograr un parto con “producto vivo”. Recordemos que legislativamente, solo tras ese evento podremos darle carácter de persona y establecer en cabeza del nacido con vida, derechos y obligaciones⁵. De este modo opera entonces la máxima kelseniana de aplicación pura del derecho.

Así las cosas, si usted es capaz de producir óvulos y su pareja espermatozoos, o si es capaz de producir alguno de estos gametos y cuenta con un útero capaz de gestar o más reducido aún, si solo cuenta con un útero con capacidad gestante y desea hacerlo, podrá acceder a la donación de gametos y la fecundación in vitro o fertilización asistida, para lograrlo. Sin embargo, aún nos quedan muchos otros problemas para enfrentar. Es por ello que la medicina no se detiene, ella avanza y tampoco complejiza el avance conforme los conflictos socio-éticos-jurídicos que estos avances puedan desarrollar. Ese en todo caso, es un problema de filósofos, juristas, sociólogos entre otros.

Es que la donación de gametos ya es una práctica habitual a la que nadie teme y por la que nadie refunfuña, o, mejor dicho, pocos lo hacen y subsumidos a cuestiones más bien morales. Casi tan naturalizada como la donación de sangre o plaquetas, ya no se nos suele helar la sangre cuando escuchamos o tomamos conocimiento de que alguien ha donado este tipo de fluidos. Todo lo contrario, hay algo en este tipo de donaciones que tienen muy buena recepción social y por tanto no es cuestionable.

Hay algo de este tipo de donaciones que han sido tan naturalizadas que comienzan ya a ser vistas y aplicadas con aptitudes comerciales: “... *España es uno de los diez países europeos que fija una cuantía económica para cada*

5 Ley 26.994 (2015). Código Civil y Comercial de la Nación.

ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Condicionando la aptitud de adquirir derechos y obligaciones, al nacimiento CON vida.

ARTÍCULO 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.

donación de óvulos. La ley impide pagar por los óvulos, aunque permite “compensar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales” de las donantes. En estos casos, las autoridades suelen establecer un límite para, según dicen, garantizar el altruismo. Al menos, esa es la teoría: en la práctica, la cuantía que se recibe varía mucho entre los países, tanto en términos absolutos como en relación con el salario mínimo interprofesional. Por ejemplo, la compensación oscila, en cifras absolutas, desde los 250 euros de Finlandia hasta los 1.200 de Grecia. Si se tiene en cuenta el salario mínimo, Bulgaria se lleva la palma: su compensación equivale a 11 semanas de trabajo, la más alta, con diferencia, de toda Europa, contando también a Reino Unido. En España, la compensación varía entre 800-1.200 euros, lo que supone 3,5 semanas de trabajo, teniendo en cuenta el salario mínimo...”⁶, no tienen tanta suerte aquellas personas que donan semen, que es mucho menos rentable, pues obviamente “el trabajo” para conseguirlo es, digamos que bastante más sencillo.

En principio y en teoría, en Argentina todo tipo de donación de fluidos, así como órganos en vida o post mortem, es voluntaria y gratuita, nadie que done sangre, por ejemplo, pensaría en recibir mayor recompensa que un café y un alfajor por las molestias de haber ido en ayunas a hacerlo.

Sin embargo, sin tanta publicidad y con un nuevo discurso político que avala la “libertad” de disponer de nuestros cuerpos hasta el punto de mercantilizarlos en su totalidad, subsumiendo esta situación en torno a la existencia de un sistema capitaliza que deshumaniza en su totalidad, comienzan a aparecer propuestas de esta índole: “En WeBank, entendemos que la decisión de donar óvulos es profunda y personal. Por eso, te acompañamos en cada paso del proceso, con la contención y el profesionalismo que merecés. No se trata de perder, se trata de encender un nuevo comienzo. Si tenés entre 18 y 30 años y gozás de buena salud, tu decisión puede convertirse en la historia más importante para alguien más. Conocé más sobre el proceso de donación de óvulos y los requisitos en el enlace

6 Cívio. (2025). *Las donantes de óvulos en España reciben más dinero que en Dinamarca, Reino Unido o Finlandia*. WeBank Banco de Óvulos. Disponible en *Las donantes de óvulos en España reciben más dinero que en Dinamarca, Reino Unido o Finlandia* | Cívio

<https://we-bank.net/conviertete-en-donante/pedir-turno/>⁷; así las cosas y como si esto no fuera suficiente, las ciencias médicas en conjunto con las ciencias aplicadas o la robótica forjan otros nuevos y más complejos horizontes.

En tal sentido han venido desarrollándose modelos y prototipos de: ovarios artificiales, úteros artificiales y construcción de células sexuales en laboratorios. Siendo ya una realidad el trasplante uterino de donante vivo: *“...Se trata de una técnica quirúrgica muy compleja, que tiene gran relevancia desde diferentes disciplinas; además de la medicina, también en las ciencias sociales y humanas. Un primer aspecto interesante es el caso de las donadoras de útero. Los trabajos del equipo sueco hasta 2019 incluyeron a nueve receptoras, de las cuales siete estaban relacionadas genéticamente o bien eran amigas de la familia. La edad de las donantes varió de 37 a 62 años y cinco eran posmenopáusicas. Es interesante observar cómo en el arranque de esta tecnología se expresa la solidaridad y cooperación reproductiva entre mujeres, y, además, cómo el órgano proveniente de quienes han rebasado la edad reproductiva puede participar exitosamente en el embarazo y nacimiento de bebés sanos. Uno de los efectos colaterales del trasplante uterino es que se abren posibilidades antes inimaginadas a la diversidad sexual, como queda ilustrado con el caso de Lilie Elbe, uno de los primeros intentos en los que una persona genéticamente masculina recibe un trasplante de útero, que en aquella época estaba condenado al fracaso...”*

Hasta aquí el desarrollo de poco más de medio siglo en materia de intervención en la creación humana, con una idea inicial digamos que, altruistamente motivadora, combatir la infertilidad. Es que el desarrollo de la humanidad para cualquier cuestión que pensemos requiere la existencia de humanos, justamente lo que al parecer vendría escaseando, convirtiéndose en otro posible ser vivo en extinción.

Mientras las TRHA avanzan en su desarrollo, en paralelo, hay toda una generación que ya no por cuestiones de imposibilidad de gestar, sino voluntariamente decide NO procrear por diversos motivos, los más por la incertidumbre general en un mundo avasallado por el capitalismo extremo

7 WeBank Banco de Óvulos. (2025). Avenida Callao 194, Once. Recuperado de [WeBank Banco de Óvulos, Avenida Callao 194, Once (2025)]

y los altos niveles de inseguridad económica: “...De acuerdo al informe publicado por el **Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)**, tanto hombres como mujeres “enfrentan barreras significativas para alcanzar sus aspiraciones reproductivas”. El análisis arrojó como conclusión que las parejas no es que quieran tener menos hijos, sino que simplemente no pueden hacerlo de la manera que desean ante ciertas causas de impacto en el mediano y largo plazo, a la hora de armar una familia...”⁸.-

Pero no son estos los únicos motivantes. Según estudios importantes en Latinoamérica existirían al menos 3 factores hacen a la baja fecundidad: 1) la elección de un número pequeño de hijos; 2) la postergación del primer nacimiento; 3) la elección de las mujeres o personas gestantes en no gestar.⁹

III. ¿EL DERECHO O LA EXIGENCIA A TENER UNA FAMILIA?, LA PARADOJA DEL PARADIGMA DE DIVERSIDAD FAMILIAR.

Con el panorama médico ampliado y considerando todos los casos anteriormente referenciados, es posible deducir a prima facie, que las personas que pretenden acceder a estas técnicas lo hacen para consolidar una forma más bien, tradicionalista de la concreción familiar. Independientemente de la intervención médica específica lo que se desea alcanzar con estas opciones tienden a ficcionar el desarrollo de un embrión, a través de las formas naturales de gestación, aunque sin el acto sexual de por medio como dinamizador y productor de este.

Máxime cuando los avances futuristas de artificialidad –robots gestando -; aún no han sido una conquista. Tomando algunos postulados de

8 ONU. (2023). *La ONU advirtió que 1 de cada 5 personas tiene menos hijos por temor al futuro: qué causas impactan en el descenso de la natalidad*. Recuperado de *La ONU advirtió que 1 de cada 5 personas tiene menos hijos por temor al futuro: qué causas impactan en el descenso de la natalidad* el 30 de agosto de 2025.-

9 CABELLÁN, W. y NATHAN, M. (2023). *Los desafíos en la baja fecundidad en América Latina y el Caribe*. Informe de UNFPA. UNFPA-Informe-Baja fecundidad en ALC-version web. pdf Recuperado de The United Nations sexual and reproductive health agency el 22 de agosto del 2025.-

autoras que unen la Gestación por sustitución como una forma de construir familias relacionadas casi con exclusividad, a garantizar derechos de las comunidades LGTBIQ+, diremos que coincidimos con el hecho de que en la actualidad: *“Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y de los postulados del feminismo es que «la biología no debe ser el destino». La igualdad de trato requiere que las decisiones acerca de los varones y las mujeres se realicen por motivos distintos a las supuestas diferencias biológicas”*, más no en todo el resto de sus postulados, sobre todo aquellos en los que alza con el feministrómeno en mano, decidiendo quienes ingresaremos en las filas de defensa de los derechos de las mujeres en el movimiento feminista. Pues el gran error de este postulado es pensar en un solo movimiento feminista. Al parecer no han apre(h)endido mucho de filósofas tales como Angela Davis.

Debemos agregar que al menos en Argentina las normas devenidas del CCyCN se complementan con otras leyes como lo es la de identidad de género, en ambos casos son normas de orden público que tienen quizá algunas contradicciones. Es cierto que el sistema patriarcal quiere atar la maternidad a la categoría mujer heterosexual y cis, así como ha puesto en escena la baja en la fecundidad, endilgando esto a los movimientos feministas, que increíblemente son justo los que promueven no solo las técnicas sino mayoritariamente el uso de terceras personas para la reproducción.

Por ello atacar a los movimientos feministas y endilgarse esta responsabilidad no solo sería hipócrita de parte de los sectores que crearon las condiciones de inestabilidad que generan la incertidumbre de la decisión, sino que como dijera en diversas ocasiones, es en ocasiones el propio movimiento feminista hegemónico quien reproduce esta misma lógica por tanto, si en el mismo orden normativo, conviven el hecho de que “madre es la que da a luz” con los postulados de diversidades de género, matrimonio igualitario y diversidades familiares, todas coincidentes con el hecho de la garantía de concreción familiar y de que en el mejor interés superior del niño deberá llegarse a la resolución, pues la paradoja convencional dispone que en función de estos conflictos quien juzga, deba encontrar un equilibrio razonable en la resolución cuando el caso ya se encuentra planteado, es decir existe hecho consumado de un niño nacido con vida cuya

gestante no es su progenitora, no ha expresado “voluntad procreacional” y ha parido para otros. En todos los casos, el sistema capitalista resultará altamente favorecido. -

Es que entre otros argumentos que desarrollaré más tarde, tengo que pensar que finalmente el concepto de diversidad familiar acuñado en diversas convenciones, tratados internacionales, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso, analizada en la modalidad de diversidad del cuidado de la Opinión Consultiva N.º 31-2025 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no es tal y reproduce el sistema de que solo existe familia si hay prole y de ser así, distinguir si quedan supeditados solo para el reconocimiento de estas una vez que ya existen y no necesariamente para el FOMENTO de ellas – las TRHA - frente a obstáculos objetivamente insalvables aún por la medicina actual, a pesar de la separación de sexo y género, pues lo que aún no es posible soslayar que para llevar adelante una gestación, indefectiblemente necesito un útero con capacidad de gestar, y esto, solo es posible a través de la gestación con seres humanos, sin importar la categoría de género a la que apelemos.

Tomo y traigo elementos para la reflexión, lo que muchas de las personas que pertenecen a la comunidad LGTBIQ+ estiman y coinciden en no avalar el uso de estas técnicas y reconocen que, en todo caso, esta será una limitante para tener hijos al menos desde la técnica de “naturalidad”, pero no por otras formas de filiar reconocidas que en su caso debiéramos sin lugar a dudas fortalecer en su uso, como lo es la adopción.

Derrumbando así la teoría de que no solo las TRHA sino el uso de cuerpos gestantes para terceros es una potestad que debemos garantizar a las personas de estos colectivos, sino centrando el análisis en el rol que les atribuiremos a las personas que gesta por subrogación, como objetivada o como subjetivada. Así las cosas, deberíamos analizar en virtud de nuestra especificidad del derecho, justamente tomando al menos, estos postulados.

IV. ¡EUREKA, LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN NO ES UNA TRHA!:

Cabe decir también que en realidad la gestación por sustitución NO es en sí misma una técnica de reproducción humana asistida, sino una forma de concretar dichas técnicas, pues se realiza siempre con una fecundación in vitro con gametos propios o en su caso donados en parte o en su totalidad y que ya en 1978 pudo hacerse efectiva. Esto incluso a pesar de que la Organización Mundial de la Salud, decidiera incluirla como técnica es claro que no lo es: *“...La palabra técnica proviene de téchne, un vocablo de raíz griega que se ha traducido al español como “arte” o “ciencia”. Esta noción sirve para describir a un tipo de acciones regidas por normas o un cierto protocolo que tiene el propósito de arribar a un resultado específico, tanto a nivel científico como tecnológico, artístico o de cualquier otro campo. En otras palabras, una técnica es un conjunto de procedimientos reglamentados y pautas que se utiliza como medio para llegar a un cierto fin. Por lo tanto, una técnica se aprende y puede ser llevada por cualquier persona entrenada independientemente de su edad o biología ya que son métodos Stop Vientres de Alquiler, agosto 2019 3 Análisis crítico al concepto de gestación subrogada como técnica reproductiva incluido en el “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la OMS (2010)” Inma Guillem de aprendizaje y destreza. Atendiendo a esta definición, es tan absurdo pensar que un embarazo es una técnica como pensar que lo es un proceso digestivo normal...”*¹⁰

Es decir que el dilema moral no pasa entonces por concretar la reproducción de la humanidad en un laboratorio y con esto garantizar la forma de elección familiar por antonomasia, ese dilema lo tenemos al parecer ya superado, ha dejado de ser tal. Sino que el dilema se verifica ahora en la utilización de un tercer cuerpo, un cuerpo con vida, con derechos, con obligaciones, con anhelos, con un contexto que la determina. Utilizo aquí las palabras de la Dra. Una tercera persona que funge de órgano externo

¹⁰ Guillem, I. (2010). *Análisis crítico al concepto de gestación subrogada como técnica reproductiva incluido en el “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la OMS (2010). Analisis-critico-al-concepto-de-gestacion-subrogada-como-tecnica-reproductiva-.pdf* Recuperado de www.bioeticaweb.com el 25 de agosto de 2025.-

reproductor para otras personas, al menos hasta que el proyecto de úteros artificiales sea una realidad concreta.

Es el momento entonces de preguntarnos ¿qué cambio en el mundo, en los valores tal vez, en el reconocimiento y amplitud de los derechos fundamentales, que cambió incluso en la construcción de paradigmas que disponen como absoluto la exigencia estatal de garantizar el deseo adulto-céntrica del construir una vida familiar tradicionalmente hegemónica y que esta deba ser reconocida no solo por el plexo normativo sino también por una resolución judicial? Máxime cuando la referencia del reconocimiento de las diversidades familiares se encuentra dispuesta convencionalmente en diversos tratados, declaraciones, sentencias de la CIDH y demás. Así las cosas, desde el ámbito netamente Latinoamericano podemos una vez más unificar al menos el compilado convencional, puesto que más allá de la interpretación específica en el ámbito territorial de cada uno de los países que componemos la diversidad sociocultural latinoamericana, hemos de decir que en su totalidad al menos nos unifica una serie de acuerdos internacionales que nos disponen a asumir compromisos en distintos órdenes.

Entonces comenzando por “el origen del principio”, diremos que en función de lo estipulado por la Declaración Universal de los derechos de la Humanidad, desde su preámbulo se ratifica que: *“...los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”*

Apelando a la fraternidad entre unos y otros que implica un trato igualitario en la condición de ser persona humana, sin distinción alguna que te excluya de ese análisis de resguardo, garantizando no solo el estar libre de esclavitud sino de servidumbre, así como conviven el derecho a la no injerencia arbitraria en la vida privada familiar, del mismo modo garantiza la diversidad de existencias y construcción de ellas, y continúa, con la protección de la elección del derecho de la maternidad. Pero no deja fuera el hecho de que se garantice el derecho al principio de corresponsabilidad social, este último principio, pocas veces analizado en el conflicto

específico de la modalidad de concreción de las TRHA, es decir que nunca se ha mencionado en tal sentido la corresponsabilidad social referida a la decisión del uso de una tercera para concretar la gestación de una TRHA, volviendo a lo manifestado en el primer momento, ese que es y significa literalmente “el uso” de ese tercero de manera absolutamente activa y no ya pasivamente con una donación de fluidos.

Por tanto, este principio, tiene un peso específico importante en este sentido, pues le quita a cualquier análisis la restricción que el individualismo nos desea imponer como concepto cultural y como objetivo capitalista del sistema, ¿La voluntad debería ser absoluta y como tal respetada en ese absolutismo?, de ser así ¿Por qué tanto conflicto, por ejemplo, con la eutanasia? Como bastión discursivo para recordar el ejercicio de servidumbre. “Ser libre y que lo demás no importe nada”, también tiene un límite protectorio para ese tercero involucrado con el solo fin de customizar¹¹ tu derecho al desarrollo de tu libertad, en este caso la libertad de construir la descendencia con la ficcionada escena de una gestación y un dar a luz.

¿O acaso el relato del famoso conductor Marley en Argentina, del como estableció por contrato el nacimiento de su segunda hija por subrogación, no es lo suficientemente clarificadora para comprender?

Finalmente en la mayoría de los casos, es ese justamente el conflicto: el sujeto humano no es pasible de ser objeto contractual y no es posible comparar el uso de la fuerza laboral con esta situación, ya que los postulados de los derechos laborales se encuentran dispuesto desde lógicas completamente diferentes al derecho civil privatista, pues por su carácter de orden público, centran la protección en quien dispone de la fuerza de trabajo para

11 Customizar es un verbo que no forma parte del diccionario de la Real Academia Española (RAE) pero que, sin embargo, tiene un uso bastante frecuente en nuestra lengua. Se trata de una adaptación del término inglés *customize*, que refiere a modificar algo de acuerdo a las preferencias personales. Puede decirse, por lo tanto, que customizar un objeto es lo mismo que personalizarlo (adaptarlo a nuestro gusto). La noción de customizar es frecuente en el ámbito de la moda y de la indumentaria, aunque también se utiliza en el marketing. Disponible en [Customizar - Qué es, definición y concepto](#), consulta el 30 de agosto de 2025.-

otro en una relación de hiposuficiencia; a diferencia del derecho privado que presume una relación de iguales al momento de la contratación.

En el caso referenciado, dijo el conductor televisivo en una entrevista: *“...Durante una reciente entrevista, Marley contó detalles sobre el parto de su hija ocurrido el 28 de diciembre de 2024 en Oklahoma, Estados Unidos, a través de gestación subrogada y reveló que tuvo complicaciones por lo que debieron asistir a la gestante porque estaba en riesgo de vida. Sin embargo, contó que el médico le consultó a él si quería que la intervenga a lo cual se opuso “porque quería un parto natural”. Finalmente, debió acceder porque la mujer perdía mucha sangre, según él mismo relató. “Había mucho sangrado y me habló de un aparato que parece una aspiradora para acelerar el momento. Yo quería que fuera un parto natural”¹². Él quería, él pagaba, él mandaba, la otra... ¿Qué es la otra?*

Ya a nivel Latinoamericano la propia Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, refuerza los postulados anteriormente citados y lo hace incluso explicitando la cuestión relativa a la dignidad de la persona humana y de la eliminación de la esclavitud, la trata y la servidumbre. No está de más recordar el concepto de este último término pues bien podría ser un factor nodal de análisis para poder diseccionar el aspecto de toma de decisión que ciertos espacios feministas hegemónicos endilgan como fundamento habilitante de la gestación por subrogación. Nuevamente es real que el estado no puede ser paternalista en su configuración y sobre todo el trato con dignidad y respecto de los grupos en contexto de vulnerabilidad no implican anular las decisiones de sus integrantes pero también es cierto que la existencia de Convenciones y Tratados específicos de resguardo a las personas en contexto de vulnerabilidad, existen justamente para sin ser paternalistas o anuladores de las decisiones de estas, esas decisiones se den en el mayor marco de garantías del ejercicio de voluntad.

12 Marley. (2023). *Fuerte polémica por el relato de Marley sobre el parto de su hija: “Quería que sea natural”*. El Destape. Recuperado de *Fuerte polémica por el relato de Marley sobre el parto de su hija: “Quería que sea natural”* | El Destape Fecha de consulta 28 de Agosto del 2025.

Sino se garantiza eliminar las barreras, implicaría que el ejercicio de sus acciones conforme la regla general de capacidad se vea obstruida, del mismo modo que en caso de que la persona tenga restricciones en el ejercicio de su capacidad el estado sea un vehiculizador de apoyos para la toma de decisiones y la ejecución de las acciones. Pues bien, esta lógica debe operar siempre que se configure un desequilibrio en la igualdad en esa toma de decisión de no ser esto así, el estado tiene el deber de evitar que, con el argumento del libre albedrío devenido de la regla general de capacidad, se considere siempre a la gestante subrogada en condiciones de equivalentes en la toma de decisión. Veremos incluso en casos en los que poca duda cabrían de ese ejercicio de voluntad, también es factible “sospechar” de una desigualdad. Para ello es imprescindible comprender los postulados desarrollados por Foucault respecto de lo que implica en todo tipo de relaciones sociales, el detentar y ejercer el poder.

Así es que para ello deberá observar con detenimiento caso por caso, considerando la exigencia también convencional de la CEDAW en cuanto estipula no solo legislar, juzgar y accionar con perspectiva de género, sino en su faceta más puntillosa de resguardo, verificar la situación bajo la lupa de la categoría sospechosa de violencia de género¹³.

Así las cosas, es dable recordar que ya desde el fallo “Artavia Murillo y otros c/Costa Rica”, en el que la CIDH interpela a concretar el derecho

13 ASCENCIO, Raquel [et.al.] *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género* - 1a ed. - Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2010. Disponible en: [Pensar_la_cárcel_desde_un_enfoque_de_derechos_con_perspectiva_de_género.pdf](#) Accedido: 25 de Agosto de 2025: “...lo que se denomina “androcentrismo” que es colocar al hombre como el modelo de lo humano. De esta concepción no escapa el derecho, ni aún el de los derechos humanos, plasmado en convenciones que proclaman la igualdad entre las personas. Sobre el derecho, Raquel Ascencio nos señala que en general, fue diseñado e implementado atendiendo a las necesidades masculinas. Por ello, tanto las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas tienden a invisibilizar las experiencias y las necesidades jurídicas específicas de las mujeres. Estas circunstancias hacen que el sistema de administración de justicia y sus operadores judiciales no siempre estén preparados para atender adecuadamente las demandas femeninas5.

a la posibilidad de acceso a técnicas de reproducción humana asistida para garantizar este paradigma así como el fallo “Atala Rifo c/ Chile”, con diversas situaciones y resalto en este último del derecho a su vez de que dichas diversidades no se sometan al paradigma de la heterosexualidad androcéntrico, existe una protección convencional que rige en cada uno de nuestros países que adoptan las mismas y la adecuan internamente para evitar acciones discriminatorias. Y allí converge lo interesante, finalmente la diversidad familiar se ha visto reducida a la exigencia de ficcionar el tradicionalismo de lo “natural”.

Paul Preciado advierte esta “tentación” del sistema incorporado de manera innata en cada uno de las personas, pues todos estamos estructurados bajo la órbita del aún paradigma vigente y hegemónico: el patriarcal; y, el poder utilizará todas las herramientas que estén a su disposición para sostener este paradigma y hacerlo pasar por una novedad de inclusión, usando incluso para ello a los propios grupos feministas y de la comunidad de diversidades de género, como aliados naturales: “...*El cuerpo no es aquí una materia pasiva sino una interface tecno-orgánica, un sistema tecnovivo segmentado y territorializado según diferentes modelos (textuales, informáticos, bioquímicos, etc.)* (Haraway, 2000: 162). *Voy a dar sólo un ejemplo de esa yuxtaposición de ficciones somáticas de las que somos objeto. Dean Spade invita a reflexionar sobre la diferencia entre la definición de la rinoplastia como cirugía estética y la aceptación actual de la vaginoplastia y la faloplastia como operaciones de cambio de sexo* (Dean Spade, 2000). *Mientras la primera pertenece a un régimen de corporalidad posmodernista en la que la nariz se considera propiedad individual y objeto de mercado, las segundas permanecen inmersas en un régimen premoderno y casi soberano de corporalidad en el que el pene y la vagina siguen siendo propiedad del Estado...*”¹⁴

14 PRECIADO, Beatriz. *La invención del género o el tecnocordero que devora a los lobos – Biopolítica del Género* Disponible en: 365213634-Preciado-B-La-Invencion-Del-Genero-o-El-Tecnocordero-Que-Devora-a-Los-Lobos-1.pdf. Accedido el 29 de agosto del 2025.-

V. LA DELGADA LÍNEA ENTRE EL ARGUMENTO DEL EJERCICIO DE VOLUNTAD Y LA CONCRECIÓN DE UNA ACCIÓN DE SERVIDUMBRE.

El anteproyecto de Código Civil y comercial Argentino incluía avallando concretar TRHA con úteros de personas gestantes que lo hacían para otros, la denomino como “maternidad subrogada”, finalmente al momento de que se debatiera en el Congreso Nacional, el proyecto final descartó este artículo y fue retirado del CCyCN que se sancionó y entró en plena vigencia el 1 de agosto de 2015. Quedando expresa la filiación por naturaleza, adopción y por TRHA, sin incluir ya la posibilidad de concretar esta última con una gestante sin voluntad de maternar.

En febrero de 2016, en un Juzgado de Familia de Lomas de Zamora, jurisdicción de la Pcia. de Bs As., la Dra. Villaverde en ese entonces a cargo de dicho juzgado, debió decidir si para el caso planteado declaraba la inconstitucionalidad del art. 552 del CCyCN y admitía como progenitora materna a una mujer que no era la gestante, pues había manifestado su falta de “voluntad procreacional”.¹⁵ La historia conmueve pues se trata de una hermana con capacidad gestante “prestando” su útero a la hermana a la que se le imposibilitaba la gestación más no la producción de óvulos. Nadie podría dudar en tal caso que en este tipo de relación lo que motiva esta decisión es el amor de hermanas. Lo que en los fundamentos del fallo justamente se describió como “un gesto de amor”.

Tuve la oportunidad en aquel entonces de participar de la conferencia en el que se explicó el fallo en la Universidad de Lomas de Zamora, siendo la disertante la propia jueza. El salón se encontraba abarrotado de personas que entiendo como yo, necesitaban confirmar que lo que la sentencia judicial había producido era un “verdadero acto de justicia”. Sin embargo, creo que fue allí en donde Foucault volvió a danzar entre las sombras. La Dra. Villaverde explica que dudo y mucho, pues si bien el acto sin dudas

15 UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR. *Mamma mía. La voluntad procreacional hace a la madre* 04 abril 2016. Disponible en: Universidad Nacional del Sur - Sitio oficial. Accedido el 30 de agosto del 2025

es altruista, de la intervención del equipo interdisciplinario del juzgado, podía argüirse una relación de poder desigual. La hermana que no podía llevar a término el embarazo produjo su propio óvulo para que unidos a los gametos de su marido logaran una fecundación in-vitro y una implantación en un útero no propio, ejercía una influencia tal en la que sí podía gestar, de la que se desprendía la presión ejercida: *“...la familia también puede ser fuente de conflicto para sus propios miembros. Si bien la perspectiva funcional asume que la familia brinda a sus miembros consuelo y apoyo emocional, muchas familias hacen todo lo contrario y están lejos de los grupos armoniosos y felices representados en los programas de televisión de los años 50. En cambio, y como lo ilustró trágicamente la noticia que inició este capítulo, argumentan, gritan y usan la crueldad emocional y la violencia física...”*¹⁶.

En el ámbito de la Unión Europea cabe decir que muchos países han taxativamente prohibido el uso de personas para gestar para otros, han prohibido la gestación por subrogación, el alquiler de vientre, la maternidad subrogada o toda práctica que implique el uso de otras personas que gesten para terceros. Justamente con el objetivo de proteger a las personas con capacidad de gestar de ser utilizadas a través de acciones de servidumbre, por otras personas que frente al contexto de desigualdad socioeconómico que muchas de estas detentan, aprovechan esta desigualdad para sus deseos personales y la exigencia judicial posterior del reconocimiento de esta acción customizadora de sus deseos para legalizarla y traducirla en un derecho customizado. -

La situación en Europa atraviesa los mismos conflictos que en Latinoamérica, y las soluciones a los casos planteados son diversos según cada situación particular. Sin embargo resulta interesante traer aquí para la observación el fallo “Paradiso y Campanelli contra Italia”, los demandantes eran un matrimonio italiano que al no poder concebir, tras diversos intentos infructuosos de hacerlo y con aptitudes para adoptar, deciden

16 LIBRETEXTS ESPAÑOL. *Perspectivas sociológicas sobre la familia*. Disponible en 11.3: Perspectivas sociológicas sobre la familia - LibreTexts Español. Accedido en 25 de agosto de 2025

realizar en Rusia, un contrato de subrogación: “...Tras el nacimiento del menor, se expidió un acta de nacimiento en la que se inscribió a los demandantes como progenitores legales, sin hacer referencia al acuerdo de gestación por sustitución y al previo consentimiento de la madre gestante. Al regresar a Italia con el menor, los demandantes solicitaron a las autoridades municipales la inscripción del acta de nacimiento en el Registro Civil. Las autoridades italianas rechazaron la inscripción e iniciaron dos procedimientos paralelos: un procedimiento penal por delitos de falsedad documental, alteración del estado civil e infracción de la legislación sobre adopción (pendiente en el momento del proceso ante el TEDH) y un procedimiento administrativo destinado a declarar al menor en situación de desamparo...”, es necesario remarcar que de las constancias médica rusa, se esgrimía que había vínculo biológico entre el pretenso progenitor y el niño, lo que hubiese simplificado la resolución. Sin embargo, tras someterse a pruebas genéticas quedó descartado todo vínculo biológico entre los pretendidos progenitores y el niño. Esto último y la transgresión a las normas italianas más lo que entienden como falta de construcción de “vida familiar” determinaron que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH- considerara que la separación del niño respecto de los pretendidos progenitores no sería una solución ni arbitraria ni excedida y que el interés superior del niño se encuentra garantizado por el Estado, en otros antecedentes se analiza la postura del TEDH y en que principios hace énfasis en proteger: “...Nótese que el Tribunal en ningún momento se plantea que esta situación pueda afectar o vulnerar el derecho al respeto de la vida privada de los progenitores intencionales. Es más, apunta a que la situación se ha desencadenado por la decisión de éstos de acudir a ordenamientos más permisivos que el francés para llevar a término los contratos de gestación por sustitución. Pero la negativa del Estado a reconocer jurídicamente la relación genética existente entre los menores y los progenitores intencionales contraviene el interés superior del menor y, con ello, vulnera su derecho al respeto de la vida privada. Así pues, es el interés superior del menor el factor más relevante en la decisión final del TEDH en estas sentencias...”¹⁷

17 CARMONA CUENCA, Encarnación Del Rosario y REDONDO SACEDA, Lara. *Gestación*. *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n. 31 Ext., p. 1-34. Disponible en: [<http://hdl.handle.net/10017/59966>]. Accedido: 30 agosto 2025

Por último, en Octubre del 2024, se dio a conocer que en Alemania donde una ciudadana de 58 años se presentó junto a su pareja en un hospital con una beba de apenas 3 meses en pésimo estado de cuidado y salud, identificada como nacida en Argentina y con pasaporte argentino, la mujer no se encontraba en condiciones de general el cuidado lo que sumado a la documentación mencionada, dio origen a la intervención de funcionarios que dispusieron la inmediata separación de la niña de su supuestos progenitores. De ahí en más se inician investigaciones tanto en la Provincia. de Bs As como en Santa Fe, lo que implicó revelar que los montos solicitados por las clínicas de fertilización que intervenían eran de hasta U\$S 50.000 (cincuenta mil dólares estadounidenses); de lo que se le entregaba a la gestante una suma que iba entre los U\$5000 (cinco mil dólares estadounidenses) hasta un máximo de U\$10000 (diez mil dólares estadounidenses), por lo que se abre el proceso de investigación por trata de personas en Argentina para la gestación por subrogación¹⁸.

La modalidad utilizada es conocida y a publicidad abierta, denominada: “turismo reproductivo”. Nadie duda que nuestro país es un baluarte en relación a paisajes (playa, montaña, nieve, cataratas, glaciares, pistas de sky internacionales, entre otros); así como un sitio de diversidad gastronómica: asado, empanadas, locros, curantos; y en mismo sentido, la identidad cultural que integra nuestra diversidad musical, teatral entre otros. Esto es una invitación a recorrer a lo largo y ancho de nuestro país, en materia de turismo. Con el agregado en este caso de que este servicio se ofrecía especialmente a personas que desearan sumar el “servicio” de gestación por subrogación. Cabe aclarar que nuestro país ya vivió algo similar en materia de adopción, pues con el fallo “Fornerón”, se evidenció la entrega directa de niños ya no por gestación sino con el uso directo de adopciones irregulares. En ambos casos, las personas que “requerían el servicio” tenían un muy buen pasar económico y las que mujeres que entregaban el “producto”, se encon-

18 INFOBAE. “Turismo reproductivo”: investigan la venta de bebés argentinos a extranjeros por subrogación de vientres, abril del 2024. Disponible en: “Turismo reproductivo”: investigan la venta de bebés argentinos a extranjeros por subrogación de vientres - Infobae. Accedido en 30 de agosto del 2025

traban en situación de vulnerabilidad socioeconómica importante. En el medio, una mafia que se encarga de enlazar, la “necesidad” con el “derecho”.

Así las cosas, el 23 de diciembre del 2024, a pocos meses del escándalo antes mencionado, la Corte Suprema de la Nación Argentina –CSJA-, decide sobre una situación en tal sentido planteada. Hago saber que la CSJA, no tiene plazo para resolver los planteos que llega a ella, por tanto, sería ilógico suponer que no haya habido en esta sentencia un interés político subyacente, pues en general, todas sus sentencias históricamente están signadas a los tiempos y escenarios de la vida política argentina.

Sin embargo, más allá de todas las críticas que yo misma endilgo sobre los 3 magistrados hombres que la componen, en este caso habremos de decir que sus análisis resultan no solo interesantes, profundo, hermenéuticamente impecable e incluso comprometido con la perspectiva de género, garantizando el interés superior del niño en función de que este pueda continuar su vida familiar con sus dos progenitores pero con una solución legal diferente a la peticionada y de la misma manera, garantiza a los peticionantes, como parte de la comunidad de la diversidad sexual, su derecho a la conformación familiar.

Todo ello en el marco del análisis de razonabilidad, de realidad y la protección del interés superior del niño, conjugando también la necesidad de no abrir el juego a la legalización de prácticas que implicarían el uso de terceras personas como objetos de un contrato: “...*Es importante destacar que hay una cuestión de género que hay que atender, y se trata de la vulnerabilidad social de las mujeres gestantes, que, cuando están en condiciones de pobreza extrema, podrían ser víctimas de una comercialización que las afectaría gravemente...*”¹⁹; evidentemente el Dr. Lorenzetti, en su fallo recoge el guante del conflicto que atraviesa nuestro país en ese preciso momento y lo evidencia en varios tramos del desarrollo de sus fundamentos.

19 CSJN. S., I. N. c/A., L. s/Impugnación [en línea]. Jurisprudencia Civ 86767/2015/1/RH1, octubre 2024.

VI. AL FIN Y AL CABO

Podemos entonces concluir que, si bien la OMS ha dispuesto a el “útero subrogado” dentro de un glosario de TRHA e incluso el fallo de la CSJA así lo ratifica dentro de sus fundamentos, esto es merecedor de críticas absolutamente fundadas y en tal sentido tampoco habilita a la práctica de manera que no se pueda verificar un límite no solo ético sino legal en este sentido. Por el momento no hay indicadores de que esta práctica que efectivamente se realiza día tras días en diversas regiones del mundo, tengan un carácter de altruismo, sino todo lo contrario. Cada vez resulta más evidente que la gestación por subrogación ha entrado en la esfera abierta de la comercialización y así como en algunos países ya se ha naturalizado la práctica de pago de la donación de gametos, se intenta imponer esa naturalidad también en el uso de esta práctica de reproducción para otros.

Para finalizar siempre sin finalizar nada: “...La Ceremonia prosigue como de costumbre (...) Estoy con los brazos levantados; ella me sujeta las manos con las suyas. Se supone que esto significa que somos una misma carne y un mismo ser. Pero el verdadero sentido es que ella controla el proceso y el producto de este, si es que existe alguno (...) tengo la falda recogida, pero solo hasta la cintura. El Comandante está follando. Lo que está follando es la parte inferior de mi cuerpo. No digo haciendo el amor, porque no se trata de eso. Copular tampoco sería una expresión adecuada, ya que supone la participación de dos personas, y aquí solo hay una implicada. Pero tampoco es una violación: no ocurre nada que yo no haya aceptado. No había muchas posibilidades, pero sí algunas y esta es la que yo elegí...”²⁰.-

REFERENCIAS

ASCENCIO, Raquel [et al.]. *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*. 1ª ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2010.

ATWOOD, Margaret. *El cuento de la criada*. Barcelona: Salamandra, 2018.

20 ATWOOD, Margaret. *El cuento de la criada*. Ed. Salamandra, 2018. C. 16, p. 139

CABELLÁN, W.; NATHAN, M. Los desafíos en la baja fecundidad en América Latina y el Caribe. *Informe de UNFPA*, 2023.

CARMONA CUENCA, Encarnación del Rosario; REDONDO SACEDA, Lara. Gestación. *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31 Ext., p. 1-34.

CIVIO. Las donantes de óvulos en España reciben más dinero que en Dinamarca, Reino Unido o Finlandia. *WeBank Banco de Óvulos*, 2025.

FLORES, Javier. Evolución de las tecnologías de reproducción asistida: una mirada desde la biomedicina. *Interdisciplina*. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 10, n.º 28, sep./dic. 2022.

GUILLEM, I. Análisis crítico al concepto de gestación subrogada como técnica reproductiva incluido en el “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la OMS (2010)”. 2010.

INFOBAE. Científicos logran eliminar en un laboratorio el cromosoma extra que causa el síndrome de Down. [s. f.].

INFOBAE. “Turismo reproductivo”: investigan la venta de bebés argentinos a extranjeros por subrogación de vientres. abr. 2024.

LIBRETEXTS ESPAÑOL. Perspectivas sociológicas sobre la familia.

MARLEY. Fuerte polémica por el relato de Marley sobre el parto de su hija: “Quería que sea natural”. *El Destape*, 2023.

ONU. La ONU advirtió que 1 de cada 5 personas tiene menos hijos por temor al futuro: qué causas impactan en el descenso de la natalidad. 2023.

PRECIADO, Beatriz. *La invención del género o el tecnocordero que devora a los lobos – Biopolítica del Género*.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Customizar*.

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR. Mamma mía. La voluntad procreacional hace a la madre. 2016.

WEBANK BANCO DE ÓVULOS. Avenida Callao 194, Once. 2025.

NORMAS JURÍDICAS

ARGENTINA. Ley 26.994. *Código Civil y Comercial de la Nación*. 2015.

ARGENTINA. Ley 27.447, de 26 de julio de 2018.

CSJN. S., I. N. c/A., L. s/*Impugnación*. Jurisprudencia Civ 86767/2015/1/RH1, octubre 2024.



Este libro se terminó de imprimir
en primavera de 2025 en Santiago de Chile
Fue compuesto usando la tipografía Alegreya Sans ht diseñada
por Juan Pablo del Peral (www.huertatipografica.com)
y distribuida bajo licencia OFL.

A J E

El Derecho de Familia en América Latina: debates y transformaciones es una obra colectiva editada por los doctores Isnel Martínez Montenegro y Eduardo Oliva Gómez. El estudio del Derecho de Familia en la región ha adquirido creciente relevancia, no solo desde lo jurídico, sino también desde perspectivas sociales, políticas y culturales. Las familias, reconocidas constitucionalmente como núcleo fundamental de la sociedad, se encuentran en constante transformación frente a fenómenos como migración, diversidad cultural y los avances tecnológicos. Esta obra ofrece un análisis multidimensional de estos cambios, reuniendo investigaciones, reflexiones y estudios de caso. Se organiza en cuatro partes: familias y migración; procesos de constitucionalización y reformas jurídicas; justicia familiar y mecanismos de protección; y desafíos sociales contemporáneos, incluyendo violencia, control parental digital y gestación por sustitución. Los capítulos abordan las nuevas familias, derechos de personas con discapacidad y las familias multiespecie, destacando la importancia de procesos judiciales especializados, políticas públicas inclusivas y protección de los derechos humanos. La obra invita a repensar el Derecho de Familia como un instrumento dinámico, capaz de fortalecer la justicia social, la cohesión comunitaria y la dignidad humana. Es un recurso esencial para académicos, juristas, legisladores, operadores judiciales y estudiantes que buscan comprender la complejidad de las familias en contextos latinoamericanos diversos y contemporáneos.



 **rubicón**
EDITORES

**EL DERECHO DE FAMILIA EN AMÉRICA LATINA:
DEBATES Y TRANSFORMACIONES**

Isnel Martínez M. - Eduardo Oliva G.

302 Páginas / 15,9 x 21,9 cm