

TEMAS SELECTOS

4

HACIA EL ÁMBITO DEL DERECHO FAMILIAR

Eduardo Oliva Gómez

Ricardo Tapia Vega

Francisco Javier Jiménez Muñoz

Erika Nayeli Hernández Castelo

(coordinadores)



Hacia el ámbito del derecho familiar / Dr. Eduardo Oliva Gómez, Coord.; Dr. Ricardo Tapia Vega, Coord. ; Dr. Francisco Javier Jiménez Muñoz, Coord. ; M. en D. Erika Nayeli Hernández Castelo, Coord.--

México, 2017.

200 p. ; 21.5 cm. -- (Colección Derecho y Ciencias Sociales. Temas Selectos)

Contiene índice. -- Textos en inglés y español

ISBN: 978-607-9287-28-3

KKT5162H335

I. Oliva Gómez, Eduardo, coordinador

II. Tapia Vega, Ricardo, coordinador

III. Jiménez Muñoz, Francisco Javier, coordinador

IV. Hernández Castelo, Erika Nayeli, coordinadora

TEMAS SELECTOS 4. HACIA EL ÁMBITO DEL DERECHO FAMILIAR

Eduardo Oliva Gómez

Ricardo Tapia Vega

Francisco Javier Jiménez Muñoz

Erika Nayeli Hernández Castelo

D.R. © Eduardo Oliva Gómez, Ricardo Tapia Vega, Francisco Javier Jiménez Muñoz,
Erika Nayeli Hernández Castelo, 2017

D.R. © Ediciones Eternos Malabares, 2017

Ediciones Eternos Malabares, S. C.

Fovissste Cantarranas E- 7 Depto. 101

Acapantzingo, C.P. 62440

Cuernavaca, Morelos, México

eternomalabares@yahoo.com.mx

Universidad Autónoma del Estado de Morelos

Av. Universidad 1001

Col. Chamilpa, C.P. 62209

Cuernavaca. Morelos

publicaciones@uaem.mx

ISBN 978-607-9287-28-3

IMPRESO EN MÉXICO

COLECCIÓN:

Derecho y Ciencias Sociales

DIRECTOR:

Dr. Ricardo Tapia Vega

SERIE:

Temas Selectos

DIRECTORES:

Dr. Ricardo Tapia Vega

Dr. Eduardo Oliva Gómez

CONSEJO EDITORIAL:

Dr. Rubén Toledo Orihuela (Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

Dr. Francisco Xavier García Jiménez (Jefe de la División de Estudios Superiores de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos)

M. en D. Richard Aguilar Díaz (Profesor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Barcelona).

Dra. Tatiana Vanessa González Rivera (Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

Dr. Enrique Pérez Salazar (Universidad Autónoma del Estado de Morelos, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad).

M. en D. Miriela Sosa González (Universidad de La Habana, Cuba, candidata a Doctora en Derecho, CONACYT, PNPC 002764, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

Lic. Nadia Martínez Sánchez (Universidad Autónoma del Estado de Morelos, candidata a Maestra en Derecho, CONACYT, PNPC 002478, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

Lic. Lizeth Juliana García Atrá (Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia, candidata a Maestra en Derecho, CONACYT, PNPC 002478, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos).

ARBITRAJE DE LA OBRA:

Dr. Carlos Villagrasa Alcaide. Universidad de Barcelona

PRÓLOGO:

Dr. Francisco Vega Sala. Academia Internacional de Derecho Comparado

COORDINADORES: **Doctores en Derecho Eduardo Oliva Gómez, Ricardo Tapia Vega, Francisco Javier Jiménez Muñoz y Maestra en Derecho Erika Nayeli Hernández Castelo**

CORRECCIÓN DE ESTILO: **Ediciones Eternos Malabares**

ILUSTRACIÓN DE PORTADA: **Ernesto Alonso**

ISBN: **978-607-9287-28-3**

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial y el autor.

EDITORIAL:

Ediciones Eternos Malabares S.C.

DIRECTOR:

Mtro. Ricardo Venegas Pérez

DISEÑO

Tania Jasso Blancas

:



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Barcelona, 3 de diciembre de 2016.

Asunto: Dictamen Razonado.

Ediciones Eternos Malabares
Universidad Autónoma del Estado de Morelos
Universidad Nacional de Educación a Distancia

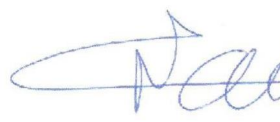
Por este medio hago de su conocimiento que he revisado la obra perteneciente a la serie *Temas selectos*, de la colección *Derecho y Ciencias Sociales*, titulada: ***Temas selectos. Hacia el ámbito del derecho familiar. Vol. 4*** y que coordinan los sres. Ricardo Tapia Vega, Francisco Javier Jiménez Muñoz, Eduardo Oliva Gómez y Erika Nayeli Hernández Castelo.

Considero que las aportaciones realizadas por los investigadores y académicos de la ciencia jurídica que participan de esta obra colectiva, cumplen con los más altos estándares de calidad.

Las contribuciones, además de ser originales y novedosas, son de vanguardia, así, en lo que concierne al sistema jurídico mexicano, los temas que se abordan van desde: el matrimonio igualitario a la luz de los derechos humanos, los retos de las familias de acogida y los impactos locales del interés superior del niño, hasta temáticas relacionadas con los derechos de convivencia de los abuelos, mediación familiar intraprocesal y el denominado Instituto Mexicano de la Niñez. Por lo que se refiere al sistema jurídico español las temáticas son de especial relevancia, al abordarse temas como: la filiación derivada de la reproducción asistida, obligación alimenticia interparental, vivienda y sobreendeudamiento familiar y la figura del acogimiento.

Concluyo que se trata de una obra digna de publicarse y divulgarse en la comunidad científica del derecho y las ciencias sociales.

Sin más que agregar, reciban un cordial saludo.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

Dr. CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE
Director del Máster en Derecho de Familia y la Infancia de la Universidad de Barcelona.
Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

ÍNDICE

Prólogo

Dr. Francisco Vega Sala..... 9

El matrimonio igualitario en México. Una perspectiva de derechos humanos.

Ricardo Tapia Vega 15

La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: Retos y compromisos a cumplir.

Eduardo Oliva Gómez38

El principio del interés superior del niño y su aplicación. El círculo virtuoso entre lo global y lo glocal.

Joaquín Sedano Tapia60

Instituto mexicano de la niñez: ¿Una necesidad?

Erika Nayeli Hernández Castelo74

Violación del derecho de convivencia del menor con el abuelo, en su condición de adulto mayor

Graciela Quiñones Bahena90

La mediación intraprocesal familiar como instrumento de garantía del artículo 17 constitucional

Kessia Damaris Alue Ramírez105

Últimos avances en la regulación española de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

Francisco Javier Jiménez Muñoz.....122

La obligación alimenticia interparental en Derecho Español

Carlos Lasarte Álvarez135

Vivienda y sobreendeudamiento familiar en el marco de diversos ordenamientos jurídicos

Fátima Yáñez Vivero147

El acogimiento en el sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia

Lourdes Tejedor Muñoz171

Prólogo

El libro que tengo el honor y la satisfacción de prologar está formado por un conjunto de artículos sobre investigación en el campo del Derecho de Familia y merece todo elogio. El propósito de la División de Estudios Superiores del Postgrado de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos es divulgar los trabajos de investigación que se realizan en el seno de la misma, o en colaboración con otros centros y Universidades a las que se invita a participar en su programa de investigación. El resultado de esta labor es la colección TEMAS SELECTOS, a la que pertenece la presente obra, cuyo título HACIA EL ÁMBITO DEL DERECHO FAMILIAR, constituye el cuarto volumen de la colección.

HACIA EL ÁMBITO DEL DERECHO FAMILIAR es, pues, un conjunto de reflexiones de diez juristas; seis mexicanos y cuatro españoles; sobre diez temas distintos de Derecho de Familia y de los diversos criterios, entre los que podría escogerse para presentar estos trabajos de investigación, el Director de la obra ha elegido presentarlos por países, recogiendo primero los que hacen referencia al Ordenamiento Jurídico Mexicano y a continuación los que se refieren al Derecho Español. Este criterio da relevancia a la exposición y conocimiento de temas concretos del derecho de cada país, más que a la confrontación comparativa del derecho de ambos países. Pero, en contra de los que pudiera parecer, esta forma de proceder no es en demérito de la obra sino todo lo contrario; la mayoría de los artículos publicados no se ciñen exclusi-

vamente a exponer el derecho nacional, también hacen referencia al derecho de otros países y esto nos permite presentar la obra no solamente como recopiladora de temas selectos del Derecho Mexicano y del Derecho Español, sino también como un verdadero estudio de Derecho Comparado.

En efecto, a pesar de ser varios autores y distintos temas, el conjunto constituye un único estudio armónico de Derecho Comparado, no sólo por las citas que cada uno de ellos hace de otras legislaciones distintas a la mexicana y a la española, sino porque aparece el aspecto sociológico que subyace en los estudios de Derecho Comparado. Cada autor tiende a evidenciar los problemas e institutos que preocupan más en su entorno social y en su país, y así resulta un cuerpo de cinco artículos sobre los Derechos de los Menores, efectuados por los autores mexicanos que, sin duda alguna, debe ser consecuencia de la aplicación de la -relativamente reciente- Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de 2014 y su reglamento de 2015. Mientras este tema, legislado en España en 1996, sólo es objeto de un investigador español, los otros tres se dedican a temas específicos relacionados con la problemática que actualmente se presenta como son los problemas jurídicos, resultantes de las técnicas de reproducción asistida y aspectos económicos de la familia, como es el sobreendeudamiento familiar.

El contenido de la obra, si prescindimos de seguir el índice y la examinamos en su conjunto y sistemáticamente como una obra unitaria de Derecho Comparado, comprende dos artículos de temática constitucional, cinco artículos sobre menores (“menores” en terminología jurídica española, “niños” en terminología jurídica mexicana), un artículo sobre filiación y dos sobre aspectos económicos.

Incluimos en la temática constitucional el artículo “El matrimonio igualitario en México. Una perspectiva de derechos humanos”, estudio del profesor Ricardo Tapia Vega, catedrático de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, sobre el marco constitucional del matrimonio, o mejor dicho, sobre la incidencia en el instituto del matrimonio, de los derechos humanos convertidos en derechos fundamentales al haber sido incluidos en la Constitución Mexicana. Y el artículo de Kessia D. Alue, candidata a Maestra en Derecho “La mediación intraprocesal familiar como instrumento de garantía del artículo 17 constitucional”, que examina el incumplimiento por parte del estado de Morelos del art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que obliga a establecer mecanismos alternativos de solución de

controversias. Los dos artículos abren puertas a la reflexión; el primero con relación a si constitucionalmente la protección es del individuo o del grupo (“familia”); el segundo en cuanto a los medios alternativos de resolución de conflictos, tan de moda hoy en día, los cuales no suelen ser contemplados en las constituciones.

Los cinco artículos que se refieren al “menor”, constituyen un bloque que, estructuradamente, lo iniciaríamos con el excelente estudio del profesor Joaquín Sedano sobre qué puede considerarse interés superior del niño, y se intitula “El principio del interés superior del niño y su aplicación. El círculo virtuoso entre lo global y lo glocal”. Constituye la parte central de su trabajo el instituto del “acogimiento” que examina su aplicación en España, resultados y problemas en el artículo “El acogimiento en el sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia” de la profesora Lourdes Tejedor y lo que representa y el alcance que pueda tener la reciente introducción de este instituto en México, lo que se debe al fino análisis del profesor Eduardo Oliva, intitulado “La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano. Retos y compromisos a cumplir”. Sigue la exposición de un tema concreto con la “Violación del derecho de convivencia del menor con el abuelo, en su condición de adulto mayor” de la Profesora Graciela Quiñones, donde, a partir de conceptos sociológicos acerca del abuelo, adulto-mayor, no del abuelo joven, y las incidencias que pueda tener en las relaciones familiares, examina las consecuencias jurídicas de la situación. Y finalmente la Maestra Erika Hernández, en un amplio estudio intitulado “Instituto Mexicano para la Niñez. ¿Una necesidad?”, en el que nos recuerda los antecedentes legislativos desde la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, de la Sociedad de Naciones, pasando por la “Declaración de los derechos del niño de 1959”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a la que siguió la “Convención sobre los derechos del niño” de 1989 que están en el origen de la “Ley para la protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” de 2000 del Estado Mexicano, y posteriormente la “Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” de 2014 y su Reglamento de 2015, defiende la creación de un Instituto Mexicano de la Niñez.

En el artículo sobre la filiación: “Últimos avances en la regulación española de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, del profesor Francisco Javier Jiménez Muñoz, se exponen los avances legislativos habidos en España, tanto en el Derecho del Estado como en los Derechos de

las Comunidades Autónomas y que abarca no sólo la filiación matrimonial, sino que también la de las parejas de hecho y la afiliación adoptiva, y ello tanto para las parejas heterosexuales como homosexuales.

Cierran la reflexión comparativa de la obra las dos aportaciones sobre aspectos económicos; una del profesor Carlos Lasarte Álvarez sobre el tema, no por clásico, siempre nuevo de “La obligación alimenticia interparental en Derecho Español” pues, por un lado se constata el hecho del aumento de reclamaciones judiciales de alimentos por parte de hijos mayores de edad y, por otro lado, si, como escribe el propio autor “la obligación alimenticia ha desempeñado en el pasado una función de asistencia social entre los familiares que, desde la creación de la Seguridad Social...y con mayor razón hoy, ha de ser replanteada atendiendo a la propia política asistencial que la Constitución...encomienda a los poderes públicos”.

El otro tema económico lo desarrolla la profesora Yáñez sobre “Vivienda y sobreendeudamiento familiar...”, con un amplio espectro comparativo y de un gran interés práctico, pues en las crisis matrimoniales suele incidir la problemática económica, no siempre fácil de resolver y el de la salvaguardia de la vivienda familiar en los supuestos de concurso del titular, que es el que examina en concreto.

Después de haber leído el libro, no podemos menos que terminar agradeciendo a los autores, a los promotores y a todos los que han intervenido en su edición, el que hayan hecho posible que estos valiosos trabajos de estudio e investigación lleguen a las manos del lector y no hayan quedado olvidados en un cajón de la mesa del autor.

Francisco Vega Sala

Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado

MÉXICO

El matrimonio igualitario en México.

Una perspectiva de derechos humanos

Ricardo Tapia Vega¹

Resumen: Este ensayo presenta, en relación a México, un estudio de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales de igualdad y libertad de desarrollo de la personalidad, así como de sus garantías, en lo referente a la diversidad sexual y el matrimonio, contextualizando el derecho internacional y el derecho comparado.

Palabras clave: derechos humanos, garantías, igualdad, libertad, discriminación, diversidad, inclusión, preferencia sexual, matrimonio.

Abstract: *This essay presents, in connection with Mexico, a study of the objective dimension of the fundamental equality and freedom rights of personality development, as well as their pledges, regarding sexual diversity and marriage, giving context to International and Comparative Law.*

Key words: *human rights, pledges, equality, freedom, discrimination, diversity, inclusion, sexual preference, marriage.*

I. Derechos humanos y garantías. Marco Teórico

Se conceptúa a los derechos humanos como el conjunto de prerrogativas sustentadas en la idea de dignidad, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona humana²; estos privilegios no tienen distinción alguna derivada de condiciones que menoscaben dicha dignidad, y constituyen verdaderos límites a la soberanía o potestad estatal³, e incluso representan un valladar respecto del actuar de diversas personas y del estado.

¹ Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Catedrático en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad, y en diversas universidades. Especialista en “Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución” y en “Contratación pública, nuevas regulaciones y globalización” por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. Correo electrónico: ricardo.tapia @uaem.mx

² Cfr. Sitio de internet: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos (consultado el 18 de octubre de 2016).

³ Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Ed. Porrúa, México, 2015, pp. 22-23.

Estos derechos son universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.⁴

Cuando estos derechos se positivizan en textos normativos constitucionales o convencionales internacionales se denominan derechos fundamentales.

Ferrajoli⁵ refiere que ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social, pues los derechos fundamentales están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, formando la “esfera de lo indecible que” y de lo “indecidible que no”; y actuando como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones, siendo este el paradigma del “estado constitucional de derecho”.⁶

Al respecto, cabe destacarse el “no” mayoritario en el reciente plebiscito co-

⁴ Características reconocidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1, párrafo tercero, al establecer que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”; y en el derecho comparado en Constituciones como la del Estado Plurinacional de Bolivia, en su artículo 13.I.

En los precedentes judiciales mexicanos, véase la tesis aislada, de efecto orientador, XXVI.5o.(V Región) 15 L (10a.), registro: 2002916, emitida en la 10ª época por el Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, bajo la ponencia del magistrado Juan Manuel Serratos García, de rubro “SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 151, FRACCIÓN III, DE LA LEY RELATIVA, AL NO OTORGAR LA POSIBILIDAD DE QUE LOS BENEFICIARIOS DE UN TRABAJADOR ACCEDAN A UNA PENSIÓN EN CASO DE QUE ÉSTE FALLEZCA DESPUÉS DE REINGRESAR AL RÉGIMEN OBLIGATORIO PERO ANTES DE COTIZAR CINCUENTA Y DOS SEMANAS, VULNERA EL DERECHO HUMANO DE SEGURIDAD SOCIAL”, en la parte que dice: “...los derechos humanos y las normas que los contienen sean interpretados de manera que permitan la ampliación de los titulares del derecho y de las circunstancias protegidas por estos derechos (universalidad); además, debe atenderse a que todos los derechos humanos establecen relaciones recíprocas entre sí (interdependencia) y, por ello, no pueden ser analizados de manera aislada ni estableciendo jerarquizaciones (indivisibilidad); por ende, en su examen debe tenerse presente que la interpretación que se dé a un derecho, necesariamente tendrá un impacto en otro, por lo que el juzgador debe buscar su coexistencia armónica; asimismo, es necesario que su protección tienda a ser mejor y mayor cada día (progresividad), por lo que en la interpretación y aplicación de la norma, el juzgador deberá buscar cumplir con este objetivo, pues sólo de esta manera logrará su protección integral”.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 10ª, España, 2010, p. 24.

⁶ Al respecto véase por ejemplo la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, 1a./J. 45/2015 (10a.), registro: 2009405, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, de rubro “LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL”, que dice: “Si bien los Congresos estatales poseen libertad de configuración para regular el estado civil de las personas, dicha facultad se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México. El principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguna de las categorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado. La discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural. Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada. La mera vigencia de una ley puede discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, puede discriminar indirectamente debido a un impacto diferenciado”.

lombiano de octubre de 2016 sobre el convenio de paz con la guerrilla, en un contexto en el que la Constitución de ese país reconoce a la paz como “un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (artículo 22). Sobre esto Ferrajoli⁷ dijo que “la paz es un principio contramayoritario. Por esto, como lo he sostenido tantas veces, el acuerdo para lograr la paz no tenía por qué ser sometido a un referéndum popular. El referéndum no era y no es necesario para legitimar la paz, y mucho menos era y es suficiente para deslegitimarla”.

En el plano internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:⁸

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia⁹ ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.

En el plano del derecho comparado, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (referéndum) un proyecto de ley sobre la posibilidad de la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto que tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. En ese sentido, su Sala Constitucional señaló que:¹⁰

Los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público –Declaraciones y Convenciones sobre la materia–, resultan un valla-

⁷ Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096> (consultado el 26 de octubre de 2016).

⁸ Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrafo 239.

⁹ Se refiere a la Suprema Corte de Justicia del Uruguay.

¹⁰ Expediente 10-008331-0007-CO, sentencia No. 2010013313 (considerando VI), de 10 de agosto de 2010.

dar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado –en cuanto poder constituido– está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación.

Y la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, de los Estados Unidos, declaró que el referéndum sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo era inconstitucional, porque impedía al estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio, de conformidad con la enmienda 14 de la Constitución de ese país. Dicha Corte estableció que “los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones.”¹¹

Ahora, para la realización de los derechos fundamentales, se requiere en la *praxis* de ciertas herramientas tendentes a reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, encaminadas a posibilitar la máxima eficacia de esas prerrogativas en coherencia con su estipulación constitucional. A esas herramientas tuitivas se les ha denominado “garantías”, pues se constituyen en deberes correlativos a los referidos derechos, e instauran, según Ferrajoli¹², ya obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión (garantías primarias), o bien, la sanción, reparación o nulificación respecto de las violaciones a dichos derechos (garantías secundarias). Así, en el contenido de los derechos humanos residen expectativas de actuación, principalmente por parte de la autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que avalen la realidad de tales aspiraciones, y para ello las garantías de protección son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos.¹³

II. Igualdad y discriminación

La característica de los derechos humanos relativa a ser atribuibles a todos los individuos, sin distingo de cualesquiera condición que atente contra la dignidad, es la que da contenido al derecho humano a la igualdad.

El diccionario de la Real Academia Española define a la igualdad como el “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”.¹⁴

Ahora, una acción de vulneración del derecho a la igualdad es el discriminar, verbo que según el citado diccionario significa “dar trato desigual a una persona

¹¹ Caso Perry vs. Schwarzenegger (Challenge to Proposition 8) 10-16696.

¹² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *ob. cit.*, pp. 25, 43 y 59.

¹³ Véase la tesis aislada, de efecto orientador, 1a. CCLXXXVI/2014 (10a.), registro 2007057, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, de rubro “DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO «GARANTÍAS DE PROTECCIÓN, INCORPORADO AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011».

¹⁴ Véase el siguiente sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi> (consultado el 20 de octubre de 2016).

o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.”¹⁵

Díaz Revorio¹⁶ refiere que la discriminación implica tratar a una persona (o a un grupo) de una manera no sólo diferente, sino inferior a la que debería corresponderle, normalmente en base a una condición o circunstancia personal o a su pertenencia a una minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido.

Cabe mencionar que la no discriminación no impide todo trato desigual, sino solamente aquellas diferenciaciones normativas irrazonables.¹⁷

Ahora, siguiendo el modelo garantista *ferrajoliano* referido en el último párrafo del apartado I que antecede, me parece que el derecho a la no discriminación, reconocido prácticamente en la totalidad de los textos fundamentales nacionales e internacionales¹⁸, se presenta no como un derecho fundamental sino como una garantía primaria de prohibición de lesión, respecto del derecho fundamental

¹⁵ Véase el siguiente sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2> (consultado el 20 de octubre de 2016).

¹⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 61 y 77.

¹⁷ En este sentido, no se consideran discriminatorias las medidas de tratar igual los casos iguales y tratar desigual los casos desiguales. En los precedentes judiciales véase, por ejemplo, la tesis aislada, de efecto orientador, 1a. CCCLXXXIV/2014 (10a.), registro: 2007924, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, de rubro “IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. NOTAS RELEVANTES QUE EL OPERADOR DE LA NORMA DEBE CONSIDERAR AL EXAMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA MEDIDA A LA LUZ DE DICHS PRINCIPIOS, FRENTE A LAS LLAMADAS “CATEGORÍAS SOSPECHOSAS”, A FIN DE NO PROVOCAR UN TRATO DIFERENCIADO O UNA DISCRIMINACIÓN INSTITUCIONAL”, en la parte que dice “tanto la Constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Mexicano, prevén la posibilidad de otorgar un trato desigual a quienes no se encuentran en una paridad frente a los otros sujetos, si dicho trato implica una distinción justificada; pero si, por el contrario, la medida adoptada carece de razonabilidad, entonces será excluyente y, por ende, discriminatoria”.

¹⁸ Por ejemplo, el párrafo final del artículo 1º de la Constitución mexicana dispone: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El artículo 14 de la Constitución española prescribe que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El artículo 3 de la Constitución italiana ordena que “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

La sección 1 de la 14ª enmienda de la Constitución estadounidense establece que “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni imponer ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción igual protección de las leyes”.

El artículo 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mandata que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

a la igualdad. Dicho de otra manera, la proscripción a “dar trato desigual” que implica la no discriminación, se materializa desde luego en una prohibición de lesión al derecho a la igualdad.

III- La preferencia sexual como motivo de discriminación

Es hasta hace poco tiempo que la preferencia sexual¹⁹ es considerada dentro de los motivos posibles de discriminación, observándose que hasta finales de la década de los ochenta del siglo XX, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ubicaba a la homosexualidad dentro de la clasificación internacional de enfermedades.²⁰

En el sistema jurídico mexicano, hasta la década de los noventa de la citada centuria, algunos precedentes judiciales estigmatizaban la homosexualidad al expresar, por ejemplo, que:²¹

...tratándose del homicidio cometido entre homosexuales, la premeditación se considera probada no porque haya transcurrido un lapso entre la reflexión y el atentado a la vida, sino que se presume cuando se cometió por motivos depravados en los términos del artículo 303 párrafo último del Código Penal aplicable.

O que: “con su conducta el quejoso procuró o facilitó la depravación sexual del menor ofendido, pues lo inició a la práctica de conductas sexuales desviadas, como son las homosexuales, además de que también lo indujo, incitó o auxilió a la ebriedad”²²; o que:²³

...la ocurrencia de la agravante en cita, excluye normativamente la operatividad continuada del ilícito, el que exige por definición, para su perfeccionamiento, precisamente que se realicen reiteradamente sobre el mismo menor esas conductas ilícitas y que en concordancia a esa persistencia se obtenga el resultado específico, esto es, la afección a las prácticas homosexuales, para cuyo resultado no es óbice la conducta sexual privada del menor, en virtud de que el bien jurídico protegido en la especie es «la moral pública y las buenas costumbres y no la pureza en el ámbito sexual personal del ofendido».

O que:²⁴

¹⁹ Heterosexuales, LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales), intersexuales, *queers*, etcétera.

²⁰ El 17 de mayo de 1990 la OMS retiró la homosexualidad de la clasificación internacional de enfermedades. Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.cinup.org/noticias/comunicados-de-prensa/organizacion-mundial-de-la-salud> (consultado el 2 de octubre de 2016).

²¹ Véase la tesis aislada, de efecto orientador, de registro 260352, emitida en la 6ª época Por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Agustín Mercado Alarcón, de rubro “PREMEDITACION, CALIFICATIVA DE HOMOSEXUALES (LEGISLACION DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA)”.

²² Ver la tesis aislada, de efecto orientador, VIII.1o.24 P, registro 219101, sostenida en la 8ª época por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, bajo la ponencia del magistrado Rogelio Sánchez Alcáuter, de rubro “CORRUPCION DE MENORES. DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE DURANGO)”.

²³ Véase la tesis aislada, de efecto orientador, registro 228236, sostenida en la 8ª época por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Gonzalo Ballesteros Tena, de rubro “CORRUPCION DE MENORES. ARTICULO 201 TERCER PARRAFO DEL CODIGO PENAL. TIPO ALTERNATIVO Y NO CONTINUADO CALIFICADO. BIEN JURIDICO PROTEGIDO”.

²⁴ Ver la tesis aislada, de efecto orientador, VI.3o.28 P, registro 196868, sostenida en la 9ª época por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Norma Fiallega Sánchez de

...cuando los actos de corrupción se realizan reiteradamente sobre el mismo menor o incapaz y, debido a ello, éste adquiere los hábitos del alcoholismo, uso de enervantes, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias tóxicas, se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales, o forme parte de una asociación delictuosa, la pena de prisión se agrava.

En el derecho comparado, se observa por ejemplo que, en Europa hasta inicios de los años ochenta del siglo XX la homosexualidad era considerada delito; y actualmente algunos países aún la punen (Uganda, Irán, Mauritana, Arabia Saudita, Sudán, Yemen, India, Barbados, Belice, Granada, Guyana, Jamaica, Trinidad y Tobago, etc.²⁵), en distintos grados, llegando incluso algunos de ellos a castigarla hasta con la pena de muerte.²⁶

En tuición de la garantía de no discriminación con motivo de las preferencias sexuales, en el *soft law*²⁷ del derecho internacional, destacan, la resolución del Comité de Derechos Humanos (garante del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pronunciada en 1994, al resolver la Comunicación No. 488/1992, en la parte que señala que:²⁸

8.2 En lo que atañe al artículo 17, es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de “vida privada” y que en la actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania representan una “injerencia” en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituyen una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales, especialmente si se tienen en cuenta las declaraciones no desmentidas del Director del ministerio público de Tasmania formuladas en 1988 y las de los miembros del Parlamento de Tasmania. En consecuencia, el mantenimiento de las disposiciones impugnadas representa una “injerencia” continua y directa en la vida privada del autor.

rubro “CORRUPCIÓN DE MENORES. BASTA COMETER POR UNA SOLA VEZ CUALQUIERA DE LOS ACTOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 218 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO”.

²⁵ En más de un tercio de las naciones del mundo se tipifican como delito las relaciones privadas y consentidas entre personas del mismo sexo. Véase el siguiente sitio de internet: https://www.unfe.org/system/unfe-20-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1b.pdf (consultado el 2 de octubre de 2016).

²⁶ Esparza Pérez, Rosa Verónica, *Comentario a la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal*, pp. 147-148, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/3/cl/cl7.pdf> (consultado el 2 de octubre de 2016).

²⁷ “*soft law* -en inglés-, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al “*hard law*” o derecho duro o positivo”. Véase la tesis aislada, de efecto orientador, XXVII.3o.6 CS (10a.), registro 2008663, sostenida en la 10ª época por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Livia Lizbeth Larumbe Radilla, de rubro ““SOFT LAW”. LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS”.

²⁸ Caso Toonen vs. Australia.

...

8.5 Por lo que se refiere al argumento de las autoridades de Tasmania referente a la salud pública, el Comité señala que la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA. El Gobierno de Australia señala que las leyes que penalizan las actividades homosexuales tienden a impedir la ejecución de los programas de salud pública, empujando a la clandestinidad a muchas de las personas que corren el riesgo de infectarse. Así pues, la penalización de las prácticas homosexuales iría en contra de la ejecución de programas de educación eficaces en materia de prevención de la infección por el VIH y del SIDA. En segundo lugar, el Comité señala que no se ha observado relación entre el mantenimiento de la penalización de las actividades homosexuales y el control eficaz de la difusión del VIH/SIDA.

Así como los “Principios de Yogyakarta” sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género; instrumento elaborado por expertos de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas, a petición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en 2007.²⁹

Y, en el plano regional, se observa la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), de fecha 7 de junio de 2011, de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos que “RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”.³⁰

Ahora, en el *hard law*³¹ regional, destaca la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Karen Atala Riffo³², vinculante para

²⁹ Veamos algunos de estos principios. El 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”; el 2 que: “Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género...”; el 6 que: “Todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales, inclusive en cuanto a su familia, su domicilio o su correspondencia, así como derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación”; el 24 que: “Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”; o el 26 que dispone: “Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural y a expresar la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género a través de la participación cultural”.

³⁰ En ese sentido, véanse también las resoluciones AG/RES. 2600 (XL-O/10), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

³¹ Ver nota 27 (*supra*).

³² Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. En la misma línea que este caso, véanse en México la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, P/J. 13/2011, registro 161284, sostenida en la 9ª época por el Pleno de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Sergio A. Valls Hernández, de rubro “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO”, y la tesis aislada, de efecto orientador, 1a. CCCLIX/2015 (10a.), registro , 2010482, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, de rubro “ADOPCIÓN. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO TIENEN EL DERECHO A SER CONSIDERADOS PARA REALIZARLA EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS HETEROSEXUALES”.

México en lo más favorable a las personas³³, en la parte que señala que:³⁴

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona *. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño **. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. ***

...

³³ Véase la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, P./J. 21/2014 (10a.), registro 2006225, emitida en la 10ª época por el Pleno de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, cuyo rubro dice: “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”.

³⁴ Las siguientes notas, que siguen la numeración del superíndice, marcadas en asteriscos, son notas al pie contenidas en el texto original que a continuación se transcribe.

* (35) En similar perspectiva, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos criticó la falta de prueba concreta y directa que demostrara el impacto que las creencias religiosas tenían en la crianza y en la vida diaria de los niños, por lo que consideró que el tribunal interno había fallado en abstracto y bajo el fundamento de consideraciones generales sin establecer una relación entre las condiciones de vida de los niños y de la madre. Cfr. T.E.D.H., *Caso Palau-Martínez Vs. Francia*, (No. 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004, párrs. 42 y 43.

** (36) Al respecto, la perita Jernow manifestó que “el análisis del interés superior del niño [...] no puede basarse en presunciones o estereotipos infundados sobre la capacidad parental” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5069). Asimismo, el perito Wintemute manifestó que “la discriminación basada en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual del padre o la madre de un niño nunca es en el interés superior del niño. Lo que respeta el interés superior del niño es una decisión de custodia que tenga en cuenta las cualidades de los dos padres, sin examinar consideraciones que son irrelevantes, y que muchas veces están ligadas a prejuicios sociales. [...] Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5355 y 5358). En similar sentido, el perito García Méndez en la audiencia pública resaltó que “la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, [...] sin ningún otro tipo de consideración”.

*** (37) Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

136. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones ^{****}. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad” ^{*****}.

Finalmente, cabe destacar que en escenarios distintos, se observa que en el ámbito religioso a partir del inicio del siglo XXI algunas iglesias como la presbiteriana⁴⁰ o la anglicana⁴¹ han celebrado matrimonios entre personas del mismo sexo.

IV. El matrimonio igualitario en México.

Desde el segundo lustro del siglo XXI aparecieron en las leyes mexicanas instituciones “paraconyugales”, como el pacto civil de solidaridad⁴² y la sociedad de convivencia⁴³; que a su vez tuvieron el influjo de instituciones “paraconyugales” y conyugales, relativas a parejas del mismo sexo, provenientes del derecho comparado, apreciables desde finales de la década de los ochenta, del siglo XX, en Europa, Canadá y Estados Unidos.⁴⁴

^{****} (38) *Mutatis mutandi*, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

^{*****} (39) Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003. La Corte Constitucional ha definido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia, como el derecho de las personas a “optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997), y “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia” (Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998).

⁴⁰ Por ejemplo, en marzo de 2015 en Estados Unidos y en mayo de 2016 en Escocia. Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.cristianosgays.com/temas/iglesias/iglesia-presbiteriana/> (consultado el 26 de octubre de 2016).

⁴¹ Por ejemplo, en julio de 2016 en Canadá, Argentina y Uruguay. Véase el siguiente sitio de internet: <http://www.cristianosgays.com/temas/iglesias/iglesia-anglicana/> (consultado el 26 de octubre de 2016).

⁴² Previsto por el Código Civil de Coahuila, en su reforma de enero de 2007, en su artículo 385-1, hoy derogado por la Ley para la Familia de ese estado (de diciembre de 2015), aunque su texto se mantiene incólume en el artículo 252 de dicha ley, que dice que “el pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común. Quienes lo celebran se considerarán compañeros civiles./Los compañeros civiles, se deben ayuda y asistencia mutua, consideración y respeto, así como deber de gratitud recíprocos y tendrán obligación de actuar en interés común; de igual manera tendrán derecho a alimentos entre sí”. Actualmente la citada ley para la familia posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo en su artículo 139 que dice “el matrimonio es la unión de dos personas que consienten en realizar una comunidad de vida basada en el afecto, respeto, igualdad de trato y ayuda mutua, y toman de manera libre, responsable, voluntaria e informada, las decisiones reproductivas que se ajustan a su proyecto de vida, incluida la posibilidad de procrear o adoptar...”

⁴³ Prevista en el artículo 2 la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, de noviembre de 2006, como “un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”. Actualmente el Código Civil para el Distrito Federal, desde su reforma de diciembre de 2009, posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo en su artículo 146 que dice “matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

⁴⁴ Por ejemplo la Ley 1987-13, de Cohabitantes Homosexuales, de Suecia en 1987; la Ley 372 sobre el

Y a raíz de la reforma constitucional de verano de 2011⁴⁵, en la que se prohibió explícitamente la discriminación motivada por “las preferencias sexuales”⁴⁶, fueron presentadas múltiples demandas de amparo en todo el país, argumentando la inconstitucionalidad de las codificaciones civiles y/o familiares que impedían el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo, por considerar que la restricción a dicha institución para esas parejas constituía un motivo injustificable de discriminación por razones de preferencia sexual; siendo el caso que la SCJN estimó dichas demandas determinando posibilitar el matrimonio a parejas del mismo sexo; emitiendo, entre otros, los siguientes criterios:

- El matrimonio comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados a dicha institución, así como el derecho a otros beneficios materiales, económicos y no económicos, que las leyes adscriben al matrimonio (por causa de muerte de uno de los cónyuges, de solidaridad, de propiedad, en la toma subrogada de decisiones médicas, migratorios, etcétera). En este sentido, las normas civiles que impiden a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial producen una doble discriminación, pues no sólo se les priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos que comporta el matrimonio, sino también de los materiales; exclusión que pudiera incluso llegar a afectar a sus hijos al colocarlos en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.⁴⁷
- Si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, el hecho de que el legislador contemple un “régimen jurídico diferenciado” o un “modelo alternativo” a dicha institución al cual puedan optar las parejas homosexuales en lugar de casarse es discriminatorio, sin importar que ambos contemplen los mismos derechos y que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación

registro de las parejas, de Dinamarca en 1989; la Ley de Cataluña (España) sobre uniones de hecho hetero y homosexuales 10-1998; la Ley de PAC (Pacto Civil de Solidaridad), de Francia en 1999; la Ley de Aragón (España), relativa a parejas estables no casadas, 6/1999 para parejas hetero y homosexuales; la Ley de Uniones Civiles de Vermont (Estados Unidos), en 2000; la Ley de Navarra (España) en 2000, sobre la pareja estable hetero y homosexual, entre otras. Respecto de matrimonios entre personas del mismo sexo véanse, entre otras, la reforma al Código Civil holandés en 2001; la reforma al Código Civil belga en 2003, el fallo de la Corte Judicial Suprema de Massachusetts (Estados Unidos) de 2004, en el caso *Goodridge vs. Department of Public Health*; la Ley C-38 de Canadá en 2005; la reforma al Código Civil español, contenida en la Ley 13/2005, entre otras. Véase, Medina, Graciela, *Derecho comparado*, en el siguiente sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1529/5.pdf> (consultado el 7 de octubre de 2016).

⁴⁵ Y bajo el antecedente de la reforma de diciembre de 2009, a los artículos 146 y 391 Código Civil para el Distrito Federal, que contempló de manera igualitaria el matrimonio heterosexual y el homosexual, y de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 en la que la SCJN reconoció la validez de dichos preceptos.

⁴⁶ En la reforma previa a dicho arábigo constitucional, de fecha 4 de diciembre de 2006, se prohibía la discriminación motivada (entre otras) por “las preferencias...o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Posterior a la reforma de 2011, en 2014, apareció la Ley Federal para prevenir y erradicar la discriminación, en la que también se proscribió la discriminación por motivo de las preferencias sexuales (artículo 9, fracción XXVIII).

⁴⁷ Véase la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, 1a./J. 86/2015 (10a.), registro 2010677, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, de rubro “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN”.

que se le da. Ello es así, toda vez que la exclusión de las parejas homosexuales del acceso al matrimonio que el legislador intenta remediar con modelos alternativos implica la creación de un régimen de “separados pero iguales” que perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, lo que ofende su dignidad como personas.⁴⁸

- Conforme al sistema federal, las entidades federativas son libres y soberanas en todo lo concerniente a su régimen interior, aunque gozan de una independencia limitada en tanto deben respetar en todo momento el Pacto Federal; por tanto, el hecho de que en una entidad se regule de determinada manera una institución civil, no significa que las demás deban hacerlo en forma idéntica o similar, como tampoco que se limite o restrinja la facultad de una entidad para legislar en sentido diverso a las restantes, por lo que si bien es cierto que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal sólo tiene obligatoriedad en dicho territorio, en virtud de que cada entidad legisla para su propio ámbito territorial, también lo es que la regla contenida en la fracción IV del artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a que los actos del estado civil que se encuentran ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros, implica el reconocimiento pleno de que todo acto del estado civil que se lleve a cabo cumpliendo con las formalidades contenidas en la ley de una entidad, será válido en las demás, aun cuando no guarde correspondencia con su propia legislación. En tal sentido, es el propio artículo 121 constitucional el que, en aras de salvaguardar el federalismo y la seguridad jurídica de los gobernados, prevé el deber constitucional para los demás Estados de otorgar dicho reconocimiento.⁴⁹

Posteriormente, en noviembre de 2015, la Comisión Nacional de Derechos Humanos mediante la Recomendación General No. 23, instó a los titulares de los poderes ejecutivos y a los órganos legislativos de los diversos órdenes normativos de la república, para que “se adecuen los correspondientes ordenamientos en materia civil y/o familiar con el fin de permitir el acceso al matrimonio a todas las personas y en condiciones tales que se impida cualquier tipo de discriminación, en términos del quinto párrafo del artículo primero de la Constitución General de la República”.

Merced a lo anterior, actualmente, en algunas entidades federativas⁵⁰ se ha modificado la ley para abrir paso al matrimonio igualitario, conceptuándolo como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos

⁴⁸ Véase la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, 1a./J. 67/2015 (10a.), registro 2010263, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, de rubro “EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO”.

⁴⁹ Véase la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, P./J. 12/2011, registro 161270, emitida en la 9ª época por el Pleno de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Sergio A. Valls Hernández, de rubro “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL. TIENE VALIDEZ EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONFORME AL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009)”.

⁵⁰ Por ejemplo en Campeche, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Durango, Michoacán, Morelos, Nayarit, y Quintana Roo.

se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear o adoptar hijos; y como se ha visto, atento a la jurisprudencia de la SCJN, es posible para las parejas del mismo sexo, acceder a la institución matrimonial en las entidades que la restringen a parejas heterosexuales, por medio del juicio de amparo.

En ese contexto, en mayo de 2016, el Presidente de la República envió al Congreso⁵¹ una iniciativa de reforma a la Constitución federal y al Código Civil federal⁵² para explicitar el matrimonio igualitario y tutelarlos⁵³, la cual fue rechazada en noviembre de ese mismo año por la Comisión de Puntos Constitucionales de la cámara de origen⁵⁴. Dicha iniciativa había recibido el repudio de un sector conservador de la sociedad⁵⁵, que en relación al tema ha venido promoviendo, en contracorriente, que se defina el acceso a la institución matrimonial exclusivamente a las parejas heterosexuales, buscando impulsar, por medio del constituyente permanente, una reforma constitucional que establezca esa última exclusividad⁵⁶, buscando impulsar también, por medio de los ministros de la SCJN, nuevos criterios jurisprudenciales en ese sentido; y habiendo promovido así mismo en las entidades federativas (a veces con éxito, a veces sin éxito), que las legislaturas no abran la ley al matrimonio igualitario.

Cabe destacarse que a pesar de que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) no cuenta con datos censales sobre la población LGBT, intersexual, *queer*, etcétera. existente en México, se estima que ésta podría ascender a 2.5 millones de personas (aproximadamente el 3% de la población del país)⁵⁷.

No obstante, dicho instituto presenta, en su portal de internet, algunos estudios estadísticos interesantes, por ejemplo:

La “Estadística a propósito del...14 de febrero, matrimonios y divorcios en México”⁵⁸, que reporta que en 2014 se registraron en la república 1 687 matrimonios entre personas del mismo sexo.

⁵¹ La iniciativa se envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, como cámara de origen.

⁵² Véanse los sitio de internet: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92616/Sharp_reforma_cjef.gob.mx_20160517_164352.compressed.pdf ; <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/63/2016/may/20160519-I.pdf> (consultados el 10 de noviembre de 2016).

⁵³ Iniciativa que recibió el apoyo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (ver comunicado de prensa CGCP/136/16 de dicha comisión, de fecha 18 de mayo de 2016).

⁵⁴ Véanse los siguientes sitios de internet: http://www.milenio.com/politica/rechazan_diputados_propuesta_matrimonio_gay-lgbti_propuesta_pena-milenio_0_844715834.html; <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2016/11/9/diputados-desechan-iniciativa-de-matrimonios-igualitarios-de-pena> (consultados el 10 de noviembre de 2016)

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, los siguientes sitios de internet: <http://frentenacional.mx>; http://www.milenio.com/df/marcha_matrimonio_gay-bodas_homosexuales-angel_protesta-personajes_0_817118414.html http://www.milenio.com/estados/marcha_por_la_familia-homoparentales-manifestaciones_contra_gay-milenio_noticias_0_808719306.html (consultados el 7 de noviembre de 2016).

⁵⁶ Véase, por ejemplo el siguiente sitio de internet: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/sociedad/2016/11/9/frente-por-la-familia-celebra-voto-contra-matrimonio-igualitario> (consultado el 10 de noviembre de 2016).

⁵⁷ Véanse los siguientes sitio de internet: <http://homozapping.com.mx/2014/01/de-que-tamano-es-la-poblacion-lgbt-en-mexico/comment-page-1/>; <http://www.oie-miseal.ifch.unicamp.br/es/que-tamano-es-poblacion-lgbt-mexico> (consultados el 10 de noviembre de 2016).

⁵⁸ Véase el siguiente sitio de internet: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2016/matrimonios2016_0.pdf (consultado el 10 de noviembre de 2016).

Y la “Encuesta Nacional de Valores en Juventud 2012”⁵⁹, en donde se muestra que jóvenes de entre los 12 y los 29 años respondieron, respecto a su orientación sexual, en un 1.5% ser homosexuales, en un 1.4% ser bisexuales, en un 0.7% ser lesbianas, y en un 0.1% pertenecer a otra orientación sexual. Respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, respondieron estar de acuerdo un 44%, en desacuerdo un 33.4%, ni de acuerdo ni en desacuerdo un 18.2%, y un 4.4% no sabe o no contesta. En lo referente a la posibilidad de la adopción de menores por parejas del mismo sexo, respondieron estar de acuerdo un 29.6%, en desacuerdo un 47.8%, ni de acuerdo ni en desacuerdo un 17.0%, y un 5.6% no sabe o no contesta.

V. Dimensión objetiva de los derechos fundamentales en relación a la preferencia sexual en el sistema mexicano.

Después de la citada reforma constitucional de verano de 2011, en la que expresamente, se prohibió la discriminación por motivos de preferencia sexual⁶⁰, la Primera Sala de la SCJN determinó que:⁶¹

La homofobia es el rechazo de la homosexualidad, teniendo como componente primordial la repulsa irracional hacia la misma, o la manifestación arbitraria en su contra y, por ende, implica un desdén, rechazo o agresión, a cualquier variación en la apariencia, actitudes, roles o prácticas sexuales, mediante el empleo de los estereotipos de la masculinidad y la feminidad. Dicho tratamiento discriminatorio implica una forma de inferiorización, mediante una asignación de jerarquía a las preferencias sexuales, confiriendo a la heterosexualidad un rango superior. Esta aversión suele caracterizarse por el señalamiento de los homosexuales como inferiores o anormales, lo cual da lugar a lo que se conoce como discurso homóforo, mismo que consiste en la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la condición homosexual y a su conducta sexual, y suele actualizarse en los espacios de la cotidianidad; por lo tanto, generalmente se caracteriza por insinuaciones de homosexualidad en un sentido burlesco y ofensivo, mediante el empleo de un lenguaje que se encuentra fuertemente arraigado en la sociedad. En consecuencia, resulta claro que aquellas expresiones en las cuales exista una referencia a la homosexualidad, no como una opción sexual personal -misma que es válida dentro de una sociedad democrática, plural e incluyente-, sino como una condición de inferioridad o de exclusión, constituyen manifestaciones discriminatorias, toda vez que una categoría como la preferencia sexual, respecto a la cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente veda cualquier discriminación en torno a la misma, no puede ser válidamente empleada como un aspecto de diferenciación peyorativa. Así, tomando en consideración la protección constitucional expresa a la preferencia sexual de los individuos, es que la misma no puede constituir un dato pertinente para la calificación social de una persona. Por tanto, al tratarse la homosexualidad de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que aquellas expresiones homóforas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante

⁵⁹ Véase el siguiente sitio de internet: http://www.imjuventud.gob.mx/imgs/uploads/ENVAJ_2012.pdf (consultado el 10 de noviembre de 2016).

⁶⁰ Ver la transcripción del último párrafo del artículo 1º constitucional, en la nota al pie 18 (*infra*).

⁶¹ Véase la tesis aislada, de efecto orientador, 1a. CXLVIII/2013 (10a.), registro 2003626, sostenida en la décima época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL DISCURSO HOMÓFOBO CONSTITUYE UNA CATEGORÍA DE LENGUAJE DISCRIMINATORIO Y, EN OCASIONES, DE DISCURSOS DEL ODO”.

términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio.

Ahora, analizando la dimensión objetiva⁶² de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional mexicano, en lo que al tema que a este trabajo interesa, se destaca el derecho fundamental a la igualdad, en su matiz de igualdad ante la norma, que se presenta en el contenido del artículo 1, que dice que “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”. Y en relación al género⁶³, el artículo 4 dice que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”.

Ahora, entre los instrumentos tuitivos constitucionales identificables con el derecho en comento, sobresale el último párrafo del artículo 1, que como ya se ha expuesto⁶⁴, presenta como garantía primaria de prohibición de lesión, que “queda prohibida toda discriminación motivada por...las preferencias sexuales...”

Asimismo el artículo 3, fracción II, inciso c), dispone, como garantía primaria de obligación de prestación, que el criterio orientador de la educación obligatoria⁶⁵ debe contribuir “a fin de fortalecer el aprecio y respeto por...los ideales de...igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de...grupos, de sexos o de individuos”.

Por otra parte, se observa que la Constitución mexicana reconoce también el derecho fundamental a la libertad, en su matiz de libertad de desarrollo de la personalidad, el cual se encuentra implícito en el texto constitucional.⁶⁶

Respecto a este derecho la SCJN ha dicho que:⁶⁷

⁶² “...los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo”. Véase la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, 1a./J. 43/2016 (10a.), registro 2012505, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, de rubro “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”.

⁶³ Según el Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por género al “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”. Véase el siguiente sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=J49ADOi> (consultado el 31 de octubre de 2016).

⁶⁴ Ver nota al pie 18 (*infra*).

⁶⁵ Que es la preescolar, primaria, secundaria y media superior, según el primer párrafo del artículo en cita.

⁶⁶ En ese sentido, véanse, por ejemplo, los artículos 4 (libertad de decisión sobre el número y espaciamiento de sus hijos), 5 (libertad de trabajo), 6 (libertad de expresión y acceso a información), 7 (libertad de difusión de las ideas), 9 (libertad de asociación), 11 (libertad de tránsito), 24 (libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión), etcétera. Véase también Monroy Guevara, Pilar J., *Reflexiones en torno a la tutela constitucional de la dignidad humana en el estado mexicano: breve referencia con el derecho español*, pp.10 y 14, en el siguiente sitio de internet: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/38/Becarios_038.pdf (consultado el 30 de octubre de 2016).

⁶⁷ Véase la tesis jurisprudencial, de observancia obligatoria, 1a./J. 28/2015 (10a.), registro 2009591, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESA-

El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de “autonomía de la persona”, de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros.

Y en relación con este derecho, son de destacar, como garantías constitucionales primarias, de obligación de prestación, la pauta de actuación para el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, que le impone regir “sus actividades con apego a los principios de...diversidad e inclusión” (artículo 3, fracción IX, penúltimo párrafo); la facultad competencial del legislador federal “para asegurar el cumplimiento de los fines de la educación y su mejora continua en un marco de inclusión y diversidad” (artículo 73, fracción XXV); y el ya referido criterio orientador de la educación obligatoria, en su deber de contribuir “a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural” (artículo 3, fracción II, inciso c).

En este último contexto, respecto a la cultura⁶⁸, se observa también como garantía primaria de obligación de prestación, el penúltimo párrafo del artículo 4 constitucional que establece que “el Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones”.

Expuesto lo anterior, considero que, en relación al tema en estudio, en el sistema jurídico mexicano se aprecian los siguientes derechos humanos que, en función objetiva, permean los componentes del sistema, y orientan e inspiran a las normas e instituciones pertenecientes al mismo: a) la igualdad de todas las personas ante la ley, y b) la libertad de desarrollo de la personalidad; destacando al respecto, las siguientes garantías: i) prohibición de discriminación motivada por las preferencias sexuales, y ii) la tuición de la diversidad cultural y la inclusión.

Viéndose reforzado lo anterior con el contenido de los precedentes judiciales nacionales hasta aquí expuestos, y contextualizado en el marco de los instrumentos internacionales de *hard law* y *soft law*, citados supralíneas.

Así, dicha dimensión objetiva de derechos fundamentales y garantías, constituiría, en el estado constitucional de derecho mexicano, una “esfera de lo indecible que” y de lo “indecible que no”, y actuaría como factor no sólo de legiti-

RROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS)”.

⁶⁸ Cultura es identidad. La vida humana implica la reproducción o el cultivo de la identidad del grupo social, de una identidad que se transforma (y que combina en ocasiones identidades divergentes), y que lo hace ya sea acumulativamente, como resultado de muchos ciclos sucesivos de reproducción, o disruptivamente, en acontecimientos de cambio concentrado, excepcionales, en los que debe repetirse el acto político fundamental de la constitución de una forma para la socialidad. La cultura es pues el momento autocrítico de la reproducción que un grupo humano determinado, en una circunstancia histórica determinada, hace de su singularidad concreta. Cfr. Echeverría Bolívar, *Definición de la cultura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, ed. 2ª, México, 2010, pp. 152, 153 y 165.

mación sino también de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.

Por otra parte, se pone de relieve que desde una visión “estatalista” estos derechos y garantías podrían también identificarse como normas directivas fundamentales⁶⁹, de definición de los deberes del gobierno, y de los objetivos y valores a alcanzar mediante la actividad estatal. Al respecto, el artículo 26, apartado A, párrafo segundo, de nuestra Ley Fundamental, dispone que “los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”.⁷⁰

VI. Conclusión: el matrimonio igualitario como mecanismo de acceso de derechos fundamentales y garantías

Con base en lo expuesto hasta aquí, considero que en México existen circunstancias jurídicas, sociales y culturales que dan un entorno de realidad a un régimen de derechos humanos, que permea el sistema en una dimensión objetiva⁷¹ de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, que contextúa al matrimonio como instrumento de acceso a esos derechos, en el marco de las garantías constitucionales de prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, y de tuición de la diversidad y la inclusión. Por ello, creo que el margen de apreciación nacional⁷² del país, en lo relacionado al régimen jurídico del matrimonio apunta hacia el matrimonio igualitario, y en esas condiciones, debiera, por seguridad jurídica, preverse explícitamente en todas las leyes civiles y/o familiares del país, pues no es congruente que el mismo sólo pueda ser accesado mediante resolución de amparo respecto de los órdenes normativos que aún no lo prevén.

También considero que, a la luz del principio de progresividad⁷³, conforme al cual todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos⁷⁴, si el matrimonio igualitario es una herramienta de protección y garantía respecto de los derechos humanos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, no podría eliminarse por simple decisión ya parlamentaria o ya tribunalcia mayoritaria, pues al hacerlo se estaría poniendo de manifiesto una regresión respecto de mejores condiciones relaciona-

⁶⁹ Respecto del concepto de Constitución como norma directiva y proyecto de nación, véase Fioravanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, ed. 6ª, España, 2009, pp. 95, 129 a 131.

⁷⁰ Ver párrafo segundo, del apartado A del artículo 26 constitucional.

⁷¹ Cfr. Tesis aislada, de efecto orientador, XI.1o.A.T.18 K (10a.), registro 2008970, emitida en la décima época por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Victorino Rojas Rivera, de rubro “MARGEN DE APRECIACIÓN DEL JUZGADOR. DEBE PONDERARSE FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, A EFECTO DE QUE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL ENCUENTRE EQUILIBRIO EN LA RESPONSABILIDAD DE AQUÉL, AL DESPLEGAR SU ACTUACIÓN”.

⁷² Espacio de discrecionalidad con la que cuentan los Estados, para fijar el contenido y alcance de los derechos humanos, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales. Véase el siguiente sitio de internet: https://www.sejn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/165/Becarios_163.pdf (consultado el 7 de noviembre de 2016).

Recientemente, en el caso Chapin y Charpentier *vs.* Francia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que: “el matrimonio tenía connotaciones sociales y culturales profundamente arraigados y pueden variar considerablemente de un lugar a otro, y recordó que este Tribunal no debería apresurarse a sustituir la apreciación de las autoridades nacionales en mejores condiciones para evaluar las necesidades de la sociedad y responder...”.

⁷³ Ver nota al pie 4 (*supra*).

⁷⁴ Según mandato expreso del párrafo tercero del artículo 1 Constitucional.

das a la protección de derechos de esa stirpe, pues “una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá, salvo en ciertas circunstancias [de razonabilidad⁷⁵], disminuir el nivel alcanzado”.⁷⁶

Además, dicho mecanismo de protección va en congruencia con el concepto de familia como “realidad social”, que muestra a esta antes de ser una estructura jurídica, ante todo, es una estructura sociológica, que se presenta en formas diversas.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁷⁷, en interpretación del artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁸, que prescribe 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:⁷⁹ la familia nuclear, integrada por cónyuges o concubinos (de diferente sexo), con o sin hijos⁸⁰; 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 poligámica⁸¹, integrada por un esposo o concubino, varias es-

⁷⁵ Dentro de estas circunstancias no se encuentran las relativas a la adopción o custodia de menores, pues como se ha visto supralíneas “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”, ya que “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”, ver nota 32 (*supra*).

⁷⁶ Véase la tesis aislada, de efecto orientador, XXII.3o.1 P (10a.), registro 2005372, emitida en la décima época por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, bajo la ponencia del magistrado Carlos Hinojosa Rojas, de rubro “ACTOS QUE AFECTAN LA LIBERTAD PERSONAL DICTADOS DENTRO DE PROCEDIMIENTO. EL ARTÍCULO 17, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO, AL EXCLUIRLOS PARA QUE PUEDAN IMPUGNARSE EN EL JUICIO EN CUALQUIER TIEMPO, VULNERA EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, POR TANTO, EN CUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROMOVER, RESPETAR, PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, LOS TRIBUNALES DEBEN INAPLICARLO AL DETERMINAR EL PLAZO PARA PROMOVER LA DEMANDA”.

⁷⁷ Citado por Jiménez Hernández, Vania Karina, *La crisis en la percepción de la familia. Un enfoque de género*, p. 712, visible en el siguiente sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/30.pdf> (consultado el 2 de octubre de 2016).

⁷⁸ Véase Observación General número 19 de dicho Comité, formulada en 1990 en el 39º periodo de sesiones.

⁷⁹ Cfr. Pérez Duarte y Noroña, Alicia, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación del Distrito Federal y sus efectos*, Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, No. 65, Ed. SCJN-III UNAM, México, 2013, p. 82. Véase también, Carbonell, Miguel, *Familia, Constitución y derechos fundamentales*, p. 83, visible en el siguiente sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2287/7.pdf> (consultado el 2 de octubre de 2016).

⁸⁰ En adelante, la referencia a hijos será respecto a hijos biológicos, por reproducción asistida o adoptados.

⁸¹ Que se observa, por ejemplo, en algunos sectores del Islam, del hinduismo, de los mormones, etcétera.

posas y/o concubinas con o sin hijos; la familia poliandrica⁸², 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.⁸³

⁸² Que se observa, por ejemplo, en algunos sectores de Nepal. Véanse los siguientes sitios de internet: <http://www.ecured.cu/Poliandria> https://www.youtube.com/watch?v=96CgnX_kZYI (consultados el 26 de octubre de 2016).

⁸³ Respecto de otros modelos familiares es de destacar que, por ejemplo, recientemente, en abril de 2016, se ha observado la formalización ante notario de relaciones poliamorosas estables (más de 2 sujetos) en Brasil. Ver los siguientes sitios de internet: <http://www.lanueva.com/sociedad/860375/el-poliamor-empieza-a-hacerse-legal-en-brasil.html> <http://www.efe.com/efe/america/sociedad/el-poliamor-la-ultima-revolucion-sexual-brasilena/20000013-2892400> (consultados el 1 de octubre de 2016).

REFERENCIAS

Bibliográficas

1. Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Ed. Porrúa, México, 2015.
2. Díaz Revorio, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2015.
3. Echeverría Bolívar, *Definición de la cultura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, ed.2a, México, 2010.
4. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 10ª, España, 2010.
5. Fioravanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, ed. 6ª, España, 2009.
6. Pérez Duarte y Noroña, Alicia, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación del Distrito Federal y sus efectos*, Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, No. 65, Ed. SCJN-IIJ UNAM, México, 2013.

Normativas

Leyes Mexicanas

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Ley Federal para prevenir y erradicar la discriminación
3. Código Civil de Coahuila
4. Ley para la Familia de Coahuila
5. Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal
6. Código Civil para el Distrito Federal

Instrumentos Internacionales

7. Convención Americana sobre Derechos Humanos
8. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político
9. Principios de Yogyakarta

Resoluciones de organismos y tribunales internacionales

10. Organización de Estados Americanos, resoluciones AG/RES. 2653 (XLI-O/11), AG/RES. 2600 (XL-O/10), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
13. Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 488/1992, caso Toonen vs. Australia.
14. Comité de Derechos Humanos, Observación General número 19.
15. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Chapin y Charpentier vs. Francia.

Leyes Comparadas

16. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
17. Constitución Política de Colombia.
18. Constitución Española.
19. Constitución de la República Italiana.
20. Constitución de los Estados Unidos de América.

Resoluciones jurisdiccionales comparadas

21. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia No. 2010013313 expediente 10-008331-0007-CO.
22. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, de los Estados Unidos, caso Perry vs. Schwarzenegger (Challenge to Proposition 8) 10-16696.
23. Corte Judicial Suprema de Massachusetts, Estados Unidos, caso Goodridge vs. Department of Public Health.

Electrónicas

1. Carbonell, Miguel, *Familia, Constitución y derechos fundamentales*, p. 83, visible en el siguiente sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2287/7.pdf> (consultado el 2 de octubre de 2016).
2. Esparza Pérez, Rosa Verónica, *Comentario a la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal*, pp. 147-148, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/3/cl/cl7.pdf> (consultado el 2 de octubre de 2016).
3. Jiménez Hernández, Vania Karina, *La crisis en la percepción de la familia. Un enfoque de género*, p. 712, visible en el siguiente sitio de internet: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/30.pdf> (consultado el 2 de octubre de 2016).
4. Medina, Graciela, *Derecho comparado*, visible en el siguiente sitio de internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1529/5.pdf> (consultado el 7 de octubre de 2016).
5. Monroy Guevara, Pilar J., *Reflexiones en torno a la tutela constitucional de la*

dignidad humana en el estado mexicano: breve referencia con el derecho español, pp.10 y 14, visible en el siguiente sitio de internet: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/38/Becarios_038.pdf (consultado el 30 de octubre de 2016).

6. Sitio de internet: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos (consultado el 18 de octubre de 2016).
7. Sitio de internet: <http://www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096> (consultado el 26 de octubre de 2016).
8. Sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi> (consultado el 20 de octubre de 2016).
9. Sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2> (consultado el 20 de octubre de 2016).
10. Sitio de internet: <http://www.cinup.org/noticias/comunicados-de-prensa/organizacion-mundial-de-la-salud> (consultado el 2 de octubre de 2016).
11. Sitio de internet: https://www.unfe.org/system/unfe-20-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1b.pdf (consultado el 2 de octubre de 2016).
12. Sitio de internet: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92616/Sharp_reforma_cjef.gob.mx_20160517_164352.compressed.pdf (consultado el 10 de noviembre de 2016).
13. Sitio de internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/63/2016/may/20160519-I.pdf> (consultado el 10 de noviembre de 2016).
14. Sitio de internet: http://www.milenio.com/politica/rechazan_diputados_propuesta_matrimonio_gay-lgbti_propuesta_pena-milenio_0_844715834.html (consultado el 10 de noviembre de 2016).
15. Sitio de internet: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2016/11/9/diputados-desechan-iniciativa-de-matrimonios-iguales-de-pena> (consultado el 10 de noviembre de 2016).
16. Sitio de internet: <http://frentenacional.mx> (consultado el 7 de noviembre de 2016).
17. Sitio de internet: http://www.milenio.com/df/marcha_matrimonio_gay-bodas_homosexuales-angel_protesta-personajes_0_817118414.html (consultado el 7 de noviembre de 2016).
18. Sitio de internet: http://www.milenio.com/estados/marcha_por_la_familia-homoparentales-manifestaciones_contra_gay-milenio_noticias_0_808719306.html (consultado el 7 de noviembre de 2016).
19. Sitio de internet: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/sociedad/2016/11/9/frente-por-la-familia-celebra-voto-contra-matrimonio-igualitario> (consultado el 10 de noviembre de 2016).

20. Sitio de internet: <http://homozapping.com.mx/2014/01/de-que-tamano-es-la-poblacion-lgbtt-en-mexico/comment-page-1/> (consultado el 10 de noviembre de 2016).
21. Sitio de internet: <http://www.oie-miseal.ifch.unicamp.br/es/que-tamano-es-poblacion-lgbtt-mexico> (consultado el 10 de noviembre de 2016). Sitio de internet: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2016/matrimonios2016_0.pdf (consultado el 10 de noviembre de 2016).
22. Sitio de internet: http://www.imjuventud.gob.mx/imgs/uploads/EN-VAJ_2012.pdf (consultado el 10 de noviembre de 2016). Sitio de internet: <http://www.cristianosgays.com/temas/iglesias/iglesia-presbiteriana/> (consultado el 26 de octubre de 2016).
23. Sitio de internet: <http://www.cristianosgays.com/temas/iglesias/iglesia-anglicana/> (consultado el 26 de octubre de 2016).
24. Sitio de internet: <http://dle.rae.es/?id=J49ADOi> (consultado el 31 de octubre de 2016).
25. Sitio de internet: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/165/Becarios_163.pdf (consultado el 7 de noviembre de 2016).
26. Sitios de internet: <http://www.ecured.cu/Poliandria> (consultado el 26 de octubre de 2016).
27. Sitios de internet: https://www.youtube.com/watch?v=96CgnX_kZYI (consultado el 26 de octubre de 2016).
28. Sitio de internet: <http://www.lanueva.com/sociedad/860375/el-poliamor-empieza-a-hacerse-legal-en-brasil.html> (consultado el 1 de octubre de 2016).
29. Sitio de internet: <http://www.efe.com/efe/america/sociedad/el-poliamor-la-ultima-revolucion-sexual-brasilena/20000013-2892400> (consultado el 1 de octubre de 2016).

Otras

1. Comisión Nacional de Derechos Humanos, comunicado de prensa CGCP/136/16, de fecha 18 de mayo de 2016.

La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: Retos y compromisos a cumplir

Eduardo Oliva Gómez¹

Resumen: La familia de acogida es implementada por primera vez en el sistema jurídico mexicano, en la reglamentación contenida en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que entró en vigor el día 5 de diciembre de 2014. La pretensión que fundamentalmente se persigue con su inclusión en la legislación, es el procurar una efectiva garantía y cumplimiento al derecho humano de niñas, niños y adolescentes consagrado en la Convención de los Derechos del niño de 1989 consistente en vivir en una familia y que, en el caso eventual, aquellas niñas, niños y adolescentes que pierden de manera temporal su familia de origen, puedan ver en la familia de acogida durante dicha temporalidad, la cierta satisfacción del referido derecho humano.

El presente trabajo tiene el propósito de revisar cómo se ha dado en el sistema jurídico mexicano la implementación de la familia de acogida, así como los grandes retos y compromisos que se presentan ante su implementación y que deben ser atendidos por las leyes y códigos de familia y/o civiles vigentes en la República Mexicana, para lograr una eficaz inclusión de la familia de acogida que se sustente en un sistema legal dotado de plena certeza jurídica.

Palabras clave: Familia, acogimiento, derechos humanos.

Abstract: *The foster family was implemented for the first time in the Mexican legal system in the General Law of Protection of the Rights of Children and Adolescents, which came into force on December 5th of 2014. The aim of including this law within the legislation is to ensure the fulfillment of the guarantees and the human rights of girls, boys and adolescents, enshrined within the Convention on the Rights of the Child (1989), which consists of living in a family and, if given the case that they were temporarily deprived of their original family, are able to satisfy their human right through the foster family.*

This current document seeks to check over how has the foster family been implemented in

¹ Doctor en Derecho con mención honorífica por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Profesor Investigador de Tiempo Completo Titular “B” adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1. Autor de diversas obras, capítulos y artículos. Correo electrónico: macalae2000@yahoo.com.mx

the Mexican legal system, as well as identifying the main challenges and commitments that it faces which must be addressed by the law and civil or family codes in force in the Mexican Republic in order to accomplish an effective inclusion of the foster family which shall be founded on a legal system with a proper legal form.

Key words: Family; foster; human rights.

Introducción

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre de 2014 y que entró en vigor, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo primero transitorio, al día siguiente de su publicación, esto es, el 5 de diciembre de 2014, contempla la existencia, por primera vez en el marco normativo del sistema jurídico mexicano, la denominada Familia de Acogida.

La Familia de Acogida es entendida en la fracción XII del artículo cuarto de la referida ley, como aquélla que cuente con la certificación de la autoridad competente y que brinde cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva.

En el Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de diciembre de 2015, un año después del inicio de la vigencia de la ley, se disponen las reglas operativas que rigen con respecto a la Familia de Acogida, como son: la existencia de un registro de las certificaciones otorgadas a una familia para fungir como familia de acogida; los requisitos para constituirse como familia de acogida, así como las acciones de vigilancia y protección a las niñas, niños y adolescentes que han sido asignados a una familia de acogida.

La implementación de la Familia de Acogida en el sistema jurídico mexicano, responde al deber contraído por México al momento de aceptar las obligaciones impuestas en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, que al respecto en el preámbulo considera que “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” y “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Fijadas tales consideraciones fundamentales, en el contenido de la Convención, en el inciso primero de su artículo 20 se dispone que “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” en dichas condiciones, el inciso segundo dispone que “Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños” por último, el inciso tercero establece que “Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda...”

El Estado Mexicano se encuentra obligado jurídicamente al cumplimiento de la Convención en virtud de haberla firmado el 26 de enero de 1990 y haber depo-

sitado su ratificación ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 21 de septiembre de 1990, entrando en vigor un mes después, esto es, el 21 de octubre de 1990, en dichas condiciones se encuentra vinculado a su cumplimiento y por tanto, la creación de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes era un deber pendiente desde aquella fecha.

En el presente trabajo, se lleva a cabo la revisión de la implementación de la Familia de Acogida en el sistema jurídico mexicano, el análisis se extiende no sólo a su creación, caracterización y regulación, comprende también los retos y compromisos que deben superarse en la normatividad mexicana, en su armonización y en su congruente implementación.

La familia. Su concepto y su caracterización

De gran complejidad resultaría el intentar proporcionar en estas líneas un concepto unívoco de la familia, labor compleja e inclusive de imposible realización, puesto que, siendo la familia un concepto polisémico, multidisciplinario y funcional, la definición es cambiante en atención a la disciplina que lo pretenda conceptualizar, en atención a la época y lugar en que se defina, así como en atención a las condiciones culturales y sociales en que se pronuncie el concepto.

“Su definición se encuentra en permanente debate, y es que la pluralidad de estructuras familiares es tan amplia que resulta extremadamente difícil aportar una definición que abarque todas ellas”²-

Anota Beck-Gernsheim³ 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”.

Hemos aseverado ya en otras líneas que “es una tarea difícil y compleja el pretender establecer un concepto único de familia, en primer instancia porque la familia vive en un continuo proceso de transformación, modificación y adaptación a las nuevas realidades personales y sociales que se presentan en esta institución; en segundo término el pretender pronunciar un concepto único y universal de familia sería un error, porque tratándose la familia de una noción amplia, al pretender hacerlo se corre el riesgo de emitir un concepto en el que no se contemplen ni siquiera en el momento mismo de su pronunciación, de todas las formas de organización colectiva que hoy pueden ser consideradas como familia”⁴.

Belluscio, de acuerdo con esta complejidad conceptual, considera que “no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia”⁵.

² Musitu Ochoa, Gonzalo; Estévez López, Estefanía; Jiménez Gutiérrez, Teresa I. *Funcionamiento familiar, convivencia y ajuste en hijos adolescentes*, 1ª edición, Editorial Cinca, Fundación acción familiar, Madrid, España, 2010, p. 18.

³ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, 2ª edición, publicada en alemán, traducción de Pedro Madrigal, Editorial Paidós, España, 2003, p. 13.

⁴ Oliva Gómez, Eduardo, *El Divorcio Incausado en México*, 1ª edición, Moreno Editores, México, 2013, p. 57.

⁵ Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia, Tomo I*, 5ª edición actualizada, 5ª reimpresión, Editorial Depalma, Argentina, 1995, p.3.

La familia, desde una óptica multidisciplinaria, es abordada y puede ser conceptualizada desde el enfoque etimológico, el sociológico, el biológico, el psicológico y desde luego, desde el enfoque jurídico que para efectos del presente trabajo es sobre el que se profundizará.

Desde el enfoque etimológico⁶, el vocablo familia tiene su origen en las tribus latinas, de la que deriva la raíz latina famulus, cuyo significado es sirviente. El término a su vez deriva en famel, voz perteneciente a la lengua de los oscos, antiguo pueblo habitante de la India central, quienes lo utilizaron para denominar a los siervos o a los esclavos. De esto se puede inferir, que en un principio la palabra familia significaba, un cuerpo de esclavo perteneciente a un mismo patrón.

“En su origen, la palabra familia no significa el ideal, mezcla de sentimentalismos y de disensiones domésticas, del filisteo de nuestra época; al principio, entre los romanos, ni siquiera se aplica a la pareja conyugal y a sus hijos, sino tan sólo a los esclavos. Famulus quiere decir esclavo doméstico, y familia es el conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo lugar”⁷.

De acuerdo con estas significaciones, en el vocablo latino en un principio la palabra familia refiere a un cuerpo de esclavos pertenecientes a un mismo patrón.

De Coulanges⁸ comenta que el principio de la familia antigua no radica en la generación exclusivamente, tampoco consiste en el afecto natural, pues tanto el derecho griego como el derecho romano no toman en cuenta para nada este sentimiento. “La antigua lengua griega tenía una palabra muy significativa para designar a una familia; se decía - $\kappa\alpha\tau\omicron\iota\sigma\tau\iota\omicron\nu$ - palabra que significaba literalmente lo que está cerca del hogar. Una familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar al mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los mismos antepasados”⁹.

Desde este mismo enfoque, Engels, de acuerdo a su pensamiento y sin referirse al significado etimológico, consideraba sobre el origen de la palabra familia, que en un inicio no significaba el ideal, mezcla de sentimentalismos y de disensiones domésticas; a su entender, “esta expresión la inventaron los romanos para designar un nuevo organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer, a los hijos y a cierto número de esclavos, con la patria potestad romana y el derecho de vida y muerte sobre todos ellos”¹⁰

Desde el enfoque sociológico la familia ha sido concebida, de acuerdo a Sánchez Azcona, como “... el núcleo primario y fundamental para proveer a la satisfacción de las necesidades básicas del hombre y sobre todo de los hijos, quienes por su carácter dependiente deben encontrar plena respuesta a sus carencias, como requisito para lograr un óptimo resultado en su proceso de crecimiento y desarrollo.”¹¹

⁶ Tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21889/capitulo2.pdf (consulta el 26 de septiembre de 2016).

⁷ Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Editorial Cartago, México, 1982, págs. 45, 46.

⁸ Cfr. De Coulanges, Fustel, *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007, págs. 33, 34.

⁹ *Idem*, págs. 34, 35.

¹⁰ Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 2ª edición, Editorial Cartago, México, 1982, p. 46.

¹¹ Tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21889/capitulo2.pdf (consulta el 26 de septiembre de 2016).

Sobre este enfoque, considera Recasens Siches¹² que la familia constituye una institución creada y configurada por la cultura, en la que se conjugan los elementos que emanan de la religión, de la moral, de las costumbres y del derecho, en la que intervienen consideraciones sobre la moralidad de los individuos, sobre los intereses materiales y espirituales sobre todo de los niños y sobre la buena constitución y funcionamiento de la sociedad, por ello se asevera y reconoce en la mayoría de las culturas que la sociedad será como sean sus familias.

Hauriou¹³ señala que la familia, desde el enfoque sociológico es una institución porque constituye un elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados, institución que no puede ser destruida ni siquiera por el orden legal de un Estado.

Murdock señala que “La familia es un grupo social caracterizado por una residencia en común, cooperación económica y reproducción. Incluye adultos de ambos sexos, de los que al menos dos mantienen una relación sexual socialmente aceptada, y uno o más hijos propios o adoptados, de los adultos que cohabitan sexualmente”¹⁴.

Fernández de Haro considera a la familia como “una unión pactada entre personas adultas con una infraestructura económica y educativa que facilita el desarrollo social de los hijos y que, generalmente, conviven en el mismo hogar”¹⁵.

Sean suficientes los conceptos anotados desde el enfoque sociológico, para percatarse que en todos ellos, un común denominador es, sin lugar a dudas, la función social que juega la familia, considerando en su estructura la presencia de progenitores, hijos, dependencias y satisfactores vitales de tipo económicos educativos y sociales, la cual, tal y como lo expresa Rousseau¹⁶ debe ser reconocida y considerada como la más antigua de todas las sociedades, y la única natural, la cual, para su continuidad, requiere de la voluntad e intención de sus miembros para preservar los lazos de unión.

El enfoque biológico identifica a la familia como aquella que “se forma por la unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre; por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes sin limitación alguna”¹⁷.

Esta concepción de tipo biologicista, resulta necesario destacarla, ha sido favorablemente superada en las últimas décadas, cuando ideológica y conceptualmente se ha reconocido que la procreación, reproducción, o perpetuidad de la especie, no conforma los fines básicos de la familia, cuando se ha comprendido y aceptado por tanto que la descendencia no es un punto distintivo y cuando se ha entendido que en la familia, la paternidad o maternidad, puede darse no sólo por un hecho biológico, también puede constituirse por actos de crianza, así puede afirmarse entonces que la familia no puede hoy conceptualizarse solamente como una institución con características de procreación.

¹² Recasens Siches, citado por, Oliva Gómez, Eduardo, *op cit*, p. 59.

¹³ Hauriou, citado por, Belluscio, Augusto César, *op. cit.* p.9.

¹⁴ Taberner Guasp, José, *Familia y Educación. Instituciones reflexivas en una sociedad cambiante*, Editorial Tecnos, España, 2012, p. 93.

¹⁵ Musitu Ochoa, Gonzalo; Estévez López, Estefanía; Jiménez Gutiérrez, Teresa I. *op. cit.* p. 18.

¹⁶ Cfr. Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979, p. 4.

¹⁷ Baquero Rojas, Edgard y Buenrostro Baéz, Rosalía, *Derecho de Familia*, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 2ª edición, 5ª reimpresión, Editorial Oxford, México, 2012, págs. 3, 4.

Desde el enfoque psicológico, “la familia se ha definido como un sistema de relaciones fundamentalmente afectivas en el que el ser humano permanece largo tiempo, y no un tiempo cualquiera de su vida, el cual está constituido por fases evolutivas cruciales como la infancia y la adolescencia”¹⁸.

Simón, en esta conceptualización, considera que “la familia se define, fundamentalmente y por orden de importancia, en función de los siguientes elementos: afecto, coresidencia, lazos consanguíneos y apoyo emocional”¹⁹.

Con relación a este enfoque, se ha señalado que²⁰ el ambiente familiar en que vivimos influye en nuestra forma de comportarnos, la interacción con ellos, el tamaño de la familia, el orden de nacimiento, las diferencias de edad entre los hijos o su sexo, se estima además que a causa del trato diferencial de los padres, de los hermanos y de los compañeros, en los hermanos y las hermanas de la misma familia que tienen experiencias diferentes o ambientes no compartidos no se parecen más entre sí de lo que se parecen los niños sin parentesco. El mero hecho de haber vivido en el mismo lugar y en el mismo tiempo no significa que serán idénticos.

Analizadas estas posturas, es necesario reflexionar que, siendo la psicología una disciplina que entre sus objetos de estudio se encuentran las emociones, su percepción de la familia pone al centro precisamente a los vínculos de tipo afectivos que se generan entre los miembros que la integran, por ello, el común denominador son, desde luego, el afecto, la cohabitación y los apoyos emocionales que se practican entre los integrantes de la familia.

Hecho el estudio conceptual de familia desde los diversos enfoques que han sido revisados en estas líneas, queda por último abordarla desde el enfoque jurídico, el cual constituye parte central en este trabajo.

La familia, desde el enfoque jurídico, es conceptualizada en una óptica doctrinal y en una óptica legal; la primera es construida por los estudiosos de la ciencia jurídica, es decir, doctrinarios y teóricos, la segunda se contiene en los instrumentos normativos legales, esto es, códigos y leyes, así como en Tratados Internacionales o cualquier otro instrumento similar.

La familia desde la óptica jurídica doctrinal, puede ser definida “en un sentido estricto, como el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones”²¹.

Para Josserand, “la familia en sentido jurídico engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad. Se extiende hasta límites lejanos –en los parámetros establecidos por el derecho– y descansaría, a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopción”²².

Baqueiro y Buenrostro anotan que “desde el punto de vista jurídico, la simple pareja forma una familia, porque entre ambos miembros se establecen relaciones

¹⁸ Musitu Ochoa, Gonzalo; Estévez López, Estefanía; Jiménez Gutiérrez, Teresa I. *op. cit.* p. 19.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. Tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21889/capitulo2.pdf (consulta el 26 de septiembre de 2016)

²¹ Pérez Contreras, María Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, 1ª edición, Nostra Ediciones, UNAM, México, 2010, p. 23.

²² Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Argentina, 2001, p. 4.

jurídicas familiares que los rigen, ya que constituyen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones recíprocos que les son propios. Claro está que sus descendientes también son parte de la familia, aun cuando falten los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado o distancia. Debido a ello, en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos sólo se extienden hasta el cuarto grado”²³.

Antonio Cicu decía: “En nuestro ordenamiento jurídico, la familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad”²⁴.

“Familia en el sentido estricto - dice Francesco Messineo - es el conjunto de dos o más individuos, que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituyen un todo unitario. En sentido amplio pueden incluirse personas difuntas, antepasados - aún remotos - o por nacer: familia como stirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien, todavía en otro sentido, las personas contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción): familia civil”²⁵.

Torrado y Royo “sostienen que núcleo familiar refiere a las personas íntimamente ligadas por vínculos legales o biológicos; por tanto se entenderá por núcleo el conformado por una persona y sus hijos o hijas (vínculo legal, afectivo o biológico), definición compartida a su vez por Almera y Flaquer, para quienes un núcleo se constituye por progenitores, padre o madre y sus hijos/as”²⁶.

Resulta evidente la riqueza doctrinal con relación al concepto de familia, en cada concepto destaca la ideología dominante en el contexto histórico en que se pronuncia y la postura teórica de quien la define, no obstante ello, de la diversidad de conceptos, puede destacarse como primer elemento común denominador, el referente a su composición, así, la familia es distinguida como un grupo social que por mínimo que resulta, involucra dos personas que por diversas razones se vinculan, ya sea por efectos de la unión matrimonial o de concubinato, ya sea por la calidad de padre o madre, ya sea por el vínculo de afinidad, así como por efectos de una adopción que anteriormente constituía un parentesco civil, el cual afortunadamente en los últimos años ha evolucionado, dejando atrás tal vínculo civil para convertirlo y equipararlo a un vínculo consanguíneo.

El segundo elemento común es sin lugar a dudas, la relación jurídica que el vínculo genera, esto es, los derechos y obligaciones, facultades y deberes que la relación impone, a toda causa hay un efecto, en familia, el origen de la relación, la causa de ésta, genera un efecto, este es precisamente el vínculo jurídico regulado normativamente.

En cuanto al concepto de familia desde la óptica legal, cabe mencionar que en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, se hace mención de ella en el tercer párrafo del artículo 16, al respecto se dice que “la familia es el

²³ Baquero Rojas, Edgard y Buenrostro Baéz, Rosalía, *op. cit.* p. 5.

²⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Familia, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 10.

²⁵ *Idem*, p.11.

²⁶ Citados por Ordeñana Sierra Tatiana y Barahona Néjer, Alexander, *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional*, Ceballos, Editora Jurídica, Ecuador, 2016, p. 83.

elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El concepto dispuesto en la Declaración es reproducido de manera textual en diversos instrumentos internacionales, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, que en su artículo 23 lo establece de tal forma; situación similar se presenta en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, instrumentos internacionales a los cuales el Estado Mexicano ha presentado su adhesión, por lo que jurídicamente se encuentra obligado a su observancia.

El concepto propuesto en la citada Declaración, en el Pacto Internacional y en la Convención Americana, destaca el enfoque sociológico así como el jurídico, dado que, por una parte distingue a la familia como el elemento fundamental de la sociedad, y por otra parte, desde la óptica jurídica, dispone la obligación legal del Estado de brindarle su protección.

En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptando el criterio expuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se expone y reconoce por los Estados Parte en el quinto párrafo de su preámbulo que la familia, es el grupo fundamental de la sociedad y es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros”.

El concepto propuesto en la Convención incorpora una característica de gran importancia al establecer que en la familia es donde los integrantes que la componen, logran su crecimiento y su bienestar.

En la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en el primer párrafo de su artículo cuarto se hace referencia a la familia, indicando que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la misma.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal no aporta el concepto legal de la familia, pero sí reglamenta en el Título Cuarto Bis del Libro Primero el capítulo único “De La Familia”, en donde señala las bases sobre las cuales se constituye la protección a esta institución social fundamental, al respecto establece categóricamente que tales disposiciones son de orden público e interés social y que tiene como objeto proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia, basados en el respeto a su dignidad.

De acuerdo al contenido de la reglamentación invocada, el legislador de la ciudad capital, en observancia y apego a la norma constitucional, establece el objeto de las leyes en materia de familia, estas son su protección en lo que se refiere a su organización y su desarrollo, basado en todo momento en el respeto a la dignidad de sus integrantes.

Por otra parte, en el referido código civil en sus artículos 138 Quáter y Quintus, se dispone que las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas que integran a la familia, estableciéndose expresamente que tales relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, esto es, que en el referido código se reconocen como fuentes de la familia, el vínculo del matrimonio o el concubinato y los lazos de parentesco.

Respecto al concepto legal de la familia es oportuno citar el propuesto por la Ley para la familia del Estado de Hidalgo, publicada en el Periódico Oficial del Estado con fecha 9 de abril de 2007, en el que en su artículo segundo se define esta institución social textualmente de la siguiente forma: “La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad y se reconoce a la familia como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado” aunado al concepto, en su artículo quinto se precisa que “La familia tendrá como función, la convivencia de sus miembros por medio de la permanencia y estabilidad de sus relaciones, permitiendo satisfacer las necesidades de subsistencia y defensa”.

El código de familia para el Estado de Yucatán, que resulta de interés consultar por tratarse de uno de los códigos más recientes en la República Mexicana en materia de familia, el cual fue publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 30 de abril de 2012, establece en su artículo cuarto que “La familia es una institución social integrada por dos o más personas unidas o emparentadas entre sí, por consanguinidad, por afinidad o por adopción, en la que sus miembros son sujetos de derechos y obligaciones”.

En el código familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, en su artículo 21 establece el deber del Estado de garantizar la protección de la familia en su constitución y autoridad, reconociéndola como base necesaria del orden social y como el fundamento primordial de la sociedad y del Estado.

En su artículo 22, el cual ha sido reformado mediante la publicación en el Periódico Oficial “Tierra y Libertad” el día 4 de julio del 2016, entrando en vigor el día 5 de julio de 2016, define a la familia indicando lo siguiente: “La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación estable entre dos personas y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica”.

Sean suficientes los conceptos revisados de la normatividad legal respectiva vigente en la Ciudad de México, así como de las respectivas de los Estados de Hidalgo, Yucatán y Morelos para destacar que en todos ellos, de manera común, reconocen como fuentes del vínculo familiar, por una parte el matrimonio o el concubinato y, por otra, el parentesco, ya por consanguinidad o por afinidad; fuera de estas fuentes, no se reconoce ninguna otra forma que pueda generar o constituir una familia.

La implementación de la familia de Acogida en la legislación mexicana.

El nacimiento de la Familia de Acogida en el sistema jurídico mexicano es de reciente creación, su implementación se contempla por primera vez en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley que es publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, entrando en vigor, el 5 de diciembre de 2014.

Esta ley, como lo establece su artículo primero, es de orden público, interés social y de observancia general en el territorio nacional y tiene por objeto, de

manera fundamental y prioritaria, reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, sustentados en base a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; además de esto, la ley es creada para garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de sus derechos humanos.

En dichas condiciones, la ley, además de resultar de observancia general en toda la República, se constituye en un ordenamiento jurídico respecto del cual el Estado es el primer interesado en su estricta observancia y cumplimiento, al dotarle de la fuerza del orden público, y esto es así desde luego, puesto que se trata de una ley que procura el respeto, promoción y protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención de 1989 en favor de niñas, niños y adolescentes.

Es importante comentar que en el sistema jurídico mexicano, el antecedente legislativo inmediato a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del 2014, es la denominada “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo del año 2000, y que de acuerdo a su artículo primero transitorio, entró en vigor al día siguiente de su publicación.

En dicha ley se establece que un principio rector en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, es “el de vivir en una familia, como espacio primordial de desarrollo”, esto así se dispone en su artículo tercero “D”.

Con esta disposición resulta claro que el legislador conceptualiza al derecho de vivir en familia como un derecho fundamental, puesto que constituye el espacio primordial para el desarrollo.

Más adelante, la referida ley regula en el artículo 23, en apego al citado principio rector, que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia.

En dichos términos, en el artículo 24 dispone que: “Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que, siempre que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella”.

Y en el artículo 25 establece que: “Cuando una niña, un niño, un o una adolescente se vean privados de su familia, tendrán derecho a recibir la protección del Estado, quien se encargará de procurarles una familia sustituta y mientras se encuentre bajo la tutela de éste, se les brinden los cuidados especiales que requieran por su situación de desamparo familiar. Las normas establecerán las disposiciones necesarias para que se logre que quienes lo requieran, ejerzan plenamente el derecho a que se refiere este capítulo, mediante:

1. La adopción, preferentemente la adopción plena.
2. La participación de familias sustitutas”.

Como puede verse de la normatividad contenida en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de mayo del 2000,

ya se hablaba del reconocimiento del derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en una familia, también se contemplaba como mecanismo alternativo temporal para los casos en que se vieran privados de su familia y a efecto de garantizarles el ejercicio y goce de tal derecho, de la existencia de una familia producto de la adopción, o bien, se contempla también la existencia de una “familia sustituta”.

Es importante la reglamentación que se contenía en la referida ley, pues contemplar la función de una “familia sustituta”, que desde luego no es la Familia de Acogida, materia de estudio del presente trabajo, constituye ya un antecedente legislativo muy cercano, dado que si bien no se denomina de la misma forma, puede destacarse una analogía en los fines para los cuales fue creada, pues siendo reconocido ya el derecho humano de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia, la regulada “familia sustituta” constituía una estrategia cierta para satisfacer ese derecho cuando la niña, niño o adolescente, como lo regulaba la ley, se veía privado de su familia y ante ello, el Estado se encargaba de procurarles una familia sustituta, que bien podía ser mediante la adopción o, por medio de esta denominada “familia sustituta”.

La ley no aportaba más elementos con relación a la constitución y funcionamiento de la familia sustituta, sin embargo, como se ha señalado, su sola reglamentación ya constituye un elemento de valía para la familia de acogida. Esta ley fue abrogada con fecha 4 de diciembre de 2014 por efectos de la publicación de la nueva Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Ahora bien, por lo que se refiere a la Familia de Acogida que nos ocupa en este trabajo, de acuerdo a lo que se dispone en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de diciembre de 2014, es entendida o definida en la fracción XII de su artículo cuarto, indicando que es aquélla que cuente con la certificación de la autoridad competente y que brinde cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva.

A la par de la Familia de Acogida, la citada ley contempla además a la familia de origen, la extensa o ampliada y a la familia de acogimiento pre-adoptivo.

La familia de Origen, dice la ley, es aquella compuesta por titulares de la patria potestad, tutela, guarda o custodia, respecto de quienes niñas, niños y adolescentes tienen parentesco ascendente hasta segundo grado. En dichos términos, se trata de la familia biológica en la que se contemplan a padres y abuelos.

La Familia Extensa o Ampliada es aquella compuesta por los ascendientes de niñas, niños y adolescentes en línea recta sin limitación de grado, y los colaterales hasta el cuarto grado, lo que significa que, en esta familia en sentido amplio, se comprenden, a los ascendientes sin límite de grado como pueden ser los abuelos, los bisabuelos o aún más allá, a los hermanos, tíos y primos.

Por lo que se refiere a la denominada familia de acogimiento pre-adoptivo, es aquella distinta de la familia de origen y de la extensa que acoge provisionalmente en su seno niñas, niños y adolescentes con fines de adopción, y que asume todas las obligaciones en cuanto a su cuidado y protección de conformidad con el principio del interés superior de la niñez.

Como puede detectarse, de los cuatro modelos de familia caracterizados en la ley, la de origen y la extensa o ampliada son familias con un vínculo de parentesco consanguíneo, biológico, de historia genética común, mientras que la familia de acogida y la de acogimiento pre-adoptivo se fundan en una relación posterior sin vínculos de origen común, en los que no existe historia genética entre ellos.

Ahora bien, por lo que se refiere a la Familia de Acogida, objeto de estudio de este trabajo, de acuerdo a las caracterizaciones reguladas por la ley con relación a la familia de acogimiento pre-adoptivo, existen notables diferencias respecto a sus fines; en la primera, la familia de acogimiento, se habla de brindar cuidado, protección, crianza positiva y promoción del bienestar social a las niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado, el cual concluirá en el momento que niñas, niños y adolescentes queden de nuevo asegurados de forma permanente en su familia de origen, en la extensa o bien, en una adoptiva. La familia de acogimiento pre-adoptivo, en cambio, no tiene fines temporales, el acogimiento en esta forma es provisional pero con fines de adopción, destacando además que en ella se asumen todas las obligaciones respecto al cuidado y protección de niñas, niños y adolescentes que queden confiados en ella.

La Familia de Acogida, cuyo fin principal es la incorporación de las niñas, niños y adolescentes en una familia temporal en la que su integración, estadía y convivencia será sólo por un tiempo limitado hasta en tanto se pueda asegurar su reincorporación de manera permanente a su familia de origen, o bien, su incorporación de manera permanente a falta de su familia de origen, a su familia extensa o, en su caso, a la que se constituya por efectos de la adopción, se implementa en el sistema jurídico mexicano de manera loable con la pretensión de garantizar la protección del Derecho Humano de los niños a vivir en una familia, Derecho Humano que así les es reconocido en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Ley General de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en apego y observancia a la Convención de 1989, en su artículo 22, reconoce que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia.

Este fundamental principio protector de niñas, niños y adolescentes, así como Derecho Humano reconocido a favor de ellos -vivir en familia- por diversas razones puede ser afectado, vélgase citar como ejemplos aquellos casos de familias monoparentales, donde el padre o la madre es condenado a la privación de su libertad y por tanto se ocasione la separación temporal con sus hijos mientras deba cumplir la sentencia condenatoria respectiva, supuesto que también puede presentarse en familias con ambos padres en los que exista coparticipación en la comisión de un delito que les imponga la privación de la libertad, provocando la referida separación temporal de sus hijos y con esto, la imposibilidad de los hijos a vivir en una familia, o bien, en aquellos supuestos que los padres (ambos) o el padre monoparental es internado en una clínica de rehabilitación por tratamientos de adicciones, en dichos supuestos hipotéticos, así como en cualesquiera otro que por las razones que sean se produzca esta separación entre padres e hijos, o bien cuando el interés superior del menor haga necesario separar a niñas, niños y adolescentes de su Familia de Origen por una resolución de tipo judicial.

En las condiciones indicadas, la Ley regula en su Título Segundo sobre los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, estableciendo precisamente en el artículo 13 fracción cuarta su derecho a vivir en familia.

En el artículo 22 de manera reiterada señala que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia, por tanto, establece que no podrán ser separados de las personas que ejerzan sobre ellos la patria potestad o la tutela, guarda o custodia, salvo que medie orden de autoridad competente en la que se determine cuál es la causa de la procedencia de la separación. En concordancia con esta reglamentación, en el artículo 26 se dispone que el Sistema Nacional DIF o los Sistemas de las Entidades federativas, deberán otorgar medidas especiales de protección a niñas, niños y adolescentes que hayan sido separados de su familia de origen por resolución judicial. En estos casos las autoridades competentes garantizarán que reciban todos los cuidados que se requieran por su situación de desamparo familiar.

Cuando se presenten estos supuestos, contempla la ley, el Sistema Nacional DIF o los Sistemas de las Entidades, se asegurarán de que niñas, niños y adolescentes sean ubicados con su familia extensa o ampliada para su cuidados desde luego, esto siempre y cuando sea posible y que con ello no se afecte el interés superior del menor; en caso de no ser posible su incorporación a la Familia Extensa, se buscará que, como expresamente lo contempla la fracción segunda del referido artículo 26, que niñas, niños y adolescentes “sean recibidos por una familia de acogida como medida de protección, de carácter temporal, en los casos en los cuales ni los progenitores, ni la familia extensa de niñas, niños y adolescentes pudieran hacerse cargo”.

En la fracción cuarta del mismo artículo 26 se dispone, bajo una redacción confusa, que “El Sistema Nacional DIF, así como los Sistemas de las Entidades y Sistemas Municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán registrar, capacitar, evaluar y certificar a las familias que resulten idóneas, considerando los requisitos señalados para el acogimiento pre-adoptivo”.

La redacción de la fracción cuarta es confusa por que al parecer se refiere a que estas acciones previas y de operatividad como son el levantar un registro, el capacitar, el evaluar y con ello el certificar, sólo aplican para el caso de aquellas familias que pretendan el acogimiento pre-adoptivo, no se regula con claridad si todas estas acciones se llevan a cabo también para aquellas familias que pretendan calificarse como idóneas para el acogimiento temporal.

La implementación de la Familia de Acogida en la ley resulta, desde luego, como se ha señalado en líneas anteriores, loable y de gran valía en protección de niñas, niños y adolescentes que se vean necesitados de una Familia de Acogida mientras se logra su reincorporación a su familia de origen o incorporación a su Familia Extensa o en su caso adoptiva, sin embargo, la reglamentación de la Familia de Acogida es insuficiente normativamente, se regula la implementación pero no establece los mecanismos, instancias, procedimientos, formas, medios de protección y aseguramiento de derechos de los niños, motivo de un acogimiento de esta especie, la reglamentación deja muchas dudas, genera muchas preguntas sin respuesta y esta gran incertidumbre jurídica provoca la desconfianza.

En el Reglamento de la Ley publicado en el Diario Oficial de la Federación el día dos de diciembre de 2015, un año después del inicio de la vigencia de la ley, se disponen las reglas operativas que rigen con respecto a la Familia de Acogida, como son: la existencia de un registro de las certificaciones otorgadas a una familia para fungir como familia de acogida; los requisitos para constituirse como Familia de Acogida, así como las acciones de vigilancia y protección, pero de la

misma forma, deja muchas situaciones jurídicas sin contemplar.

En el artículo 55 del reglamento se habla sobre el acogimiento residencial, que desde luego no debe confundirse con la familia de acogida; el acogimiento residencial es aquél que se brindará en Centros de Asistencia Social que cumplan con la normatividad establecida en la propia ley, centros que se considera, son coadyuvantes con el Sistema Nacional DIF pero que de ninguna forma pueden asimilarse a la Familia de Acogida que es regulada en el Título Sexto, Capítulo Quinto del reglamento, a partir del artículo 61 y hasta el artículo 70.

Al respecto de la Familia de Acogida, en el artículo 61 contempla la creación y operación de un registro de familias de acogida, al señalar que “El Sistema Nacional DIF administrará, operará y actualizará un registro de las certificaciones otorgadas a una familia para fungir como Familia de Acogida”.

En el referido registro se deberá hacer constar información como: Los datos generales de los integrantes de la familia; su domicilio; el número de dependientes económicos en la familia; el certificado emitido por la autoridad competente; los ingresos y egresos mensuales de la familia; el perfil y número de niñas, niños o adolescentes que, en su caso, podrían acoger, y cualquier otra información que determine el Sistema Nacional DIF.

El Registro, en la manera en que se contempla, se convierte en un condicionante indispensable para el funcionamiento y operatividad de la Familia de Acogida, pues la información que se registra resulta necesaria para el momento en que materialmente se requiera ubicar a una niña, niño o adolescente en una familia de acogida.

En el artículo 62 se contempla el mecanismo de solicitud que debe observarse para aquellas familias que se encuentren interesadas en constituirse como familia de acogida, para lo cual deberán presentar ante la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes adscrita al Sistema Nacional DIF, su autorización para constituirse como Familia de Acogida, así como una solicitud para obtener su certificación firmada por quién o quiénes serán los responsables de la guarda y custodia de la niña, niño o adolescente que se acogerá en la familia, debiéndose contener en dicha solicitud los datos generales de la familia, domicilio, dirección para oír y recibir notificaciones dentro del territorio nacional, teléfono, correo electrónico y otros medios de contacto, los cuales deberán ubicarse en el territorio nacional.

Se contempla además en el artículo 63 que la Procuraduría, como parte del otorgamiento de la certificación para constituirse en Familia de Acogida, impartirá un curso de capacitación a quien o quienes serán los responsables de la guarda y custodia de la niña, niño o adolescente que se acogerá en su familia, curso que tiene por objeto informar los aspectos psicosociales, administrativos y judiciales que implican el cuidado, protección, crianza positiva y promoción del bienestar social de las niñas, niños y adolescentes acogidos.

Se dispone además en el reglamento que la Procuraduría se cerciorará, entre otras cosas, que la información presentada por la familia solicitante esté completa y en tiempo para integrar el expediente de la solicitud, así como la veracidad de la información proporcionada, hecho lo cual se procederá a evaluar la solicitud y en caso favorable, emitirá la certificación correspondiente con la finalidad de que el Sistema Nacional DIF inscriba a la Familia de Acogida en el registro al que se ha hecho mención en líneas anteriores.

En el artículo 67 se dispone que El Sistema Nacional DIF realizará las acciones que correspondan, en coordinación con otras dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, y las entidades federativas, para brindar servicios especiales de preparación, apoyo, asesoramiento y seguimiento a las Familias de Acogida, antes, durante y después del acogimiento de niñas, niños y adolescentes, dichas acciones podrán incluir, entre otras, el acceso a servicios médicos y de educación a las niñas, niños o adolescentes acogidos; apoyo material; visitas domiciliarias; así como la posibilidad de mantener contacto permanente con personal especializado del Sistema Nacional DIF.

Se contempla, además, que la Procuraduría estará encargada de verificar el estado físico, psicológico, educativo y social de la niña, niño o adolescente que se encuentre en una Familia de Acogida y el Sistema Nacional DIF dará seguimiento a las niñas, niños y adolescentes que hayan concluido el acogimiento, a través de los profesionales en las áreas de psicología y trabajo social que determine.

En el artículo 68 se establece, con respecto a los criterios para la asignación de la niña, niño o adolescente a una familia de acogida, debe considerarse que entre éstos y quien o quienes serán los responsables de su guarda y custodia exista una diferencia de edad de por lo menos diecisiete años, requisito que en casos excepcionales, a juicio de la Procuraduría Federal, el requisito de diferencia de edad a que se refiere el párrafo anterior, podrá reducirse en atención al interés superior de la niña, niño o adolescente.

El artículo 69 dispone que La Familia de Acogida que haya obtenido su certificación de la Procuraduría deberá rendirle a ésta un informe mensual, en el que le expresará las actividades realizadas por la niña, niño o adolescente en los ámbitos social, educativo y de salud, así como las medidas que se hayan implementado para garantizar sus derechos sin discriminación de ningún tipo o condición y, por último, en el artículo 70 se concede facultades a la Procuraduría para realizar visitas a los domicilios de las Familias de Acogida a efecto de cerciorarse de que las condiciones de acogida son adecuadas y respetan los derechos de la niña, niño o adolescente acogido, contemplándose que, si derivado de las referidas visitas se advierte que la información rendida por la Familia de Acogida en cualquiera de los informes es falsa o viola los derechos de niñas, niños y adolescentes, revocará la certificación correspondiente previo derecho de audiencia, lo que podrá hacer sin perjuicio de otras sanciones en que pueda incurrir.

De los retos y compromisos a cumplir por efecto de la implementación de la Familia de Acogida en el sistema jurídico mexicano

Es indudable la transformación de la legislación en materia de familia en el sistema jurídico mexicano, códigos y leyes se modifican diariamente y las nuevas propuestas generan polémica, discusión, discursos en favor y discursos en contra.

El derecho de familia y sus instituciones reclaman su urgente relectura y con ello la reconceptualización, la redimensión y la neodimensión del derecho, puesto que la familia es una institución en continua reconstrucción y constante transformación.

La Familia de Acogida constituye una de esas nuevas formas jurídicas y sociales por las que ahora le toca hacer camino a la legislación mexicana dedicada a la

reglamentación del derecho de familia, su implementación en la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes constituye un precedente importante, invaluable, pero no es suficiente, el camino se inicia pero en los primeros pasos se presentan grandes dudas, imprecisiones, innumerables preguntas sin contestar y nuevos procesos ideológicos que enfrentar.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2014 y su Reglamento de 2015, bajo la redacción y forma en que se encuentra contenida su normatividad, genera dudas y preguntas en su materialización y con ello retos y compromisos que afrontar y que cumplir.

La Familia de Acogida es una excelente opción para que niñas, niños y adolescentes, cuando por múltiples razones que eventualmente puedan presentarse, se vean separados de su familia de origen y con ello afectados en el derecho primordial que todo ser humano persigue a vivir en familia, ante tal carencia o separación, la Familia de Acogida proporciona a esta niña, niño o adolescente un ambiente y un espacio familiar temporal en el que es acogido para que en él pueda gozar en todo momento de ese maravilloso derecho de vivir en familia, derecho humano primordial que es de medular importancia el procurarlo, brindarlo y protegerlo, porque en la familia se forjan los más hermosos e importantes recuerdos para toda la vida, los principios, valores, afectos, cariños y cuidados de los que todos los miembros de la familia son responsables, “en familia se transmiten valores, allí aprendemos a conducirnos y a formar nuestro criterio”²⁷.

En dichas condiciones, la eficaz implementación de la Familia de Acogida, reclama su debida atención normativa, tanto en el contenido de las leyes en la materia, como en la instrumentación de políticas públicas elaboradas con atención a su adecuada implementación y debido respeto.

Por ello, son varios los retos que deben enfrentarse y los compromisos que deben cumplirse en la implementación de la Familia de Acogida en nuestro sistema jurídico mexicano.

Es necesaria y urgente una adecuada reglamentación que contemple los efectos de la configuración de la Familia de Acogida; es apremiante llevar a cabo un trabajo legislativo en todos los códigos de familia y/o civiles de las entidades federativas de la República Mexicana, pues en ellos no se ha implementado la Familia de Acogida regulado hoy solamente en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; se requiere de manera inmediata la armonización de todas estas leyes, la unificación, la regulación en sus contenidos y la determinación clara y precisa de todos y cada uno de los deberes y obligaciones que asumen aquellas familias que están de acuerdo en convertirse en una Familia de Acogimiento con relación a la niña, niño o adolescente que temporalmente acogan por carecer de su familia propia y que temporalmente necesita se le satisfaga esta lamentable ausencia.

Es urgente revisar el concepto de familia dispuesto en los códigos de familia y/o civiles de las entidades federativas de la República Mexicana dado que, de inicio, no sólo desconocen la Familia de Acogida, aún más, se constituyen como un verdadero obstáculo jurídico para reconocerla jurídicamente.

Dicen los códigos de familia o civiles para aquellas entidades federativas donde el derecho de familia aún se contiene en sus códigos civiles, que las fuentes

²⁷ Villagómez Alvarado, Didier, *Reflexiones sobre el concepto de familia en el contexto del siglo XXI*, Revista de Derecho Privado, enero – junio 2013, número 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, p. 290.

de la familia son el matrimonio, el concubinato y, el parentesco; esto así se ha revisado en el presente trabajo en el código civil para la Ciudad de México y en las leyes sobre materia familiar del estado de Hidalgo, Yucatán y Morelos; ante esta precisión legal de las fuentes de familia en la ley, como efecto de dicha causa, el nacimiento de las relaciones jurídicas familiares entre los miembros de una familia se marca en estas fuentes, ¿dónde queda entonces ubicada la Familia de Acogida en estas fuentes bien distinguidas?

La Familia de Acogida, de acuerdo a la conceptualización que se establece en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, es identificada como aquella que cuenta con la certificación de la autoridad competente y que se constituye para brindar cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva; de tal forma, este nuevo modelo familiar no tiene cabida dentro de la conceptualización de códigos de familia y/o civiles en los que su fuente se debe a la relación matrimonial, de concubinato o de parentesco, dado que entre ellos, los que brindan la familia y la niña, niño o adolescente que temporalmente se encuentra privado de la suya propia, no existe ninguno de estos vínculos: matrimonio, concubinato, parentesco, luego entonces, la propia ley se constituye en el obstáculo para el reconocimiento de este modelo familiar.

Es necesario establecer y regular de manera clara y precisa cuáles son las relaciones jurídicas familiares que surgen con motivo de la Familia de Acogida entre los padres acogedores y la niña, niño o adolescente acogido, así como entre estos últimos y los hijos y demás familiares de la familia acogedora.

La interrogante es complicada en nuestro sistema jurídico y muy compleja de resolver, puesto que, válgase revisar el artículo 138 Quáter del código civil para la Ciudad de México, en el que se establece que las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Por otra parte, en el mismo tenor, el artículo 138 Quintus del código citado establece que las relaciones jurídicas familiares generadoras de tales deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Ante esta reglamentación: ¿Cómo quedan las relaciones jurídicas familiares entre todos los integrantes de la Familia de Acogida con la niña, niño o adolescente acogido cuando entre ambos no existe ningún vínculo de ese tipo? ¿Cuáles son entonces esas relaciones jurídicas y qué conjunto de deberes, derechos y obligaciones se generan? ¿Cuáles son los derechos y obligaciones, facultades y deberes que cada miembro de esa nueva familia debe afrontar y enfrentar? Las respuestas que deban darse a estas interrogantes son, sin lugar a dudas, un reto y un compromiso a cumplir.

Si la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes contempla la existencia de una familia de acogida, pero por su parte los códigos civiles y/o familiares no lo contemplan, ¿cómo se generan las relaciones jurídicas familiares entre padres de acogida con hijos de acogida? Al respecto, inclusive, cabe cuestionar: ¿es correcto jurídicamente denominar hijo de acogida a la niña, niño o adolescente que es ubicado en una Familia de Acogida de manera temporal? y ¿es correcto denominar padres de acogida en este caso?

¿Los padres de acogida se encuentran obligados a ejercer sobre los hijos de acogida la Patria Potestad? ¿Se confiere a los padres de acogida la Tutela sobre los hijos de acogida? ¿Cuáles son los límites y extensiones de la representación jurídica que tienen dichos padres sobre tales hijos? Incluso, ¿existe personalidad jurídica en estos padres para representar legalmente a estos hijos? ¿Tienen obligación alimentaria? ¿Qué sucede cuando uno de los cónyuges deja de cumplir con su deber alimentario con su otro cónyuge y consecuentemente deja en desamparo alimenticio al niño de acogimiento? ¿Puede ser demandado por alimentos en este supuesto?

¿Cuál es el alcance jurídico de los padres de acogimiento sobre hijos de acogimiento con respecto a su salud, tratamientos médicos, terapéuticos, hospitalarios, atención psicológica? ¿Cuál es el alcance jurídico de estos padres en materia de educación con estos hijos?

¿Existe algún tipo de responsabilidad objetiva o subjetiva de los padres de acogimiento para con los hijos de acogimiento? ¿Los padres de la familia de origen al darse la reincorporación de su hijo, pueden demandar a la Familia de Acogida por algún supuesto daño ocasionado durante su integración con dicha familia?

Con sustento en el interés superior del menor, reconocido como derecho humano y principio rector: ¿Podrá provocar la Familia de Acogida la posibilidad de que las niñas, niños y adolescentes ubicados a ella, pueda imponer en algún momento que el carácter temporal deje de ser así para convertirse en permanente? ¿Cómo quedan los derechos humanos en este modelo familiar ante estos retos?

Los planteamientos hipotéticos podrían generar miles de preguntas, todas ellas sin respuesta cierta, la falta de precisión jurídica en la Familia de Acogida es alarmante, como también las dudas e incertidumbre.

Consideraciones finales.

La familia educa, cuida, protege, ama, prepara para la vida, es donde se procuran las bases fundamentales para entender, aceptar y rechazar lo que cualquier institución social pueda ofrecer, es donde todo ser humano recibe su primera y más importante educación, es donde se establecen los modelos fundamentales de la socialización, “quizá el elemento más complejo de las formas de construcción de la sociabilidad y pertenencia a un grupo o comunidad (entendida la socialización como el proceso mediante el cual el individuo se convierte en ser social y desarrolla la capacidad de integración con el grupo de pertenencia) sea la forma en que la familia logra que individuos distintos sean socializados para lograr compartir un sistema de valores y de normas”²⁸.

Reconocida con tal caracterización la familia, ciertamente, a lo largo de la historia de la humanidad - vivir en familia- es un derecho humano de niñas, niños y adolescentes y el Estado, sociedad y familia, deben buscar los medios para garantizar este fundamental derecho, y cuando se deja de materializar temporalmente en la familia de origen, que tal vez pueda ser la biológica o no necesariamente, es cuando aparece la Familia de Acogida como un mecanismo alterativo a la temporal ausencia de tan importante grupo social y como un medio eficaz del respeto a su derecho humano.

²⁸ González Contró, Mónica y otros, *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, DIF, México, 2012, p. 101.

Considerada así la Familia de Acogida, debe ser atendida y comprendida como un mecanismo efectivo que protege y garantiza el derecho humano de niñas, niños y adolescentes a – vivir en familia –, en la que todos los que interactúan se deben conducir con tal perspectiva, por ello, el implementarlo en la ley no debe ser un mero acto de simulación jurídica, no debe ser respuesta a alguna exigencia normativa o recomendatoria de algún organismo internacional protector de Derechos Humanos, y su implementación, a consecuencia de tal recomendación, no debe reducirse al único propósito de haber cumplimentado la observación y con ello dejar de figurar de la lista de Estados con recomendaciones pendientes de cumplir.

El reto y los compromisos a cumplir por la norma jurídica con relación a la implementación de la Familia de Acogida, impone una adecuada e integral reglamentación, labor que desde luego no resulta fácil, “los sistemas jurídicos contemporáneos son sistemas complejos, compuestos por una gran cantidad de normas que van desde la Constitución hasta los reglamentos municipales o los reglamentos de las instituciones públicas”²⁹; la regulación de la Familia de Acogida en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes por sí sola no es suficiente, para su correcta normatividad es necesario llevar a cabo de manera integral una revisión exhaustiva de las normas implicadas en el tema.

Satisfechos los retos de tipo normativos, el reto no se encuentra concluido, es de medular importancia la revisión de la familia como institución jurídica y social y reconocer en ella las transformaciones que día a día enfrenta “en las sociedades pluralistas y democráticas coexisten diversos modelos de familias, dentro del mismo ámbito jurídico. Así, además de la familia nuclear formada por los padres y los hijos, se encuentra la familia extramatrimonial concubinaria, la familia ensamblada y la familia extramatrimonial”³⁰

La acelerada y constante transformación que vive la familia, impone a su concepto necesariamente su neodimensión o reconceptualización, tanto desde el enfoque sociológico como desde el jurídico y más aún, desde el enfoque humano.

La familia tradicional, responsable de generaciones por muchas décadas, aquella que se constituía por el vínculo del matrimonio compuesto por un hombre y una mujer y que su fin principal era la procreación, el perpetuar la especie, se ha visto transformada por nuevos modelos y formas de familia, “por ejemplo: sin el certificado matrimonial o sin hijos; familias monoparentales, una segunda familia o parejas del mismo sexo; relaciones de fin de semana o con compañeros para un tramo de la vida; vidas compartidas con varios hogares o con la residencia en diferentes ciudades”³¹

Esta dinámica transformadora en la que se va caracterizando la familia, no debe considerarse que provocará la desaparición de la familia tradicional, los efectos la hacen coexistir pero con una notoria reducción cuantitativa; el concepto de familia no puede ser ya restringido ni limitado al grupo humano que tiene como origen la unión matrimonial entre un hombre y una mujer y por efectos de los vínculos parentales, ello provocaría la exclusión de la gran diversidad de las

²⁹ González Contró, Mónica y otros, *op.cit.* p. 211.

³⁰ Medina, Graciela, *La situación jurídica actual de la familia*, en Adame Goddard, Jorge, Coordinador, *Derecho Privado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 47.

³¹ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *op. cit.* p. 28.

nuevas formas, modelos y estructuras en las que hombre y mujer en la actualidad se encuentran conformando su grupo familiar, el concepto hoy debe ser pluralista, progresista, incluyente.

La Familia de Acogida debe ser considerada como uno de estos nuevos modelos en los que una pareja unida en matrimonio o concubinato, o inclusive la persona en lo individual que carezca de un vínculo de este tipo, que cuenten o cuente con la voluntad, el deseo, la sensibilidad, la plena intención y las posibilidades materiales de poder proveer a niñas, niños y adolescentes que carecen temporalmente de su familia de origen, dentro de un marco normado jurídicamente, de un ambiente familiar sano, agradable y de calidad, en el que además de procurar con su integración el respeto a su derecho humano, se proporcione lo más importante, vivir en familia y, con ello, disfrutar, mientras es reincorporado a su familia de origen, las cosas bellas que sólo la familia puede dar.

Modelo familiar que requiere de plena protección, tanto en lo jurídico como en las estructuras ideológicas, puesto que, si bien en ella no existen vínculos filiales y de parentesco, como se presentan en la familia de origen, biológicas o no, el vínculo puede llegar a ser aún mayor, se trata de un vínculo afectivo que procura un ambiente de cariño, de respeto, de cordialidad, altamente emocional que permita decir a los que la integran (tanto la Familia de Acogida como a la niña, niño o adolescente que es ubicado temporalmente en ella) que esa es su familia, la que permite al acogido, cuando temporalmente tuvo el riesgo de quedar sin familia, la posibilidad de vivir en ella, porque en ella se le brinda un sano desarrollo tanto en lo físico, como en lo emocional, en lo afectivo, en lo moral, así como en lo social, pues la importancia de vivir en familia es mucho más que un derecho, es, como bien lo ilustró emotivamente el escritor Inglés Gilbert Keith Chesterton: "El lugar donde nacen los niños y mueren los hombres, donde la libertad y el amor florecen, no es una oficina, ni un comercio, ni una fábrica. Ahí veo yo la importancia de la familia"³².

³² www.frasesypensamientos.com.ar/gilbert-keith-chesterton.html

REFERENCIAS

Bibliográficas

Adame Goddard, Jorge, Coordinador, *Derecho Privado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Baquiero Rojas, Edgard y Buenrostro Baéz, Rosalía, *Derecho de Familia*, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 2ª edición, 5ª reimpresión, Editorial Oxford, México, 2012.

Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, 2ª edición, publicada en alemán, traducción de Pedro Madrigal, Editorial Paidós, España, 2003.

Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia, Tomo I*, 5ª edición actualizada, 5ª reimpresión, Editorial Depalma, Argentina, 1995.

De Coulanges, Fustel, *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 2ª edición, Editorial Cartago, México, 1982.

González Contró, Mónica y otros, *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, DIF, México, 2012.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Argentina, 2001.

Musitu Ochoa, Gonzalo; Estévez López, Estefanía; Jiménez Gutiérrez, Teresa I. *Funcionamiento familiar, convivencia y ajuste en hijos adolescentes*, 1ª edición, Editorial Cinca, Fundación acción familiar, Madrid, España, 2010.

Oliva Gómez, Eduardo, *El Divorcio Incausado en México*, 1ª edición, Moreno Editores, México, 2013.

Ordeñana Sierra Tatiana y Barahona Néjer, Alexander, *El Derecho de Familia en el nuevo paradigma constitucional*, Ceballos, Editora Jurídica, Ecuador, 2016.

Pérez Contreras, María Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, 1ª edición, Nostra Ediciones, UNAM, México, 2010.

Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

Taberner Guasp, José, *Familia y Educación. Instituciones reflexivas en una sociedad cambiante*, Editorial Tecnos, España, 2012.

Villagómez Alvarado, Didier, *Reflexiones sobre el concepto de familia en el contexto del siglo XXI*, Revista de Derecho Privado, enero – junio 2013, número 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013.

Normativas

Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Convención Sobre los Derechos del Niño.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

Código Civil para la Ciudad de México.

Código de Familia para el Estado de Yucatán.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Electrónicas

[Tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21889/capitulo2.pdf](https://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21889/capitulo2.pdf)

www.frasesypensamientos.com.ar/gilbert-keith-chesterton.html

El principio del interés superior del niño y su aplicación. El círculo virtuoso entre lo global y lo glocal

Joaquín Sedano Tapia¹

Resumen: La Convención sobre los derechos del niño concebida en el ámbito del derecho internacional y reconocida prácticamente de manera unánime por los países miembros de la Organización de la Naciones Unidas, ha tenido que sortear una serie de dificultades para materializarse. Sus normas y principios son producto de la conciencia mundial que al unísono ha decidido alzar la voz priorizando e incluso anteponiendo a cualquier otro tipo de interés, el de los niños. El principio del interés superior del niño consagrado en la Convención desde una visión global, está siendo impactado por factores locales que en algunos casos lo alejan de su verdadera esencia. No obstante estas vicisitudes, cada uno de los países que ha signado y ratificado esta Convención trabajan en el día a día aportando nuevas ideas para el reforzamiento de este concepto global.

Palabras clave: Convención sobre los derechos del niño, Interés superior del niño, globalización, glocalización.

Abstract: *The Convention on the Rights of the Child conceived in the field of international law and recognized almost unanimously by the countries members of the Organization of the United Nations, has had to overcome a number of difficulties to be materialized. Its*

¹ Candidato a Doctor en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México (CONACYT-PNPC 002764). Catedrático de la licenciatura y maestría en derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad y en distintas universidades. Presidente fundador del Colegio Morelense de Académicos del Derecho A.C. Delegado en México de la Associació per la defensa dels drets de la infància i l'adolescència (ADDIA) Barcelona, España. Ha participado en conferencias y congresos nacionales e internacionales. Correo electrónico: joaquinsedano@hotmail.com

norms and standards are the result of a global awareness that in unison has decided to raise its voice to prioritize and even setting above any other interest, the children's. The principle of the best interests of the minor enshrined in the Convention from a global perspective; is being impacted by local factors that drive it away, in some cases, from its true essence. Nonetheless these vicissitudes, each of the countries that have signed and ratified the Convention work day to day in order to bring new ideas to strengthen this global concept.

Keywords: *Convention on the Rights of the Child, Minor's best interests, globalization, glocalization.*

1.- La Convención de los derechos del niño, un instrumento jurídico internacional concebido en el contexto global

Hablar de globalización es tan complejo como el fenómeno en sí mismo. Adorada por muchos y repudiada por otros tantos, la globalización ha sido objeto de estudios profundos durante las últimas cuatro décadas. Varias son las definiciones que se han logrado acuñar y sin que el presente tenga por objeto compilar un sinnúmero de definiciones, nos limitaremos a mencionar un par de ellas para adentrarnos en el tema que hoy nos ocupa.

A juicio personal, considero que una de las más amplias pero más ciertas definiciones, es la que Joseph Stiglitz esboza en su libro *Cómo hacer que funcione la globalización*, al señalar que: “La globalización abarca muchas cosas: flujo internacional de ideas y conocimientos, intercambio cultural, sociedad civil global y movimiento global a favor del medio ambiente.”² Desde luego que este flujo internacional de ideas y conocimiento no se da de manera unidireccional, va y viene, se retroalimenta y da origen a nuevas ideas y conocimientos, transformando al mundo. Y lo mismo sucede con el intercambio cultural donde los canales se multiplican en función de un sinnúmero de combinaciones entre país y país convirtiéndonos en verdaderos sujetos de transformación y transformados.

Somos parte de un modelo global en constante e indefinida construcción donde participamos de manera activa o pasiva pero participamos, somos sujetos globalizados viviendo en la utopía que plantea Vargas Llosa, la de las “...sociedades racial, religiosa o ideológicamente homogéneas”³, somos la nueva sociedad civil global.

² Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la Globalización*, Trad. de Amado Diéguez y Paloma Gómez Crespo, España, Taurus, 2010, p. 28.

³ Vargas Llosa, Mario: “El PSOE se ha vuelto el caballo de Troya de los nacionalismos” en: http://www.abc.es/hemeroteca/historico-20-05-2007/abc/Cultura/mario-vargas-llosa-el-psoe-se-ha-vuelto-el-caballo-de-troya-de-los-nacionalismos_1633215408442.html , consultada el 15 de mayo de 2016.

Para el economista Español Guillermo de la Dehesa: “La globalización se puede definir como un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial...”⁴ Desde una óptica estrictamente jurídica, esta creciente libertad la podemos observar en los distintos Tratados y Convenciones en materia de derechos humanos y que bien valdría la pena mencionar aquel que servirá de referente en el desarrollo de esta disertación; nos referimos desde luego a la “Convención sobre los derechos del niño».

Este instrumento jurídico internacional que prácticamente ha alcanzado su aceptación mundial al ser signado y ratificado por 195 países reconocidos por la Organización de la Naciones Unidas (ONU) ha logrado la integración mundial prácticamente por unanimidad, al menos en lo que a derechos del niño se refiere, lo anterior no obstante que Estados Unidos sólo ha signado la Convención de referencia sin que hasta el momento la haya ratificado.

En este orden de ideas, es importante puntualizar que la globalización, a la cual nos referiremos en adelante, es aquella que se da en el ámbito jurídico y no precisamente en el económico. En congruencia con lo anterior y para no dilapidar más tiempo en esta introducción, cerraré con la definición aportada por Castrillón y Luna, quien afirma que la globalización se compone de “fenómenos y procesos, de conceptos y usos que han emergido a partir de 1980 y cuyos principales factores, aspectos y polos se manifiestan en la conjunción y entrelazamiento de un nuevo orden internacional...”⁵

Este nuevo orden internacional -al que se refiere Castrillón y Luna- lo podemos observar en todos los ámbitos del derecho y como ya hemos mencionado, es en los Tratados Internacionales y las Convenciones donde se refleja esta “conciencia mundial” (Therborn). Los principios y las normas consagradas en este tipo de instrumentos, son concebidos en una visión global de las cosas, lo que en apariencia no debería tener mayor dificultad a la hora de su aplicación, amén de que los países que los reconocen a través de la firma y ratificación del Tratado o Convenio de que se trate, se convierten en sujetos obligados del derecho internacional, sujetos del nuevo orden internacional

La incorporación de la normativa internacional al derecho nacional y su consecuente práctica, ofrece por sí mismo una dificultad de tipo teórico, nos referimos a la perspectiva monista o dualista y que de forma acotada referiremos de la siguiente manera. Mientras para el sistema monista basta con cumplir los procesos estipulados en la ley nacional para tener por incorporadas las nuevas normas y

4 De la Dehesa, Guillermo, *Comprender la globalización*, 3ª Ed., España, Alianza, 2007, pp.19-20.

5 Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Mercantil Internacional*, México, Porrúa, 2011, p. 33.

principios reconocidos en un instrumento internacional y poder ser exigidos por el justiciable; para el sistema dualista es menester que dichas normas y principios sean recogidos de manera expresa en la ley nacional. Ejemplo de ambos sistemas de incorporación son: México y la mayor parte de países del continente americano en el sistema monista y Estados Unidos en el sistema dualista.⁶

Recapitulando, la globalización es un conjunto de procesos transformadores e integradores, en el que los países participan en ánimo de establecer un orden internacional; dichos procesos se diversifican en sectores como el económico, el socio-cultural y el jurídico, entre otros, siendo este último el que nos interesa. Las convenciones y los tratados constituyen clara muestra de este nuevo orden internacional en el que destaca, no sólo por lo sensible de su temática sino además por su aceptación mundial, la “Convención sobre los derechos del niño”. No obstante este inusitado nivel de aceptación, la tutela de los derechos del niño encuentra su primera dificultad en el momento mismo en que se busca la incorporación de la Convención en los contextos nacionales.

Esta dificultad de técnica legislativa y doctrinal, representa apenas la punta del *iceberg* que obstaculiza la tutela judicial efectiva de los derechos del niño, y es que pese a que la Convención constituye un parteaguas en esta temática, lo cierto es que la misma tiene sus propias fallas metodológicas y sistemáticas que en su momento habrán de hacerse notar.

2. La Convención sobre los derechos del niño y el principio del interés superior

Cardona Llorens, miembro del Comité de los derechos del niño de la ONU considera que: “La Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos.”⁷ Es decir que la Convención deja atrás tanto a la Declaración de Ginebra de 1924 como la Declaración de los derechos del niño de 1959 y deja de ser vista como un simple catálogo de derechos en pro de la niñez. El empoderamiento de los niños en el contexto socio-jurídico los llevará a ser considerados sujetos del derecho.

⁶ Cfr. Arenas Bátiz, Carlos Emilio, *El Nuevo Modelo de Control y de Constitucionalidad y Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos a partir de la Reforma de 2011 Según dos perspectivas antagónicas “internacionalistas” vs “soberanistas”*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2013, pp. 36-37.

⁷ Cardona Llorens, Jorge, “La Convención de los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos” en González Martín, Nuria (coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012, p. 2.

Para alcanzar sus objetivos (empoderamiento de los niños), la Convención se encuentra conformada por un preámbulo y una parte dispositiva o articulado, la cual se agrupa en tres partes: la primera compuesta de cuarenta y un artículos en la que se contienen los derechos y obligaciones reguladas, la segunda parte cuenta con tan sólo cuatro numerales y en ellos se establecen las medidas relativas a la aplicación y control de la convención y la tercera conformada por nueve disposiciones que definen la entrada en vigor.

De un análisis hecho por Cardona Llorens a la estructura de la Convención se advierte que se divide en ocho grupos de normas que se relacionan con:

- a) El ámbito de aplicación de la Convención;
- b) Los principios generales que inspiran la Convención;
- c) Las medidas generales que deben adoptar los Estados en relación con la Convención;
- d) La especificación de diversos derechos a la situación particular de los niños;
- e) Las obligaciones relativas a la protección de los niños ante violaciones de derechos a los que son especialmente vulnerables;
- f) Las obligaciones respecto de niños que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad a fin de reducir las mayores barreras para el ejercicio de sus derechos;
- g) Las disposiciones relativas al mecanismo de control de aplicación de la Convención; y
- h) Las disposiciones finales sobre la firma, entrada en vigor, reservas, etcétera.⁸

Pese a que resultaría muy ilustrativo referirnos a cada uno de los derechos que tienen los niños y que han sido consagrados en la Convención, hemos de referirnos únicamente a los principios generales que la inspiran y de todos ellos solamente nos referiremos al “Principio del interés superior del niño” por constituir el punto neurálgico del tema que aquí se aborda.

La Convención se encuentra edificada sobre cuatro pilares fundamentales y que se denominan principios, a saber, el artículo 2o. consagra el principio de no discriminación, el **3o. el principio del interés superior del niño**, en tanto que el 6o. establece como principio el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, para finalmente el numeral 12 tutelar el respeto a la opinión del niño o bien la escucha del menor.

El interés superior del menor como principio rector de la “Convención sobre

⁸ *Ibidem*, p.5.

los derechos del niño”, lo encontramos asentado en el numeral 3, fracción 1 y literalmente señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”⁹

Como se desprende de la transcripción, la Convención obliga tanto a instituciones públicas como privadas, a las autoridades administrativas y judiciales y a los propios órganos legislativos a considerar como algo primordial al “interés superior del niño”, lo que parece muy claro, excepto que no explica qué debemos entender por “interés superior”. En este sentido podemos afirmar que, al menos originalmente, este concepto jurídico fue indeterminado: ya por su naturaleza jurídica (por tratarse de un principio) o por omisión.

No obstante lo anterior, los Estados signantes incorporan en sus legislaciones internas el principio del interés del menor, ello en cumplimiento a sus obligaciones adquiridas, lo irónico del caso es que no se sabía a qué se estaban obligando con exactitud. Sin embargo, el constante choque del idealizado interés superior con la realidad, darían cuenta de la necesidad de clarificar el multicitado principio.

3. El interés superior del niño y la Observación General No. 14

Emitida por el Comité de los derechos del niño de la Organización de las Naciones Unidas en el mes de Mayo de 2013, la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), señala que el “...objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño...”¹⁰ El disfrute absoluto de los derechos consagrados en la Convención y el desarrollo integral del niño son, pues, la primera interpretación que se da respecto a lo que interés superior significa.

Si correlacionamos la citada Observación con lo preceptuado por el artículo tercero de la propia Convención, se concluye que en todas las acciones implementadas por las autoridades administrativas y judiciales, instituciones privadas y de interés social, así como los órganos legislativos, se deberán garantizar primordialmente los derechos y el desarrollo integral de los niños (desarrollo holístico)¹¹.

⁹ “Convención sobre los derechos del niño”. Puede ser consultada en: www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/.../Conv_DNiño.pdf

¹⁰ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), párrafo 4.

¹¹ El Comité interpreta el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico,

Vale la pena destacar que en los derechos consagrados en la Convención no existe jerarquía alguna que anteponga unos frente a otros, de tal manera que deberán garantizarse todos y cada uno de ellos.

Aunado a lo anterior, el Comité de los derechos del niño consideró como objetivo principal de la Observación, el que los Estados "...den efectos al interés superior del niño y lo respeten..." para ello acotó que el interés superior del niño, puede y debe ser analizado desde tres ópticas: como un derecho sustantivo, como un principio y como una norma de procedimiento.

Cuando el Comité señala que el interés superior del niño es un **derecho sustantivo**, retoma la idea de su consideración primordial contenida en el artículo tercero de la propia Convención. Los niños tienen derecho a que su interés superior prime en cualquier momento y situación, esto significa que cuando se deban confrontar intereses de distinta naturaleza y en ellos participe el interés de un menor de edad, siempre deberá respetarse y garantizarse este derecho antes de tomar una decisión sobre las cuestiones debatidas.

Ahora bien, entender el interés superior del niño como un **principio jurídico interpretativo fundamental** implicaría que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo."¹² Esta concepción del interés superior del niño es tan abstracta como la que plasma el artículo tercero de la Convención, se trata pues, de un concepto indeterminado que llegará a ser determinable atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

En esta tesitura, el interés superior del menor de edad puede significar mucho o nada dependiendo de la interpretación conjunta que de los hechos y preceptos de derecho se haga, al respecto y en diversa observación, el Comité señala que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención"¹³

Esto significa que los juicios aplicados por el juzgador, legislador o cualquier tipo de autoridad administrativa respecto al interés superior del niño, dimanen del criterio subjetivo del operador del principio, de su libre arbitrio convertido en facultad discrecional que por supuesto no está exenta de error.

Finalmente, establece la Observación General 14, que el interés superior del niño es una **norma procesal**:

...siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados par-

mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño" según lo establecido por la Observación general N° 5, en su párrafo 12.

¹² *Idem*.

¹³ Observación general N° 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párrafo 61.

tes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.¹⁴

El interés superior del niño como norma procesal deberá entenderse no sólo como la obligación de los Estados parte de garantizar un debido proceso o como la obligación de fundar y motivar sus resoluciones, sino más bien como una labor continua de reflexión y ponderación de los intereses en conflicto que no dejen lugar a dudas de que se ha analizado desde sus distintas aristas el problema que involucra los derechos de un niño.

Lo cierto es que como derecho sustantivo, principio interpretativo o como norma procesal, la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño sigue siendo objeto de una facultad discrecional concedida al juez, lo que deviene en una incertidumbre jurídica que precisa ser inaceptable en aquellos casos en que se abusa de esta discrecionalidad; lamentablemente, aquellos casos donde se acierta no se retroalimenta de manera inmediata la normativa internacional haciendo nugatorios los beneficios del interés superior del niño.

4. El caso Atala Riffo, un interés superior *vs.* dos interpretaciones

Para contextualizar debemos recordar que el artículo 9 fracción 1 de la “Convención sobre los derechos del niño” establece: “Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.”¹⁵

En este mismo sentido se pronuncia en su preámbulo (párrafo primero) el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del 25 de octubre de 1980 al señalar que: “...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia.” De ambas disposiciones se desprende que la custodia de un niño, debe determinarse en función de su interés superior, sin embargo no se precisa qué es o cómo se aplica el interés superior del niño.

No fue sino hasta el año 2012 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinó aspectos muy precisos que involucraban la aplicación del

¹⁴ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

¹⁵ Convención sobre los derechos del niño. Puede ser consultada en: www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/.../Conv_DNiño.pdf

principio del interés superior del niño en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.¹⁶ Sirva mencionar de manera preliminar que la prestigiada Corte Suprema de Chile determinó conceder al padre la custodia o tuición de las hijas de la Señora Atala Riffo por considerar que la orientación sexual de la Sra. Atala y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas, de tal manera que el debate se centró en cuatro puntos:

- I) La orientación sexual de la señora Atala;
- II) La personalidad de la señora Atala;
- III) Los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y
- IV) La alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales.

En el año 2004 y tras recurrir la resolución que le negaba la custodia de las menores, la Corte Suprema de Justicia de Chile otorgó en definitiva la tuición de las niñas al padre. En la sentencia se esgrimió como argumento principal que: “en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres.”¹⁷ Es decir que en uso de su facultad discrecional y aplicación del principio del interés superior del niño es que se decidió otorgar la custodia definitiva de las niñas, lo que hasta este momento parecía correcto.

El asunto llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien después de un extenuante proceso realizó algunas consideraciones respecto al Interés superior del niño, lo que podemos observar en el cuerpo de la sentencia que se dictó y que establece entre otras cosas:

108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.¹⁸

Además la misma Corte precisa que: “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones gene-

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.

¹⁷ Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf

¹⁸ *Cfr.* Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56. En igual sentido, ver: Preámbulo de la Convención Americana.

realizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”¹⁹.

Aunque la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no retrotrajo los efectos de la sentencia emitida por la Corte Chilena, sí ha dejado indicaciones más precisas de cómo aplicar el interés superior del niño en aquellos conflictos que versen sobre la custodia, tenencia o tuición de los hijos. Por lo menos ha destacado que no son admisibles especulaciones ni presunciones sobre los padres para determinar la custodia de los hijos. A partir de ese momento se ha generalizado el criterio y ha sido adoptado por una amplia mayoría de los países miembros de la “Convención sobre los derechos del niño”.

Del otro lado del mundo la situación no es diferente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conformado, se dice, un derecho familiar “paidocéntrico” o “pedocéntrico”, lo anterior no obstante que del Convenio Europeo de Derechos Humanos no se desprende norma alguna en la que se haga referencia específica a los niños.²⁰

Pese a tales aseveraciones, la justicia europea en materia de derechos humanos de la infancia, no escapa a las dificultades que supone la estricta aplicación del principio del interés superior. En materia de custodia, España y particularmente la comunidad autónoma de Aragón, abrieron el camino a una figura por demás interesante, “la custodia compartida.” En mayo de 2010 sus cortes aprobaron la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, dicha “...ley recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores.”²¹

En su artículo 6º, la ley establece la custodia compartida como opción preferente. La vivienda que la pareja compartía hasta el momento de la separación pasará a quien más dificultades tenga para reubicarse, excepto si el juez decide conceder la custodia única a uno de los progenitores. En ese caso, el derecho de uso será para el padre custodio. Sin embargo, esta novedosa forma de custodia ha tenido sus dificultades que desde luego han merecido un análisis más profundo por parte del Tribunal Supremo Español.

Podemos concluir que el interés superior del niño como concepto global es impactado constantemente por factores locales, algunos de tipo político, jurídico e incluso culturales que generan en algunos casos una deficiente tutela judicial efectiva de los derechos del niño. Este fenómeno al que se denomina glocalización viene aparejado con el fenómeno global, por lo que se hace imperioso abordarlo.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffó y Niñas *vs.* Chile, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.

²⁰ *Cfr.* Presno Linera, Miguel Ángel, *Derecho europeo de familia*, publicado en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, No. 22, Pamplona, 2008. p. 14, puede ser consultado en: http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf

²¹ “Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, puede ser consultada en: http://www.ub.edu/tiifamo/wp-content/uploads/2010/06/TEXTO_DEFINITIVO_LEY_Pleno_20_21-5-2010_1.pdf

5. La glocalización en el contexto jurídico

El término Glocalización atribuido en autoría a Roland Robertson es un neologismo que se conforma de la fusión de los términos global y local.

Robertson refiere que se trata de un término (palabra) que "...ha sido modelada", según el japonés dochakuka (derivada de dochaku, "el que vive en su propia tierra"), y se trata originariamente del principio agrario de adaptar las técnicas de la finca que uno posee a las condiciones locales, pero que también ha sido adoptado en el ámbito japonés de los negocios para la localización global, una visión global adoptada a las condiciones locales."²²

De este primer acercamiento podemos inferir que la glocalización es un fenómeno derivado de la globalización misma, dicho fenómeno consiste específicamente en aplicar una idea global ajustándola a las condiciones locales. Si extrapolamos esta idea a la materia que nos ocupa, esto significaría que siendo el interés superior del niño un concepto global, al momento de aplicarse en alguno de los países miembro de la Convención, éste será influenciado y en el mejor de los casos adaptado a las condiciones locales del país del que se trate.

Es cierto que los impactos glocales en los conceptos jurídicos globales traen como consecuencia un aparente sincretismo, sin embargo, no necesariamente debe considerarse que lo glocal es contrario a lo global o que ambos juegan un papel antagónico en detrimento de las ideas globales. Al respecto Robertson afirma que: "...lo local no es visto, al menos desde un punto de vista analítico o interpretativo, como contrapunto de lo global. De hecho, lo local puede ser considerado, con algunas reservas, como un aspecto de la globalización."²³

Retomando el Caso Atala Riffo, podemos observar cómo en un primer momento la aplicación del principio del interés superior del niño (concepto global) por parte de la Corte Suprema de Justicia de Chile, se ve influenciado por factores locales que devienen en una sentencia que retira la custodia de las niñas a la señora Karen Atala y la otorga a su padre. En un segundo momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, retoma la esencia de lo que el interés superior puede y debe significar en ese contexto global, delimitándolo e incluso aportando directrices a considerar en aquellos casos donde se ventilan cuestiones relativas a la custodia, tenencia o tuición de los niños.

Lamentablemente, la Corte Interamericana precisó que no desempeñaba funciones de tribunal de "cuarta instancia", razón por la cual no estableció si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para sus hijas, sin embargo y a criterio personal consideró que de haber podido otorgar la tuición de las niñas, la Corte lo hubiera hecho en favor de Karen Atala.

Si bien el caso Atala representa un pasaje oscuro en la justicia chilena, lo cierto es que ha servido para dar claridad a otros países al momento de resolver

²² Robertson, Roland, "Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad heterogeneidad" en: http://www.cholonautas.edu.pe/biblioteca/?q=Roland+Robertson&accion=search_query&field=autor&-type=OR&x=52&y=11 , consultada el 10 de julio de 2016.

²³ *Idem*.

conflictos de la misma naturaleza. Aún y cuando la sentencia de la Corte Interamericana constituyó un hito en materia de custodia y de derecho a la no discriminación, muchos países prefieren no atender este criterio y seguir vulnerando los derechos de los niños.

No obstante lo anterior, Chile ha dado muestra de su preocupación y ocupación en un tema tan sensible como es el de los derechos de los niños, generando normativas jurídicas tendientes a materializar el espíritu de la Convención, el del interés superior del niño. Para ello ha establecido una serie de normativas que tienden a facilitar la apreciación del interés superior, así en materia de custodia o tuición establece que:

se deberá indagar cuál es el interés superior del niño, conforme a los siguientes factores: a) las necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones del solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual de los menores; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición...²⁴

A manera de corolario podemos señalar que la glocalización en los contextos jurídicos, puede acarrear beneficios o perjuicios, sin que ello implique que lo glocal tenga que ser necesariamente malo. Global y glocal son términos que se implican, es lo universal y lo particular, la unión de contrarios, esa dualidad en la que el ser humano ha nacido y vive en la búsqueda de su bienestar.

Conclusiones

Es importante destacar que estas experiencias locales respecto a la aplicación del principio del interés superior del niño no son privativas de Chile, sino que tienden a generalizarse en el mundo entero, los aciertos y desaciertos en la tutela de los derechos de los niños se dan de manera cotidiana en el quehacer jurídico de los operadores de este principio.

Aún y cuando resulta inaceptable el camino de la prueba y error en materia de derechos de infancia, cada país miembro de la Convención de los derechos del niño deberá encontrar los mecanismos más adecuados para una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos del niño.

Lo global y lo glocal no son en realidad un círculo vicioso, podemos, porque la práctica lo ha demostrado, hacer de este binomio un binomio perfecto donde los conceptos jurídicos globales que son impactados por los aspectos locales (glocalización), retroalimenten de manera más efectiva e inmediata a los constructos globales, como lo es el principio del interés superior del niño, espíritu y esencia de la Convención.

²⁴ Ravetllat B., Isaac, Pinochet O., Ruperto “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, Revista Chilena de Derecho, Chile, vol. 42 N° 3, 2015, p. 917.

REFERENCIAS

Bibliográficas

ARENAS BÁTIZ, CARLOS EMILIO, *El Nuevo Modelo de Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos a partir de la Reforma de 2011 Según dos perspectivas antagónicas "internacionalistas" vs. "soberanistas"*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2013.

Cardona Llorens, Jorge, "La Convención de los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos" en González Martín, Nuria (coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012.

CASTRILLÓN Y LUNA, VÍCTOR M., *Derecho Mercantil Internacional*, México, Porrúa, 2011.

DE LA DEHESA, GUILLERMO, *Comprender la globalización*, 3ª Ed., España, Alianza, 2007.

STIGLITZ, JOSEPH E., *Cómo hacer que funcione la Globalización*, Trad. de Amado Diéguez y Paloma Gómez Crespo, España, Taurus, 2010.

Normativas

Convención sobre los derechos del niño.

Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013).

Observación general N° 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Hemerográficas

Ravetllat B., Isaac, Pinochet O., Ruperto "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 42 N° 3, 2015.

Electrónicas

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf

Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres puede ser consultada en: http://www.ub.edu/tiifamo/wp-content/uploads/2010/06/TEXTO_DEFINITIVO_LEY_Pleno_20_21-5-2010_1.pdf

Presno Linera, Miguel Ángel, *Derecho europeo de familia*, publicado en Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, No. 22, Pamplona, 2008. p. 14, puede ser consultado en: http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf

Robertson, Roland, "Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad heterogeneidad" en: http://www.cholonautas.edu.pe/biblioteca/?q=Roland+Robertson&accion=search_query&field=autor&type=OR&x=52&y=11

Vargas Llosa, Mario: "El PSOE se ha vuelto el caballo de Troya de los nacionalismos" en: http://www.abc.es/hemeroteca/historico-20-05-2007/abc/Cultura/mario-vargas-llosa-el-psoe-se-ha-vuelto-el-caballo-de-troya-de-los-nacionalismos_1633215408442.html

Otras

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas) del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Instituto Mexicano de la Niñez:

¿Una necesidad?

Erika Nayeli Hernández Castelo¹

*No hay causa que merezca más alta prioridad que
la protección y el desarrollo del niño,
de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso
de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana.²*

Resumen: A lo largo de la historia los derechos de los niños se han visto mercedados en diversas ocasiones; desde considerarles adultos pequeños, sin voz ni voto. Fue hasta después de los horrores vividos en la Segunda Guerra Mundial que se vislumbran los primeros derechos reconocidos a los niños; hasta llegar a la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989³. El único instrumento internacional firmado por la mayor parte de los países de protección a los derechos de los niños; por ello, a nivel mundial, se han creado diversos ordenamientos jurídicos para salvaguardar los derechos de los niños. En el caso de México existe la reciente *Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes*⁴ de 2014; sin embargo, aún hay mucho por hacer, una propuesta es la implementación del Instituto de la Niñez y en el presente trabajo nos planteamos la necesidad de su creación.

Palabras clave: niñez, instituto, niño

Abstract: *Along the history the rights of children have been diminished on several occasions from the point of considering them small adults without voice or vote until after the horrors of World War II where after she glimpsed the first rights granted to children up to the Convention on the rights of the child 1989; It is the only international instrument signed by most of the countries worldwide to protect the rights of children; therefore, in most of the countries they have created various legal systems to safeguard the rights of children, in the case of Mexico, there is the recent General Law on the rights of children*

¹ Doctoranda en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Autónoma del Estado de Morelos, becaria CONACYT, Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, ponente nacional e internacional.

² Véase *Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia*, 30 de septiembre de 1990.

³ Véase *Convención sobre los derechos del niño de 1989* en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> fecha de consulta 20 de marzo del 2016

⁴ Véase *Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes* en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_041214.pdf fecha de consulta 20 de marzo del 2016

and adolescents 2014; however, there is still much to do, a proposal is the creation of the Institute for Children and in this paper we consider its need creation.

Key words: childhood, institute, children

I. Introducción

El niño, como parte integrante de la familia, merece el respeto y protección de sus derechos; entendiéndolo como sujeto de derechos inherentes para que pueda desarrollarse en las esferas en las que se desenvuelve: biológicas, psicológicas y sociales, para su pleno y sano desarrollo; de acuerdo con la *UNICEF* en el mundo hay 2,213.677 millones de niños aproximadamente, en España 8.383 millones y en México 42.111 millones de niños,⁵ como referencia.

El Estado Mexicano como miembro de la comunidad mundial, y a partir de la relación con otros estados y miembros internacionales, en su participación, firma, ratificación o adhesión en diferentes convenciones u organismos internacionales protectores de los derechos humanos, como lo son la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*⁶, la *Convención Americana de Derechos Humanos*⁷, la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁸, entre otras; y por efectos de lo establecido en el artículo 1º constitucional de reforma del 10 de junio del 2011⁹ con el reconocimiento de los derechos humanos inherentes al mismo que establece¹⁰:

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...¹¹

En razón de ello y con relación al artículo 4º constitucional:

...En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el

⁵ Véase *UNICEF* en <http://www.unicef.org/spanish/sowc2014/numbers/documents/spanish/SP-FINAL%20Table%206.pdf> fecha de consulta 20 de marzo del 2016

⁶ Véase *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> fecha de consulta 23 de marzo del 2016

⁷ Véase *Convención Americana de Derechos Humanos* en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm fecha de consulta 23 de marzo del 2016

⁸ *Convención sobre los Derechos del Niño* op. cit.

⁹ Véase *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> fecha de consulta 4 de marzo del 2016

¹⁰ Cfr. Hernández Castelo, Erika Nayeli, tesis *El interés superior del niño como un derecho humano en su guarda y custodia*, UAEM, México 2013.

¹¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* op. cit.

principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez...¹²

Por tanto, el Estado Mexicano se encuentra obligado a velar, proteger y garantizar el interés superior del niño y a salvaguardar en su máxima expresión los derechos inherentes de los niños.

II. Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño¹³

Previo a entrar al tema que nos ocupa consideramos necesario hacer una breve semblanza de los instrumentos protectores de los derechos de los niños previos a la *Convención sobre los derechos del niño*, por lo que como parte histórica y a manera de ilustración recordaremos la *Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño*, reconociendo cinco principios fundamentales es considerada como el primer texto histórico que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para **los niños y las niñas; pero sobre todo la responsabilidad de los adultos hacia ellos, la cual fue adoptada por la Sociedad de Naciones.**

Promovida por la fundación Internacional *Save the Children Fund* fundada por Eglantyne Jebb, quien se dedicaba a proteger a los niños afectados por la Primera Guerra Mundial en 1920 organizó y estructuró en torno a la Unión Internacional de *Secours aux Enfants* (UISE), con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) la *Declaración sobre los derechos del niño*.

Por lo que el 23 de febrero de 1923, la Alianza Internacional *Save the Children* adoptó en su IV Congreso General, la primera *Declaración de los Derechos del Niño*, que luego fue ratificada por el V Congreso General el 28 de febrero de 1924.

Dando origen a que el 26 de diciembre de 1924, la Sociedad de Naciones adoptará esta declaración como la *Declaración de Ginebra*, lo que se conmemoró como un día histórico ya que por primera vez los derechos específicos para la niñez fueron reconocidos.¹⁴

Los cinco principios fundamentales que contenía esta declaración son:

Primero: El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

Segundo: El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

¹² Ídem

¹³ Véase *Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños* en <http://www.derechosdelnino.org/ginebra-1924/> fecha de consulta 22 de febrero del 2016

¹⁴ *Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños* op. cit.

Tercero: El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

Cuarto: El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

Quinto: El niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Podemos observar que estos principios son específicos más no se encuentran bien definidos y delimitados; sin embargo, es el primer instrumento que reconoce los derechos de los niños como tales, ya que pese a existir precedentes del reconocimiento de los derechos humanos de toda persona, no existía una declaración específica que velara por los derechos de los niños, considerándosele a este como el primer instrumento de protección de los derechos de los niños.

III. Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹⁵

Posteriormente surge la *Declaración de los derechos del niño* de 1959 aprobada unánimemente por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre del 1959, a fin de que el niño pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los principios que enuncia.¹⁶

En relación a las consideraciones expuestas por la ONU en el preámbulo de esta declaración podemos analizar que la declaración fue creada para la especial protección de los niños en virtud de que la comunidad internacional observó que éstos por su característica de niños se encontraban como personas vulnerables tanto física como mentalmente, basándose en los precedentes de las declaraciones anteriores y en el reconocimiento de la comunidad internacional de los derechos humanos y por tanto, debían ser protegidos por los cuerpos legales en un marco internacional así como de los países signatarios en sus legislaciones locales a fin de que el niño pueda tener una infancia feliz y gozar de los derechos que le son conferidos por la misma.

Esta declaración enuncia de forma más detallada la forma de protección de cada uno de los derechos que estipula y una característica importante que debemos analizar es que en esta declaración se menciona el interés superior del niño, mismo que más adelante nos pronunciaremos sobre ello, pero que será un parteaguas para la protección de los derechos de los niños.

IV. Convención sobre los derechos del niño¹⁷

Finalmente con fecha 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990, surge la *Convención sobre los derechos del niño* que es la que conocemos actualmente siendo el instrumento internacional del que más países han ratifica-

¹⁵ Véase *Declaración de los Derechos del Niño, 1959* en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/4/pr/pr20.pdf> fecha de consulta 19 de abril del 2016

¹⁶ Ídem

¹⁷ *Convención sobre los Derechos del Niño op. cit.*

do; de los 195 países reconocidos en la comunidad mundial, 192 la han ratificado a excepción de Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur.¹⁸

Artículo 1 Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...

Artículo 4 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Este instrumento enuncia de forma detallada los derechos de los niños que deben ser protegidos y garantizados, estableciendo el rango de edad en que se considera a un ser humano como niño; ya que, si bien en diversos países se considera que la mayoría de edad es a los 18 años y en otros a los 21 años, la convención estipula el rango de edad en el que se considerará niño para tratar de homogeneizar esta protección y los estados deben agotar hasta el máximo de sus recursos para brindarla.

Si bien la convención pese a que estipula la protección más amplia a los derechos de los niños en el tiempo que fue concebida, también es cierto ahora que ha cumplido 26 años de entrar en vigor que ha quedado desfasada y tienen que entrar *protocolos facultativos*¹⁹ complementarios de derechos que necesitan ser protegidos de forma más amplia, en el año 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó dos protocolos facultativos de la convención que refuerzan la protección de la infancia contra su participación en los conflictos armados y la explotación sexual²⁰ y por qué no pensar en que pueda existir un protocolo facultativo que estipule la necesidad de creación de institutos protectores de la infancia en los diversos países signatarios.

V. El Interés superior del niño

Como lo mencionamos con antelación el interés superior del niño es un parteaguas para la protección de los derechos de los niños, sin embargo pese a que ha sido establecido desde la *Declaración sobre los derechos del niño* de 1959 y en la

¹⁸ Véase *humanium* en <http://www.humanium.org/es/signatarios-convencion/> fecha de consulta 25 de marzo del 2016

¹⁹ Después de la aprobación de un tratado de derechos humanos se suelen añadir “protocolos facultativos”, mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones al tratado, es “facultativo” porque no vincula automáticamente a los estados que ya han ratificado el tratado original. Estas obligaciones en el protocolo son adicionales y pueden ser más exigentes que las que aparecían en la convención original, por lo que los estados deben escoger de manera independiente si quieren vincularse o no al protocolo. Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño permiten, sin embargo, a los estados que no son parte ratificarlos o adherirse a ellos, en UNICEF en http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html fecha de consulta 25 de febrero de 2016

²⁰ *Ídem*

Convención sobre los derechos del niño de 1989 aún hoy en día había resultado complicado su entendimiento; en el artículo 4° de nuestra Constitución se consagró el interés superior del niño con la reforma de fecha 12 de octubre del 2011²¹ y que consideramos importante analizar.

Sin embargo, previo a entrar en materia del interés superior del niño, manifestamos que en diversos ordenamientos jurídicos así como diversos tratadistas hablan tanto de los derechos de los niños como derechos de los menores; así como del interés superior del niño como del interés superior del menor, para tal efecto la *Convención sobre los derechos del niño*, define al niño en su artículo 1°: *se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*²²

Respecto al interés superior del niño la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió al interés superior del niño en la tesis aislada XV/2011 como:

Un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un infante en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.²³

Debido a lo anterior observamos que es obligación del órgano jurisdiccional la interpretación de la norma jurídica que mayormente favorezca al niño; por lo que cabe destacar que para que se pueda establecer qué es lo que mayormente favorece al niño, se necesita la valoración de las circunstancias que lo rodean para decidir como en caso de la guarda y custodia, qué progenitor puede brindar el mejor ambiente para el sano desarrollo del niño, o en su caso ambos padres de ser posible, sin que esto afecte el desarrollo normal del niño, así como el dicho del mismo niño ante el órgano jurisdiccional y la interpretación de tales palabras.

También se puede definir que el interés superior del niño *es precisamente, la atención que el estado debe proporcionar a la infancia para efecto de garantizar su desarrollo integral, tanto físico como emocional, que les permita alcanzar la vida adulta y una vida sana.*²⁴

La atención que debe proporcionar el Estado a la infancia se puede interpretar como el derecho de comparecencia voluntaria del menor ante el órgano jurisdiccional para que éste pueda manifestar su voluntad, como en el caso de su guarda y custodia en relación a sus padres y los demás miembros de su familia en su derecho de convivencia, entendiendo a éste como un derecho del menor y no de los padres y atendiendo a su capacidad progresiva.

De la opinión consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de 28 de agosto de 2002, solicitada por la *Comisión Interamericana*

²¹ Véase *Diario Oficial de la Federación* en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_198_12oct11.pdf fecha de consulta 25 de febrero del 2016

²² *Convención sobre los Derechos del Niño op. cit.*

²³ Véase Tesis aislada XV/2011 *Interés Superior del Niño, Función en el ámbito jurisdiccional*, 1° de septiembre de 2010 en http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=1466 fecha de consulta 03 de febrero del 2016

²⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos op.cit.*

de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde funge como Juez Sergio García Ramírez se desprende y se define al interés superior del niño como que “es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.²⁵

Finalmente consideramos que el interés superior del niño es un principio orientador para garantizar la más amplia protección de los derechos del niño en lo que mayormente le favorezca.

VI. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²⁶

El 12 de octubre de 2011 se publicaron dos reformas constitucionales trascendentes para los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes: la primera al artículo 4° mismo que ya comentamos con antelación que adicionó el principio del interés superior del niño, y la segunda al artículo 73, que facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes. Esas reformas constituyeron un avance importante en el tratamiento de los temas de niñez y adolescencia, y permitieron la publicación de dos de las leyes generales más trascendentes en la materia: el 24 de octubre de ese año, la *Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil*²⁷, y más recientemente, el 4 de diciembre de 2014, la *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*,²⁸ si bien esta ley no es la primera que expide el Estado mexicano en favor de la protección de los derechos de los niños ya que tiene sus orígenes en la ley anterior, *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*²⁹ de fecha 28 de abril del 2000 y que contemplaba desde entonces en su artículo 3° fracción A el interés superior de la infancia, por tanto resulta ser un parteaguas y una oportunidad para la protección de los derechos de los niños, en virtud de que establece figuras jurídicas nuevas para el derecho mexicano como lo es la familia de acogida, la familia de acogida pre adoptiva entre otras de lo cual no abundaremos en ello; cabe destacar que dicha ley enuncia derechos inherentes a los niños como lo comentamos con antelación.

La presente ley establece que niño es de 0 a 12 años y adolescente de 12 a 18 años pese a que la *Convención sobre los derechos del niño* consagra que niño es de 0 a 18 años, sin la intención de entrar en disputa o abundar más en el tema, consideramos que si bien no se puede homogeneizar a niños y adolescentes porque tanto los procesos psicológicos, fisiológicos, biológicos entre otros son distintos y mere-

²⁵ Véase García Ramírez, Sergio, opinión consultiva OC-17/2002 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en http://www.derechoshumanosdf.gob.mx/es/DOCDH/Voto_Concurrente_Razonado_Juez_S_G_R fecha de consulta 23 de marzo del 2016

²⁶ *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* op. cit.

²⁷ Para mayor información véase *Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil* en http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/lib_LeyGralCuidadoInfantil.pdf fecha de consulta 23 de marzo del 2016

²⁸ Cfr. *Ídem*

²⁹ Véase *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* en <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/L290500.html> fecha de consulta 23 de marzo del 2016

cen atención especializada, entenderemos al Instituto de Mexicano de la Niñez en comento como aquel instituto que salvaguarde los derechos de los niños que son aquellos seres humanos de 0 a 18 años.

Entendemos que el niño, como miembro de la familia, merece atención y cuidado por lo que el Estado debe garantizar su sano desarrollo en las esferas en las que se desenvuelve, bio-psico-social, la presente ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, ésta enuncia los derechos de los niños que son los siguientes:

Artículo 1º. La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto: I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II. Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte; III. Crear y regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a efecto de que el Estado cumpla con su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integrales de los derechos de niñas, niños y adolescentes que hayan sido vulnerados; IV. Establecer los principios rectores y criterios que orientarán la política nacional en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, así como las facultades, competencias, concurrencia y bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; y la actuación de los Poderes Legislativo y Judicial, y los organismos constitucionales autónomos, y V. Establecer las bases generales para la participación de los sectores privado y social en las acciones tendentes a garantizar la protección y el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como a prevenir su vulneración.

Artículo 13. Para efectos de la presente Ley son derechos de niñas, niños y adolescentes, de manera enunciativa más no limitativa, los siguientes: I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; II. Derecho de prioridad; III. Derecho a la identidad; IV. Derecho a vivir en familia; V. Derecho a la igualdad sustantiva; VI. Derecho a no ser discriminado; VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; VIII. Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal; IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social; X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad; XI. Derecho a la educación; XII. Derecho al descanso y al esparcimiento; XIII. Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura; XIV. Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información; XV. Derecho de participación; XVI. Derecho de asociación y reunión; XVII. Derecho a la intimidad; XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; XIX. Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e 24 Comisión Nacional de los Derechos Humanos Internet, en términos de lo previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios. Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las

demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ningún tipo o condición.

Dentro de los derechos de los niños que enuncia esta ley nos hace reflexionar en la idea de la creación de un Instituto para la Protección de la Niñez que concentre de forma no limitativa todos los derechos consagrados en esta ley donde nuestra idea no está muy alejada de la realidad ya que en el plano internacional se estipula lo siguiente:

VII. El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes³⁰

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes es el organismo especializado de la Organización de Estados Americanos³¹ (OEA) en materia de niñez y adolescencia. Como tal, asiste a los estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación en la perspectiva de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes tiene como máximo órgano a su Consejo Directivo integrado por las máximas autoridades en infancia de los 34 Estados del Sistema Interamericano. Esto lo posiciona como un espacio de búsqueda de consensos y compromisos de los gobiernos, articulador dentro del Sistema Interamericano y referente técnico a nivel regional en materia de niñez y adolescencia.

Fundado en 1927, se integró como Organismo especializado de la OEA en 1949. Su vocación continúa siendo la de promover la consolidación de las democracias en la región y la construcción de una cultura de respeto a los Derechos Humanos, en especial los de la niñez y la adolescencia, tomando como referentes de su quehacer a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Carta Democrática Interamericana, en el cuál México es parte a través del Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia mismo que más adelante nos pronunciaremos.

VIII. Instituto Nacional de Protección a la Infancia³²

Respecto a la creación de este Instituto Mexicano para la Niñez en comentario, existen precedentes, ya que en los años 30 la situación económica de algunos de los niños que acudían a la escuela no era del todo buena, por lo que su alimentación y vestido era raquítica, por tanto, un grupo de maestras de la escuela Luis Murrieta (Ciudad de México, México) deciden aportar su propio dinero para la compra de pan y leche. Sin embargo, su propia economía sólo les permitió alimentar a ocho pequeños.

Cambiaron los tiempos y dentro de ese grupo de mujeres una de ellas, llamada Eva Sámano, se convirtió en la esposa de Adolfo López Mateos, quien como pre-

³⁰ Véase *El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes* en <http://www.iin.oea.org/> fecha de consulta 01 de abril del 2016

³¹ Véase *Organización de Estados Americanos* en http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp fecha de consulta 01 de abril del 2016

³² Véase *Revista siglo mexicano* en <http://www.cursosinea.conevyt.org.mx/cursos/mexico/contenidos/recursos/revista2/1961.htm> fecha de consulta 01 de abril del 2016

sidente de la República e inspirado en la preocupación de su mujer, el 31 de enero de 1961 decretó la creación del *Instituto Nacional de Protección a la Infancia*. Este nuevo organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, tendría como principal propósito el proteger a la niñez por todos los medios a su alcance, así como suministrar a los escolares servicios asistenciales complementarios, en especial mediante la distribución de desayunos, tarea que ya había iniciado el gobierno en 1959, cuando se comenzaron a repartir 30 mil raciones que en muy poco tiempo fueron insuficientes.

El INPI continuó esa labor, que no será la única a su cargo, también ofreció los servicios de guarderías, jardín de niños, orientación nutricional, dispensario, banco de leche y centros de rehabilitación para personas con discapacidad.

En 1975, la institución cambió de nombre por el de *Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia* y dos años más tarde se fusiona con el *Instituto Mexicano de Asistencia para la Niñez* para dar paso al *Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia*, vigente en 1999 y que se conoce como DIF.

¿Qué es el DIF? Su misión es coordinar el sistema nacional de asistencia social pública y privada, promover la prestación y profesionalización de los servicios en la materia, establecer prioridades y la concurrencia de acciones entre los diferentes órdenes de gobierno, los sectores social y privado, para la promoción, prevención y protección de los servicios asistenciales estudiando las causas y efectos de los problemas prioritarios de la asistencia social, para crear soluciones orientadas a modificar y mejorar la calidad de vida que enfrenta la población, que por alguna circunstancia social, jurídica o física se ven impedidos para su desarrollo.³³

Sin embargo, pese a que las ideas iniciales de creación de un instituto fueron fructíferas al evolucionar a *DIF* cabe señalar que no es un instituto propio para los niños sino para la familia en general por lo que la atención no es especializada para los niños y por tanto es insuficiente.

IX. Ley del instituto mexicano de la juventud³⁴

Como lo comentamos con antelación *La ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes* contempla dentro de su marco normativo proteccionista a los niños 0 a 12 años y a los adolescentes de 12 a 18 años de edad, pero que conforme a esta ley que consagra los derechos de la juventud, esta es considerada de los 12 a los 29 años de edad por lo que en algún momento se compaginan niño, adolescente y joven en diferentes ordenamientos a un ser humano de 12 a 18 años.

La presente ley establece la creación de este Instituto Mexicano de la Juventud y la creación de institutos con sede en cada estado de la República Mexicana.

Artículo 3. El Instituto tendrá por objeto:

II. Definir e instrumentar una política nacional de juventud, que permita incorporar plenamente a los jóvenes al desarrollo del país;

IV. Asesorar al Ejecutivo Federal en la planeación y programación de las políti-

³³ Véase *DIF NACIONAL* en <http://sn.dif.gob.mx/dif-nacional/mision-y-vision/> fecha de consulta 01 de abril del 2016

³⁴ Véase *Ley del instituto mexicano de la juventud* en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/87_020415.pdf fecha de consulta 01 de abril del 2016

cas y acciones relacionadas con el desarrollo de la juventud, de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo.

Si existe un Instituto Mexicano de la Juventud que protege los derechos de los adolescentes (12 a 18 años) que para la *Convención sobre los derechos del niño*, aún son niños y aún más allá de los adolescentes, esta ley protege a los jóvenes ya que esta protección se extiende hasta después de la mayoría de edad (29 años), ¿Por qué no pensar en la creación de un instituto que proteja los derechos de los niños? Ya que existe un problema en México el instituto mexicano de la juventud que protege a los adolescentes, pero no a los niños.

Entendemos que la adolescencia es un proceso natural que merece atención especializada y que no es posible tratar de la misma manera a un adolescente de 17 años que a un niño de 5 años ya que los procesos cognitivos, sociales, psicológicos, biológicos entre otros son distintos, pero sin embargo consideramos que debido a esa importancia que merece la niñez es necesaria la creación de un instituto especializado.

X. Algunas de las características de la niñez en México

Si el Estado Mexicano se preocupa por la mujer, los adultos mayores y otros grupos vulnerables, ¿Por qué no preocuparse por los niños? Es decir, todos son igual de importantes.

Existen instituciones protectoras de los niños, como el *DIF*, el cual ya hemos referido; sin embargo, dicho instituto es para la protección de la familia, no propiamente de y para los niños.

“Los cambios sociales que inciden en la situación de las personas menores de edad demandan nuevas respuestas a nuevas necesidades emergentes”,³⁵ la propuesta es que no sólo el instituto en comento apoye a los niños, niñas y adolescentes en estado de vulnerabilidad; sino que apoye a todos los niños que necesiten ayuda: como los niños que necesitan atención y cuidados médicos especiales, impulso para niños con coeficiente intelectual más desarrollado que los de su generación, apoyo para becas en instituciones fuera del país, impulso al deporte y orientación sexual, entre otras.

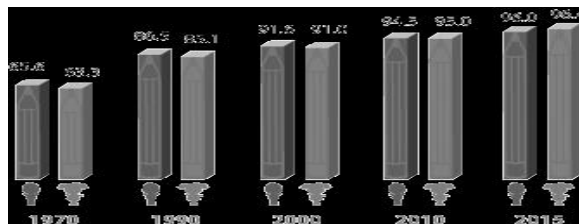
Se podrá pensar que dichos programas o beneficios ya existen; sin embargo, este instituto concentraría dichos derechos o programas encaminados a una mayor facilidad para el sano desarrollo de la niñez.

En datos duros podemos analizar la realidad a la que nos enfrentamos y que pese a que existen programas sociales no son suficientes; no con ello consideramos que el instituto mexicano de la niñez acabaría con todos los problemas existentes, pero al concentrar y ser especialista en niños podría ser una mejor oportunidad.

Dentro de los múltiples temas que aquejan a los niños podemos analizar algunos que se muestran a continuación como lo es la escolaridad, el trabajo, el embarazo adolescente, la desnutrición, la obesidad, las enfermedades, los problemas jurídicos familiares, problemas psicológicos, sustracciones internacionales,

³⁵ Villagrasa Alcaide, Carlos, Revista de la Universidad de Granada, *Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal* en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3276/3304> fecha de consulta 01 de abril del 2016

migración entre otros, establecidos en datos duros contamos con datos de problemática hasta antes del cumplimiento de los 18 años.



Porcentaje de la población de 6 a 14 años que asiste a la escuela³⁶



Sin embargo pese a que aproximadamente el 96% de los niños asiste a la escuela, en 2013 se contabilizó que en México hay aproximadamente 2.5 millones de niños, niñas y adolescentes de 5 a 17 años que realizan alguna actividad económica, de los cuales 67% son hombres y 33% son mujeres.³⁷

Los principales motivos por los cuales los niños y las niñas realizaron algún trabajo económico son: porque en el hogar necesitan de su trabajo, para pagar su escuela o sus propios gastos y para aprender un oficio.

Motivos por los que trabajan

23% para pagar su escuela y/o sus propios gastos

22% el hogar necesita de su trabajo

22% por gusto o solo por ayudar

13% aprender un oficio

9% El hogar necesita de su aportación económica

10% no especificado



5% de la población infantil ocupada de 5 a 17 años trabaja en un cruceo vial, calle o avenida, lo que resulta ser bastante lamentable.

México cuenta con un total de 12.8 millones de adolescentes entre 12 y 17 años de edad en 2009, de los cuales 6.3 son mujeres y 6.5 son hombres. El 55.2% de los adolescentes mexicanos son pobres, uno de cada 5 adolescentes tiene ingresos familiares y personales tan bajos que no le alcanza siquiera para la alimentación mínima requerida.

Otro impacto de la falta de orientación es el alto número de embarazos pre-

³⁶ Véase INEGI Cuéntame en <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/asistencia.aspx?tema=P> fecha de consulta 01 de abril del 2016

³⁷ Ídem

maturos. Casi medio millón de mexicanas menores de 20 años dieron a luz en el año 2005. En 2005 hubo 144,670 casos de adolescentes con un hijo o un primer embarazo entre los 12 y 18 años que no han concluido su educación de tipo básico. En este mismo rango de edad, considerando a quienes tienen más de un hijo, los datos ascienden a 180,408 casos de madres.³⁸

A pesar de los avances en materia de desnutrición infantil que se han experimentado en los últimos años, lo cierto es que las cifras siguen siendo alarmantes en algunos sectores de la población. **En el grupo de edad de cinco a catorce años la desnutrición crónica es de 7.25% en las poblaciones urbanas, y la cifra se duplica en las rurales.** El riesgo de que un niño o niña indígena muera por diarrea, desnutrición o anemia es tres veces mayor que entre la población no indígena.

La otra cara de los problemas de nutrición lo conforma la obesidad infantil, que ha ido creciendo de forma alarmante en los últimos años. Actualmente, **México ocupa el primer lugar mundial en obesidad infantil**, y el segundo en obesidad en adultos, precedido sólo por los Estados Unidos. Problema que está presente no sólo en la infancia y la adolescencia, sino también en población en edad pre-escolar.

Datos de la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición indican que **uno de cada tres adolescentes de entre 12 y 19 años presenta sobrepeso u obesidad.** Para los escolares, la prevalencia combinada de sobrepeso y obesidad ascendió un promedio del 26% para ambos sexos, lo cual representa más de 4.1 millones de escolares conviviendo con este problema.³⁹

México es un país de origen, tránsito y destino de migrantes. De acuerdo con el Instituto Nacional de Migración, cada año, alrededor de 40 mil niños y niñas que migran son repatriados desde Estados Unidos a México, de éstos, 18,000 viajan solos. Al mismo tiempo, en el 2007, 5,771 niños centroamericanos fueron repatriados desde México a sus países de origen, todo ello sin contar con los demás problemas que aquejan a la niñez.⁴⁰

El Estado Mexicano es una federación constituida por 32 estados lo que permite que cada estado cuente con soberanía propia y por tanto leyes de cada entidad lo que permitiría la creación de institutos estatales de la niñez.

Si analizamos el *Presupuesto de egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2016*⁴¹ observamos los rubros a los cuales se destina el presupuesto federal, de los cuales en ninguno de ellos es destinado propiamente para la protección de la niñez.

Ante estas importantes transformaciones en los esquemas familiares, en los que cada vez es más tardía la emancipación de los jóvenes respecto de su hogar originario, se afianza un descrédito de las instituciones socializadoras clásicas, como son la familia y la escuela, frente a un creciente imperio de los denominados nuevos agentes socializadores, como son los medios de comunicación, entre los que cobra una importancia indudable la consolidación de internet como nuevo espacio de relación humana, con la transformación de valores que esta situación comporta. En suma, estos nuevos modelos familiares y estas nuevas redes de re-

³⁸ Cfr. *Unicef México* en http://www.unicef.org/mexico/spanish/ninos_6879.htm fecha de consulta 03 de abril del 2016

³⁹ *Ídem*

⁴⁰ *Ídem*

⁴¹ Véase *Presupuesto de egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2016* en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2016.pdf fecha de consulta 03 de abril del 2016

lación social no han ido acompañados de verdaderas políticas de apoyo, lo que comporta graves problemas estructurales de los que son víctimas directas los niños, niñas y adolescentes,⁴² por lo que consideramos que:

El instituto podría marcar una oportunidad más para los niños.

XI. Conclusiones

Concluimos que, pese a que pareciera repetitivo, la infancia es el futuro del mundo: dependiendo cómo eduquemos a las nuevas generaciones podremos crear un mundo con más oportunidades.

El pensar en un instituto de apoyo para permitir más oportunidades no sólo a los que se encuentran vulnerables, sino a todos, y considerar que no sea un *elefante blanco* más, es decir, que no sea un organismo o instituto que sólo fue creado para obtener un ingreso federal, sin que realice el trabajo real para el que fue creado.

Consideramos importante crear el Instituto Mexicano de la Niñez con autonomía e independencia financiera para garantizar la protección de los niños, niñas y adolescentes para el pleno ejercicio de sus derechos y que brinde protección y apoyo en todas las áreas de interés de los niños: educación, salud, atención psicológica, alimentación, entre otras; que permitan concentrar todas las áreas de oportunidad para ellos.

Finalmente, si bien existe un Instituto Mexicano para la Juventud, que también protege a los adolescentes, por qué no pensar en un instituto que proteja a los niños.

⁴² Villagrasa Alcaide, Carlos, *op. cit.*

REFERENCIAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Convención Americana de Derechos Humanos en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Convención sobre los derechos del niño de 1989 en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños en <http://www.derechosdelnino.org/ginebra-1924/>

Declaración de los Derechos del Niño, 1959 en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/4/pr/pr20.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Diario Oficial de la Federación en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_198_12oct11.pdf

DIF NACIONAL en <http://sn.dif.gob.mx/dif-nacional/mision-y-vision/>

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes en <http://www.iin.oea.org/>

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, opinión consultiva OC-17/2002 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en http://www.derechoshumanosdf.gob.mx/es/DOCDH/Voto_Concurrente_Razonado_Juez_S_G_R

Hernández Castelo, Erika Nayeli, tesis *El interés superior del niño como un derecho humano en su guarda y custodia*, UAEM, México 2013.

Humanium en <http://www.humanium.org/es/signatarios-convencion/>

INEGI Cuéntame en <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/asistencia.aspx?tema=P>

Ley del instituto mexicano de la juventud en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/87_020415.pdf

Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_041214.pdf

Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil en http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/lib_LeyGralCuidadoInfantil.pdf

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/L290500.html>

Organización de Estados Americanos en http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990.

Presupuesto de egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2016 en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2016.pdf

Revista siglo mexicano en <http://www.cursosinea.conevyt.org.mx/cursos/mexico/contenidos/recursos/revista2/1961.htm>

Tesis aislada XV/2011 *Interés Superior del Niño, Función en el ámbito jurisdiccional*, 1° de septiembre de 2010 en http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=1466

UNICEF en <http://www.unicef.org/spanish/sowc2014/numbers/documents/spanish/SP-FINAL%20Table%206.pdf>

Unicef México en http://www.unicef.org/mexico/spanish/ninos_6879.htm

Villagrasa Alcaide, Carlos, *Revista de la Universidad de Granada, Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal* en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3276/3304> 16

Violación del derecho de convivencia del menor con el abuelo, en su condición del adulto mayor

Graciela Quiñones Bahena¹

Resumen: La convivencia entre los abuelos adultos mayores y los nietos, es fundamental para el buen desarrollo de la familia. Además de que el derecho de convivencia y visitas es una institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencauzar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona, a cuyo cargo se encuentre la custodia del niño, por tratarse de un derecho humano, principalmente dirigido a éste, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo.

Palabras clave: adulto mayor, interés superior del niño, convivencia, derechos, familia.

Abstract: *Coexistence among older adult grandparents and grandchildren is essential for the good development of the family, the right to coexistence and visits is also a fundamental institution of family law in Mexico, which has as its regular order, promote, evaluate, preserve and, where appropriate, improve or redirect the coexistence in the family with respect to the child group and therefore, is above the will of the person in whose charge is the custody of the child, because it is a human right, mainly directed to this, although it also indirectly favour its ascendants, and who make up that group.*

Key words: *elderly, interests of the child, co-existence, rights, family.*

¹ Doctora en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Catedrática en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad, y en diversas universidades. Conferencista en temas de Derecho de Familia. Correo electrónico: lunagrace29@hotmail.com

I. Introducción

El término familia proviene del latín *famulus*, que significa esclavo doméstico. Familia era el conjunto de esclavos pertenecientes a un hombre y familia *id est patrimonium*, el organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer, los hijos y esclavos, con la patria potestad, con el derecho de vida y muerte sobre todos y la transmisión por testamento.

Juan Pablo II se refirió a la familia como la estructura “ecología humana”. En su seno el hombre recibe las primeras nociones sobre la verdad y el bien, aprende qué quiere decir amar y ser amado y por consiguiente, qué quiere decir en concreto ser una persona.²

La preocupación por la situación de los abuelos que no pueden ver a sus nietos, si bien no es actual, no ha tenido reflejo legislativo hasta fechas recientes y sin duda, son los problemas de relación con los abuelos los que se han ido abriendo paso en primer lugar ante los tribunales, con la pretensión de que se fije judicialmente un régimen de visitas ante los inconvenientes para que se cumpla el derecho del menor a relacionarse con sus parientes y allegados.³

México, con el paso del tiempo, ha ido convirtiéndose en una sociedad con una gran cantidad de adultos mayores; tal como lo refiere la Ley de los Derechos de los Adultos mayores, se entiende como tal a las personas de 60 años o más que se encuentren domiciliadas o en tránsito en nuestro país; ante alargamiento de la procreación en muchas mujeres, quienes dejan para después de los 30 el ejercicio de la maternidad, resulta obvio el efecto en la relación con los ascendientes de la misma, quienes se convierten en abuelos en edad tardía, a lo que en años anteriores resultaba ser en México.

La problemática no sólo estriba en la edad, si no en la condición psicológica y emocional del adulto mayor al convertirse en abuelo, los apegos son distintos hacia los menores que un abuelo (a) joven con los menores; regularmente los nietos se convierten en los dueños totales de su atención y cariño ante la falta de ocupaciones, puesto que muchos de ellos se encuentran en periodo de jubilación o de trabajos en casa; por lo que en aquellos casos en los que el matrimonio procreador de estos pequeños pasa por crisis de distanciamiento o separación causando así el alejamiento de sus nietos por parte de uno de los padres, a veces temporal y en ocasiones definitivo, negando así ese crecimiento integral a los menores y el derecho de convivencia del adulto mayor con sus nietos.

II. Marco conceptual

Dentro de este contenido nos referiremos indistintamente como adulto mayor o persona de la tercera edad, en la que para muchas personas significa una etapa muy satisfactoria en la vida, es ese momento en el que se jubilan, pueden dedicarse a disfrutar a su familia, nietos, paseos, sitios a los que no han acudido, para otras personas sin embargo, significa una ausencia, un vacío, la soledad tangible, pero legalmente son aquellos individuos que, según la Ley en México, nos menciona como:

² Encíclica *Centesimus annus*, 39: AAS (1991).

³ Ver el siguiente sitio de internet: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html (consultado el 7 de noviembre de 2016).

“Personas adultas mayores. Aquellas que cuenten con sesenta años o más de edad y que se encuentren domiciliadas o en tránsito en el territorio nacional”.⁴

Además de un concepto básico para el desarrollo del tema planteado, con el que se busca dejar clara la importancia de la integración familiar, concepto con cual queda claro frente a la ley que fue contemplada en su contexto general.

“Integración social. Es el resultado de las acciones que realizan las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal y municipal, las familias y la sociedad organizada, orientadas a modificar y superar las condiciones que impidan a las personas adultas mayores su desarrollo integral;”⁵

Un concepto más que es imprescindible su mención por el interés dentro de este trabajo, y al ser el nucleó de desarrollo del adulto mayor-nieto es el concepto de familia.

“La familia, es un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan. Naturalmente pasa por el nacimiento, luego crecimiento, multiplicación, decadencia y trascendencia. A este proceso se le denomina ciclo vital de vida familiar”.⁶

El análisis de la familia se establece en tres dimensiones fundamentales: el parentesco, que significa los vínculos de sangre entre los miembros; la convivencia, que constituye la unión de miembros de la familia en un hogar común; y la solidaridad, que se refiere a las redes de reciprocidad que se dan entre los miembros de la familia y que funcionan, aunque no vivan bajo un mismo techo.

De esas dimensiones es que se han establecido los tipos de familia:⁷

-Elemental (nuclear): padre, madre, hijos.

-De origen (extendida): conformada por lazos sanguíneos tanto verticales (multigeneracionales) como horizontales (parientes), vivos o muertos, geográficamente cercanos o lejanos, conocidos o desconocidos, pero siempre de algún modo psicológicamente relevantes.

-Actual: La familia presente (nuclear o extendida) que necesita organizar una estructura normativa de roles y reglas, un estilo de comunicación, un marco de valores.

Los conceptos señalados forman parte fundamental, sin los que no se entendería la esencia de este trabajo y las consecuencias psicológicas y jurídicas que el derecho a pesar de tratar de regular y atender no ha logrado encontrar a forma efectiva de llevar a cabo su cumplimiento, pues la relación de convivencia entre estos miembros de la familia es fundamental, como un derecho del menor, pero

⁴ Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada el 25 de junio de 2002, por el presidente Vicente Fox Quezada, en México, D.F.

⁵ *Idem*.

⁶ Instituto Interamericano del Niño. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/lectura%2012_ut_1.PDF, consultado el 16 de marzo de 2016.

⁷ Placeres Hernández, José Fernando, de León Rosales, Lázaro, & Delgado Hernández, Inés. (2011). La familia y el adulto mayor. *Revista Médica Electrónica*, 33(4), 472-483. Recuperado en 23 de marzo de 2016, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-18242011000400010&lng=es&tlng=es.

también hoy reconocida por diversos tratados como un derecho del adulto mayor, quien como hemos señalado se deja en estado de indefensión emocional ante la retención del menor por alguno de los padres que prohíbe el acercamiento a sus ascendientes del padre que no tiene la custodia de ellos.

III. Función del abuelo adulto mayor

Dentro de los núcleos familiares los abuelos son un pilar importante desde la etapa formativa y de desarrollo de los nietos, los niños que crecen cercanos a sus abuelos se vuelven mucho más respetuosos de la tercera edad, conscientes de la problemática social que viven en el día a día, aunque desde los aspectos positivos que se resaltan de la relación de convivencia es que muchos de ellos ofrecen un amor incontable a sus nietos.

La afectaciones emocionales son muchas, en algunos casos puede conllevar una depresión que los conduce a la inapetencia, la soledad, el desinterés, la depresión y por tanto a la muerte; y en el niño depende la edad a la que haya sido retirado del acompañamiento del o los abuelos es la afectación que pueden tener, si son muy pequeños, probablemente olviden pronto y ni siquiera los recuerden, pero si están en una edad en la que suelen recordar a las personas con las que conviven su tristeza será evidente, y puede manifestarse en un bajo rendimiento en el colegio, la inapetencia y rebeldía.

El adulto mayor, independientemente de los factores que influyan sobre la familia, debe enfrentar nuevos roles familiares:

- Ser padres de hijos adultos.
- Ser abuelo(a).
- Eventualmente ser viudo(a).
- Ser suegro(a) ⁸

Principales funciones de ser abuelos:

- La función gratificadora que surge de una relación afectiva con el nieto.
- El abuelo se perpetúa en el nieto.
- Reparación de relaciones anteriores con los hijos.
- Trasmisión de valores y cultura familiar.
- Ser imagen de identificación para los nietos.
- Recuperación del patrimonio consanguíneo y perpetuación de la descendencia.

Existen diferentes estilos de ser abuelos:⁹

a) Formal: se interesa por sus nietos pero cuida de no involucrarse en la crianza de los mismos.

⁸ Forttes BA. Diplomado de Gerontología a distancia. Programa para el Adulto mayor. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile; 2004.

⁹ *Idem*.

b) El que busca entretenerse: mantiene una relación informal y juguetona con sus nietos, sin entrar en mayores compromisos.

c) Figura distante: aparece en los cumpleaños o vacaciones pero generalmente tiene poco contacto con sus nietos.

d) Padres subrogantes: asumen grandes responsabilidades en la educación y cuidado de sus nietos, especialmente cuando la madre trabaja fuera del hogar. Suelen ser sobreprotectores.

Autores han definido como abuelo ideal a aquel abuelo disponible y cariñoso, cercano al nieto, ubicado en la etapa evolutiva que está viviendo, que acepta el ser abuelo como un aspecto más de su identidad personal, familiar y social, respeta las reglas del sistema parental, respeta el crecimiento del nieto, del hijo y de él mismo en su etapa y papel. Tiene flexibilidad frente a los cambios y necesidades, siendo capaz de asumir en situaciones críticas, la función que haga falta.

Cuando los padres entran en la vejez, y no pueden cuidarse por sí mismos, pasan a ser cuidados por los hijos, lo que puede provocar fricciones, por lo general muy serias, llegando a convertirse en una crisis que algunos llaman de desvalimiento. La mejor solución, según plantean estudiosos del tema, es la aceptación realista de las fuerzas, limitaciones y las habilidades para permitirse ser independiente por parte del anciano y que el hijo adulto, tenga la habilidad de aceptar el papel de cuidador y simultáneamente siga siendo hijo.¹⁰

Los adultos mayores tienen mucho por contribuir: tienen sabiduría y experiencia y al mantenerlos saludables, funcionales e independientes, pueden continuar contribuyendo a sus comunidades y a sus familias y serán más felices.

Ellos forman una base fundamental en la familia, no sólo como formadores sino que su historia sigue marcando la pauta de toda una generación, recordando que el adulto mayor en una familia no sólo aporta sabiduría, si no que el nivel de sensibilidad que por la edad alcanza es básico para establecer relaciones de afecto de los menores con los demás miembros, además de que el nivel de respeto con el que es tratado será la semilla que se deje en los demás miembros para su interrelación con otros adultos mayores en su vida futura.

De ahí que se recomienden actitudes que le permitan al adulto mayor ser un integrante respetado y valorado en todo momento en el marco de la familia:

- Actitud de comprensión hacia los miembros de la familia.
- Aceptar a cada uno con sus cosas buenas y malas.
- Mostrarse prudentes, discretos y con mucho tacto en su actuar con las personas de la familia.
- Escuchar y hablar lo justo y necesario, cuidar de no herir.
- No dar consejos no solicitados.
- Ceder mucho, especialmente con los adolescentes y jóvenes, de manera que para ellos sea un agrado el venir a la casa de los abuelos.
- Tratar de ayudar pero no entrometiéndose ni imponiendo ideas.

¹⁰ Alonso Galbán P, Sansó Soberats FJ, Díaz- Canel Navarro AM, Carrasco García M, Oliva T. "Envejecimiento poblacional y fragilidad en el adulto mayor". Rev Cubana Salud Pública. 2007;33

- Mantener una buena comunicación de confianza y de mucho diálogo.
- Compartir situaciones, actividades, decisiones.
- Evitar peleas y discusiones.
- No inmiscuirse en la vida de los hijos sino dejar que ellos hagan su vida como estimen conveniente.
- No ser quejumbroso y negativos ¹¹

Lo anterior deja clara la relevancia entre la relación que establecen los nietos con los abuelos y la necesidad que hay en esta cercanía, necesaria para el desarrollo de ambas partes como etapa de adaptación pero sobre todo de integración.

IV. Efectos de la separación abuelo(a)-nieto

Hacer referencia a este tema es remontarnos a fibras muy sensibles de la persona en senectud, su nivel de sensibilidad y aprehensión es mucho mayor. Muchos abuelos se tienen que enfrentar en esta etapa a diversas situaciones que atentan contra su estabilidad emocional y por lo tanto merman su salud; como el divorcio de alguno de sus hijos, y a veces algunos de sus nietos quedan a cargo cuando las determinaciones de algunos jueces los favorecen. Pero por otro lado, cuando no es así, tendrán que soportar la ausencia de aquellos menores a los que estaban acostumbrados y que después de la disolución del vínculo matrimonial de sus hijos ya no será así, y en el peor de los casos sufren la desaparición de sus nietos por parte de uno de los padres, quien se niega a la relación abuelo-nieto.

En otros casos, los abuelos se convierten en el sostén de la educación de los menores, ante la ausencia de una madre o padre trabajador, y aunque para ellos pareciera que no son una carga, sabemos que los niños son muy activos y a veces el abuelo, aunque tiene la alegría para atenderlos, no tiene la energía para estar detrás, además de que la disciplina y corrección muchas veces no es una característica de su relación, pues establecen entre ellos cierta complicidad en la que destacan por ser consentidores; esto podríamos decir que favorece las relaciones de familia y que frente al Derecho de Familia no se encontraría una parte negativa, porque lo que debemos destacar es el amor entre ellos, y sociológicamente se han separado los roles, la disciplina corresponderá a los padres de los menores.

V. Solidaridad intergeneracional como principio rector

Este valor mundialmente reconocido y ya tomado en algunas normatividades rectoras de las necesidades del adulto mayor como valor fundamental en el cual se deben sustentar las acciones en favor del adulto mayor es la solidaridad. Criterio que es sumamente importante para el desarrollo estable de una sociedad. Lo que hoy es la sociedad en cuanto a desarrollo social, económico, cultural y político, con virtudes y defectos, con luces y sombras, es, en definitiva, la herencia, fruto de su trabajo, que dejan los adultos mayores a las generaciones que les siguen.

En este sentido las generaciones más jóvenes tienen una deuda con los adultos mayores, tal como lo señala la política nacional para el adulto mayor de la repú-

¹¹ Barros C, Muñoz M. Informe investigación Fondecyt “La familia del adulto mayor”. Santiago de Chile; 2001.

blica chilena¹², que no es otra que hacerles justicia, dándoles lo que ellos requieren y merecen, no sólo para una vida digna, sino para que tengan una vida de mejor calidad, de acuerdo a su propio protagonismo y posibilidades. No se trata de una mera actitud de compasión o de limosna hacia los viejos; se trata más bien de una actitud de respeto, de apoyar, de estimular, de comprender, pero en un intercambio de solidaridad, es decir, donde el adulto mayor también es solidario con las generaciones más jóvenes y éstas con los adultos mayores. Se trata de una solidaridad de “ida y vuelta”, intergeneraciones. Por otra parte es conveniente recordar que la solidaridad se basa en el conocimiento y en el amor hacia el otro, por esto, el núcleo natural en que se vive esta solidaridad es en la familia donde se dan las relaciones a través de las cuales se materializa la solidaridad entre padres, hijos, abuelos y nietos. En la medida en que se fortalezca la solidaridad intergeneracional al interior de cada familia, será posible la proyección de un trato más digno al adulto mayor en el resto de la sociedad.

VI. Punto de vista jurídico de la relación abuelo-nieto en México

Como se ha señalado con anterioridad la relación abuelo-nieto, debe de fomentarse y en ningún caso prohibirse. Es demostrado que en los casos de cercanía, esta suele ser devastadora para el adulto mayor por su condición psicológica vulnerable, propia de la edad, es la que les afecta en los casos de violación a su derecho de convivencia con los nietos cuando los padres se separan, pues incluso en ellos la depresión ante esta ausencia es notoria y devastadora. Se estima que 1 de cada 7 adultos de la tercera edad sufre depresión.¹³

Atendiendo a lo mencionado por la Corte en México, que señala en la tesis jurisprudencial el derecho que tienen de convivir mutuamente, y establecer las mejores directrices para su desarrollo, como se muestra a continuación.

CONVIVENCIA PROVISIONAL DE LOS ABUELOS CON LOS MENORES DE EDAD. ENCUENTRA SU FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 4, 5 Y 8 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, A LA LUZ DEL INTERÉS

*SUPERIOR DEL NIÑO (...)*No existe restricción alguna para que el Juez las decrete ni limitan a las que asegurarán la ejecución del derecho sustantivo declarado en la sentencia definitiva que llegue a dictarse en el juicio, sino también a las que permiten que el ejercicio del derecho de convivencia de las niñas y niños con su familia no se interrumpa o se impida en ciertas condiciones adecuadas para las niñas y los niños. En ese sentido, los abuelos de los niños y las niñas mantienen una relación de parentesco cuya supervivencia y mantenimiento tutela la convención como vehículo para afianzar su desarrollo y dignidad. Además, la convención en los artículos 5 y 8 prevé la existencia de la familia ampliada y en ella debe comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera. Debe ponderarse que, en todo caso, los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son estos últimos, sino las niñas y niños, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud, que les permita realizarse como sujetos. Por tanto, cuando los parientes de las niñas y niños pretenden ejercer a través de la vía judicial el derecho de convivencia, el interés que debe privilegiarse es el de las niñas y niños, sobre la base de que se asegure su desarrollo y dignidad, y esto último es lo que justifica el dictado de las medidas judiciales que correspondan para

¹² Política Nacional Para el Adulto Mayor, Gobierno de Chile, Comité para el Adulto mayor.

¹³ Disponible en: <http://www.esperanzaparalafamilia.com/Rev/Articulos/PDFs/PDF0234.pdf>, consultado el 14 de marzo de 2016.

que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz cuando se llegue a decidir la cuestión sustantiva en sentencia definitiva. Así, la medida provisional que llegue a dictar un Juez en un juicio determinado para que exista una convivencia entre los abuelos y las niñas y niños, se encuentra justificada en atención al derecho de éstos a crecer en un entorno de afecto junto a su familia, y a asegurar su goce efectivo. De ahí que, la circunstancia de que sean los parientes de las niñas y niños quienes soliciten el reconocimiento de ese derecho de convivencia, no significa que sean estos últimos, como familiares, los titulares absolutos sobre el contenido y alcance de aquél sino que, en todo caso, está subordinado al interés superior del niño.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 183/2010. 14 de julio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito

López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas

Notorio es entonces que los mecanismos los hay, sin embargo el poco acceso a la información de la que gozan las personas de la tercera edad los lleva tan sólo a refugiarse en la soledad, sin interponer los recursos legales pertinentes para recuperar la convivencia con sus nietos.

Además de ello esta convivencia resulta ser reconocida como un derecho del menor¹⁴, reconocido por las diversas declaraciones internacionales a favor del interés superior del menor en el que se indica que para el sano desarrollo del niño, deberá convivir con todos y cada uno de los miembros de su familia.

MENORES DE EDAD. SU DERECHO A LA CONVIVENCIA CON LA FAMILIA AMPLIADA.

El derecho de convivencia y visitas es una institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencauzar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano, principalmente dirigido a éste,

¹⁴ ABUELOS, DERECHO Y OBLIGACION DE LOS, A TENER RELACIONES CON SUS MENORES NIETOS. Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445 y 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo, el abuelo, en el caso el paterno, no sólo tiene derecho, sino también obligación, de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se fundan no sólo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta de padre; relaciones que el citado reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como unas de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquéllos, y en el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el juez a quo, sino que también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la norma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen con el caso, haciendo uso, inclusive, de los medios de prueba que le faculta al artículo 495 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores. 3a.

Amparo directo 2026/83. Constantino Díaz Villa. 4 de junio de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes.

aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo. Por otra parte, en los artículos 5 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño se prevé la existencia de la familia ampliada y en ella debe comprenderse al padre, la madre, los hermanos, los abuelos, etcétera. Asimismo, se establece que los menores tienen derecho a tener relaciones familiares. De los preceptos legales que anteceden, se advierte que los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son estos últimos, sino los menores, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud, que les permita realizarse como sujetos. Por tanto, cuando los parientes de los menores pretenden ejercer, a través de la vía judicial, el derecho de convivencia, el interés que debe privilegiarse es el de éstos, sobre la base de que se aseguren su desarrollo y dignidad, y esto último es lo que justifica el dictado de las medidas judiciales que correspondan para que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz cuando se llegue a decidir la cuestión sustantiva en sentencia definitiva. Por tal motivo, si el órgano jurisdiccional competente llega a determinar en un juicio, que debe existir una convivencia entre los abuelos y los menores, esa decisión se encuentra justificada en atención al derecho de éstos a crecer en un entorno de afecto junto a su familia, debiéndose asegurar su goce efectivo. En tales condiciones, queda de manifiesto que uno de los derechos de los menores, es el de tener relaciones familiares, como lo prevé el citado artículo 8. Por tal motivo, el Estado y en específico los órganos jurisdiccionales de cualquier materia, están obligados a dictar todas las medidas necesarias, a fin de garantizar el real disfrute de ese derecho, ya que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. En efecto, corresponde a todos los órganos jurisdiccionales del Estado garantizar que los derechos relacionados con la salud física y de autonomía, como los referidos a la vinculación afectiva, interacción con adultos y niños y educación no formal no se restrinjan, desconozcan o se impida su realización, por lo que deben tomar todo tipo de medidas que garanticen el interés superior del menor, como las relativas a asegurar el derecho de los niños y las niñas a la convivencia y vinculación afectiva con sus padres, o bien, con los miembros de la familia, como lo refiere el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello es así, porque los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son éstos, sino las niñas y niños, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud que les permita realizarse como sujetos. Consecuentemente, las medidas judiciales que se dicten respecto del derecho de convivencia de los menores con su familia ampliada, deben garantizar que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz, porque el titular de ese derecho son éstos y no los padres o sus parientes.¹⁵

La tercera edad no supone un paro en la vida de la persona, sino más bien un proceso continuo de crecimiento en el que los mayores siguen ocupando un lugar en la sociedad y desempeñando un nuevo rol.

La tercera edad así planteada, es decir, desde un punto de vista objetivo, puede percibirse como una pérdida, y esa ruptura en lo que respecta a las relaciones sociales, está determinada por la conjunción de una serie de factores tales como el alejamiento de las relaciones personales establecidas en el trabajo (con la pérdida del rol laboral), la carencia afectiva percibida en cuanto a la relación con los hijos

¹⁵ Núm. de Registro: 2004264 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Suprema Corte de Justicia de la Nación Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI.1o.C.T.1 C (10a.) 1681.

(nido vacío), y la escasez en lo que se refiere a las relaciones con parientes y amigos que se van dejando como consecuencia de la distancia o la muerte. Así vista, la vejez implicaría una transición negativa hacia la soledad y el desconcierto, pero nada más alejado de la realidad, para su adecuada adaptación es necesario reestructurar muchas rutinas diarias y reorientar pensamientos y comportamientos para una mejor integración y socialización en la etapa que se está viviendo.

Entonces no podemos hablar de una falta de norma, si no de un desconocimiento de la norma, la falta de difusión hacer creer a los abuelos que no tienen derechos sobre el nieto y, en vez de recurrir a los ordenamientos e instituciones judiciales, se refugian en la depresión sin comentar la causa de su pesar, pasando así sus últimos años presos de la soledad y la tristeza en la que la separación de los nietos los ha dejado, sumado a una falta de cuidado de los hijos y la inconsciencia de la sociedad.

VI.I Punto de vista jurídico de la relación abuelo-nieto en España

En España encontramos regulación en particular y casos en los cuales esta problemática ha destacado en interés superior del menor en la relación que debe mantener con sus abuelos, como se señala a continuación.

Desde un punto de vista jurídico y también fáctico, el interés del menor debe prevalecer frente a cualquier derecho, interés o expectativa de otras personas. Así nos lo impone la legislación nacional e internacional. La “Convención sobre los Derechos del Niño”, de 20 de noviembre de 1989 ([EDL 1989/16179](#)) y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ([EDL 1996/13744](#)) lo establecen así.¹⁶

Precepto que hemos destacado a lo largo de este trabajo, en el cual deben de sobresalir los principios protectores del menor y de sus esferas psico-emocionales, garantizando el respeto total al ejercicio de sus derechos, recordando que el menor es un sujeto de derechos, mismo que debe ser protegido por la norma.

Por su parte, el TS nos lo recuerda al establecer los siguientes principios que lo desarrollan:¹⁷

1º. La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores.

2º. Los jueces adoptaran de oficio todas las medidas necesarias para la protección de dicho interés, considerando siempre las circunstancias personales del menor en cada caso, pudiendo incluso sustituir la voluntad de las partes.

3º. El interés del menor permite acceder en casación al TS, si no se ha observado correctamente dicho interés.

4º. En materia de relaciones personales, es el beneficio de los menores el que debe valorarse en cada caso, no un beneficio genérico y difuso, sino que debe

¹⁶ Santana Paéz Emelina, “El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados”, Juez de familia en el Juzgado de Primera Instancia nº 79, de familia, de Madrid, “Revista Derecho de Familia” publicada el 1 de febrero de 2014. Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html, consultado el 22 de abril de 2016.

¹⁷ *Idem*.

materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor.

En la legislación Española destacamos algunas consideraciones interesantes, se considera necesaria y conveniente la relación del menor con los padres de sus progenitores, entre las referencias que más se destacan son:

El régimen de visitas de los nietos con los abuelos, se encontraba reconocido por la jurisprudencia, con posterioridad fue expresamente introducido en el Código Civil por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del mismo y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (EDL 2003/127261).

Dentro de las menciones más importantes de su Exposición de Motivos refiere que los abuelos:

“pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor”, pues “disponen de una autoridad moral” que les “permitirá contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de los referentes necesarios y seguros en su entorno, neutralizando así los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis familiar.” Sigue añadiendo que “Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia”.¹⁸

La redacción del art. 160 CC, en sus párrafos 2º y 3º, es clara:

“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculen la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.¹⁹

El propio TS ha reconocido los siguientes principios, según se pueden observar son los siguientes:²⁰

¹⁸ *Especialidades en Derecho de Familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, Editorial Dykson, Madrid, 2014.

¹⁹ Código Civil Español, 2013 p.130

²⁰ Santana Paéz Emelina, *El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados*, op cit. p.3 El TS ha dictado varias sentencias de las que podemos extraer los siguientes criterios jurisprudenciales:
- La complejidad de las relaciones entre familiares, como dice la Sentencia del TS de 20 de octubre 2011 (EDJ 2011/236329), se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Debe partirse de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos,

1º. Que abuelos y nietos tienen derecho a relacionarse.

2º. Que se trata de un derecho-deber, beneficioso para ambos.

3º. Que sólo podrá denegarse cuando concurra justa causa, es decir, cuando afecte al interés de los menores, considerando que la relación con los abuelos es siempre enriquecedora, por lo que no cabe negarles el derecho legítimo a relacionarse con sus nietos, sin perjuicio de tener en cuenta la voluntad del menor y, por tanto, de que estos sean oídos.

4º. Que sin duda, la trascendencia personal y familiar que tiene para el menor

únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, cuando no afectan al interés de los menores. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. El distanciamiento y las malas relaciones de la abuela con la hija no son “justa causa” para impedir las visitas y comunicaciones entre nietos y abuelos que reconoce el art. 160 CC.

- El art. 160.2 CC, *sensu contrario*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las Sentencias del TS nº 576/2009, de 27 de julio (EDJ 2009/205329); nº 632/2004, de 28 de junio (EDJ 2004/82453); nº 904/2005, de 11 de noviembre (EDJ 2005/197587), y nº 858/2002 de 20 de septiembre (EDJ 2002/37177).

- La justa causa para negar esta relación no puede alegarse de una forma simplemente especulativa, sino concreta para ver si responde a una realidad que pueda servir de argumento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor (Sentencia del TS nº 359/2013, de 24 de mayo, EDJ 2013/67724). No puede entenderse por justa causa el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud. En el caso, se alega que la relación de la abuela y la madre podría “repercutir en la integridad psicológica del menor”; es decir, que la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir. Considera que no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. “Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela...” (Sentencia del TS nº 689/2011, de 20 de octubre, EDJ 2011/236329).

- El régimen de visitas con pernocta en el caso de los abuelos no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente. Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular, sin que nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias de cada caso (Sentencia del TS de 27 de julio de 2009, EDJ 2009/205329). Su experiencia les distingue de otros parientes y allegados que también pueden coadyuvar al mismo fin. Nada impide la pernocta de los menores con los abuelos, en periodos convenientemente ponderados, sin que proceda tampoco generalizarla, pues habrá que estar a las circunstancias del caso (Sentencia del TS nº 723/2013, de 14 de noviembre, EDJ 2013/225905).

- Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de cada caso, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo, y nada impide que pueda comprender “pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos”, sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos (Sentencia del TS nº 632/2004, de 28 de junio, EDJ 2004/82453).

- Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor (Sentencia del TS de 28 de junio de 2004, EDJ 2004/82453). Además, si la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora (Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2002, EDJ 2002/37177), por otro lado no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto, y que habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2002, cuando se advierte en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre (Sentencia del TS nº 576/2009, de 27 de julio, EDJ 2009/205329).

conservar la relación afectiva y material con los abuelos hace que el papel de éstos sea relevante y preferente frente a otros familiares, parientes o allegados que pudieran reclamar judicialmente la fijación de relaciones con el menor.

5°. Que la justa causa para denegarles ha de ser probada por quien la alega.

Con base a lo anterior destacamos la importancia del establecimiento de las relaciones abuelo-nieto, y como debe tenerse en cuenta la voluntad del menor para su correcta aplicación, pensando en destacar el derecho del adulto mayor y el interés superior del menor, en pro de su desarrollo.

Conclusiones

A través de este estudio hemos analizado la violación del derecho de convivencia del menor con sus abuelos, en su condición de adulto mayor, y lo hemos hecho desde esa perspectiva porque en la actualidad encontramos abuelos desde muy corta edad, es decir, una madre de 30 años con una hija de 15 que se encuentra embarazada será una abuela, pero una “abuela joven”; de la misma forma que un hombre que alcanzó la paternidad en los inicios de su juventud; y las consecuencias de la no convivencia con los nietos no son las mismas que en un adulto mayor, por las condiciones emocionales en las que se encuentra por su edad.

Se analizó también la importancia de la figura del abuelo en la relación con los nietos y como su presencia desarrolla personas mucho más seguras, más integras, más conscientes del respeto hacia el adulto mayor, además de generar una complicidad especial con él,

Desde el punto de vista jurídico señalamos que los abuelos maternos y paternos les asiste el derecho de visitar a sus nietos, y no sólo de visitar, de ser visitados por sus nietos, es un derecho fundamental del menor que sus abuelos estén cerca de él para generarle todo el nivel de confort y seguridad que requieren para su desarrollo puede ser solicitada por los parientes por consanguinidad, por afinidad o responsables del niño, niña o adolescente. También podrán petitionarlo los terceros que hayan mantenido relaciones y contacto permanente con el niño, niña o adolescente. En ambos casos el Juez podrá acordarlo cuando el interés del niño, niña o adolescente lo justifique. En igual sentido lo consagra el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. En los tribunales es común observar complicados conflictos que denotan ausencia del acercamiento entre los miembros de la familia.

Los abuelos pueden requerir el régimen de convivencia familiar contra uno o ambos progenitores, con el fin de frecuentar a sus nietos o nietas. Implica el ejercicio de derechos constitucionales a favor de los abuelos, en mejora de los derechos de los nietos o nietas menores de edad. La sentencia que recaiga protege el interés superior de los niños o adolescentes, a quienes la Constitución les otorga prerrogativas destinadas a preservar las relaciones o trato del grupo familiar.²¹

El derecho regulado en beneficio de los abuelos no representa una subordinación a los derechos de los padres guardadores de sus hijos y a la libertad que tienen de dirigir su formación. El régimen de convivencia no puede convertirse en una perturbación para los padres que ejercen la patria potestad, la guarda y cus-

²¹ Rodríguez, Manuel Alfredo, *El Universal*, Febrero de 2014.

todia de sus hijos. No están obligados a sufragar los gastos para lograr el cumplimiento del régimen impuesto, ni deben aceptar normativas sobre sus conductas para la comodidad de los abuelos o familiares (tíos, primos u otros). Sin embargo, lo cierto es que cada día aumentan las demandas de abuelos pidiendo se ordene un régimen de visitas; increpan que el padre de los niños no autoriza el contacto con sus nietos²² y esto únicamente se da porque no se respetan los derechos de los niños y los adultos mayores no cuentan con los medios para acudir a los tribunales y hacer solicitud de ellos, por ello debe considerarse un tema importante y de atención para la autoridad reguladora del derecho de familia, lograr el correcto equilibrio del ejercicio de derechos del menor.

²² *Ídem.*

REFERENCIAS

Bibliográficas

ALONSO GALBÁN P, SANSÓ SOBERATS FJ, DÍAZ- CANEL NAVARRO AM, CARRASCO GARCÍA M, OLIVA T. Envejecimiento poblacional y fragilidad en el adulto mayor. *Revista Cubana Salud Pública*. 2007;33.

BARROS C, MUÑOZ M. Informe investigación Fondecyt “La familia del adulto mayor”. Santiago de Chile; 2001.

Especialidades en Derecho de Familia, Asociación Española de Abogados de Familia, Editorial Dykson, Madrid, 2014.

FORTTES BA. Diplomado de Gerontología a distancia. Programa para el Adulto mayor. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile; 2004.

Código Civil Español, 2013.

Ley de los Derechos de las Personas Adultos Mayores, publicada el 25 de junio de 2002, por el presidente Vicente Fox Quezada, en México, D.F.

Hemerográficas

Rodríguez, Manuel Alfredo, *El Universal*, Febrero de 2014.

Electrónicas

Placeres Hernández, José Fernando, de León Rosales, Lázaro, & Delgado Hernández, Inés. (2011). La familia y el adulto mayor. *Revista Médica Electrónica*, 33(4), 472-483. Recuperado en 23 de marzo de 2016. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S168418242011000400010&lng=es&tlng=es.

Santana Paéz Emelina, El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados, Juez de familia en el Juzgado de Primera Instancia n° 79, de familia, de Madrid, “Revista Derecho de Familia” publicada el 1 de febrero de 2014. Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html, consultado el 22 de abril de 2016.

Instituto Interamericano del Niño. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/lectura%2012_ut_1.PDF, consultado el 16 de marzo de 2016.

Política Nacional Para el Adulto Mayor, Gobierno de Chile, Comité para el Adulto Mayor.

Núm. de Registro: 2004264 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Suprema Corte de Justicia de la Nación Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI.1o.C.T.1 C (10a.) 1681.

<http://www.esperanzaparalafamilia.com/Rev/Articulos/PDFs/PDF0234.pdf>, consultado el 14 de marzo de 2016.

Otras

Juan Pablo II, Encíclica *Centesimus annus*, 39: AAS (1991).

La mediación intraprocesal familiar como instrumento de garantía del artículo 17 constitucional

Kessia Damaris Alue Ramírez¹

Resumen: En 2008 se reformó el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableciendo la obligatoriedad de instaurar mecanismos alternativos de solución de controversias; no obstante, en el estado de Morelos, en materia de justicia de familia no se ha dado cumplimiento a dicha reforma, pues a la fecha no existe una regulación de dichos medios, ni en proceso familiar, ni en ninguna otra ley o norma. En ese sentido, toda vez que la mediación forma parte de los mecanismos alternativos de solución de controversias, y debido a la carga no sólo jurídica, sino también emocional que impera en ellos, esta parece ser una alternativa idónea para dirimir conflictos en materia familiar. La implementación de la mediación intraprocesal familiar, es decir, la apertura del proceso familiar para informar y canalizar a los litigantes a una mediación, aún cuando se encuentren en un proceso judicial, representa una oportunidad para empezar a transformar la cultura del conflicto hacia la cultura de la paz, a la vez que se cumple con lo determinado en el artículo 17 constitucional en materia de justicia alternativa.

Palabras clave: mecanismos alternativos de solución de controversias, mediación, mediación intraprocesal familiar, cultura de la paz.

Abstract: In 2008, Article 17 of the Political Constitution of Mexico was reformed, making it compulsory to establish alternative mechanisms for dispute settlement. However, the field of family justice in the state of Morelos has not proved the fulfillment of such reform, because to date there is no regulation of such media nor of the stated familiar process, or of any other law or standard. In that regard, since mediation is part of the alternative mechanisms for dispute resolution, and due to the burden that is not only legal, but also emotional prevailing in them, this seems to be a suitable alternative to settle disputes in family law. The implementation of intra-procedural family mediation, i.e., opening the familiar process to inform and channel litigants to a mediation even when they are in a legal proceeding, represents an opportunity to begin to transform the culture of conflict towards a culture of peace while it is constituted compliance with Article 17 in alternative

¹ Candidata a Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, y becaria de CONACYT (PNPC 002478). Correo electrónico: kessia.alue@outlook.com

justice.

Key words: *alternative mechanisms for dispute settlement, mediation, intra-procedural family mediation, culture of peace.*

I. Mecanismos alternativos de solución de controversias

El 18 de julio de 2008 se modificó el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el que se estableció que “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”², por lo que se reconoció a favor de todas las personas, el derecho para solucionar sus conflictos a través de los citados mecanismos alternativos de solución de controversias.

Debido a ello, en México, la mayoría de las entidades federativas se han dado a la tarea de desarrollar mecanismos alternativos para la solución de controversias en las diferentes áreas o materias del Derecho, pues a pesar de que la reforma al artículo 17 constitucional menciona en específico lo concerniente a la materia penal³, se hace de manera enunciativa mas no limitativa ya que primeramente específica, dichos mecanismos de forma general, sin distinguir entre una materia u otra. Por lo que en todas las áreas del Derecho deberán implementarse los mismos. En ese sentido, los poderes judiciales de los estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco y Tamaulipas, entre otros, han creado diversos Centros de Mediación.⁴

Para entender la importancia y proyección de la reforma constitucional mencionada, es necesario establecer que los mecanismos alternativos de solución de controversias se definen como aquellos procedimientos que aporten sus soluciones al conflicto, evitando que las partes pasen por los estrados judiciales⁵, pudiendo ser desarrollados por órganos no vinculados al poder estatal o por las mismas instancias estatales, a través de un conjunto de prácticas y técnicas dirigidas a posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales en beneficio de todas las partes implicadas, reducir el costo y la dilación con relación al proceso judicial, prevenir los conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales, coadyuvando en la búsqueda de tutela judicial efectiva⁶, e incluso, pudieran acercarse **más a la equidad y la justicia que la vía judicial, pues la justicia es más equitativa cuando las partes resuelven sus diferencias con base en un procedimiento no adversarial**⁷, teniendo como características esenciales, su carácter voluntario, su esencia contractual y su origen en la autonomía de la voluntad de las partes⁸.

² Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo cuarto.

³ “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.” Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo cuarto.

⁴ Cuadra Ramírez, José Guillermo, *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de la administración de justicia*, consultado en https://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/134/becarios_134.pdf el 27 de mayo de 2016, pág. 4.

⁵ *Ídem*.

⁶ Cornelio Landero, Eglá, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega, Toledo, España, 2014, número 17, pág. 87*, consultada en <http://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf> el 27 de mayo de 2016.

⁷ Gorjón Gómez, Francisco J. y José G. Steele Garza, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, primera edición, Editorial Oxford, México, 2012, pág. 3.

⁸ Rodríguez Márquez, José A., *Los métodos alternativos de resolución de controversias*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/247/pr/pr9.pdf>, el 03 de diciembre de 2015,

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, según la resolución del conflicto se origine por las mismas partes, o el problema sea resuelto por un tercero, serán autocompositivos como la negociación, la conciliación y la mediación, o bien, heterocompositivos, como el arbitraje, teniendo algunos, un carácter vinculante, obligatorio para las partes, y otros careciendo de esta característica⁹.

II. Mediación

En el universo jurídico, al existir diversos mecanismos alternativos de solución de controversias, que tienen como propósito el evitar un proceso judicial, se debería practicar, entre otros la mediación, y la mediación familiar como una subcategoría de la misma¹⁰.

La mediación, es el procedimiento en el cual dos partes en conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquellas para que puedan delimitar el conflicto y encontrar la solución, sin embargo, dicho tercero no realiza propuestas de arreglo¹¹; en la mediación, se establecen nexos afectivos entre las partes permitiendo a través del diálogo alcanzar sus pretensiones equitativas donde ambas ganen al dar a cada uno lo suyo, siendo tarea del mediador, facilitar el diálogo, brindando las condiciones para el acuerdo y la **suscripción de un convenio** en un contexto flexible en el que las necesidades de las partes sean respetadas y el conflicto llegue a resolverse¹².

La mediación familiar, señala María de Montserrat Pérez Contreras¹³, es una medida de apoyo a la familia, un método de solución de conflictos que trata de evitar, en la medida de lo posible y sin que se dejen de garantizar los derechos de los miembros de la familia, la disputa judicial en los juzgados respectivos, así como el deterioro o agravamiento de los conflictos familiares, proveyendo a sus integrantes de elementos y herramientas para la pacífica resolución de los mismos, e impidiendo, en la medida de lo posible, la desintegración de la familia, o cuando menos una desintegración mayor y violenta.

En el ámbito internacional, en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas, en la ciudad de San Francisco, California en 1945, se estableció la independencia de las naciones para vivir en un ambiente de concordia, en el que reine la paz y la justicia, debiendo desecharse el uso de la fuerza como método para la solución de controversias, y por el contrario, se estableció que se debe buscar que estas sean resueltas siempre por la vía del arreglo pacífico¹⁴.

De ese modo, en el artículo 1º, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas se estableció como fin primordial de la Organización el de resolver por vía pacífica, y según los principios de justicia establecidos en el derecho internacio-

pág. 321.

⁹ Ídem.

¹⁰ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Mediación familiar en el Distrito Federal. Un acercamiento al procedimiento y a su regulación*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt31.htm> el 21 de mayo de 2016.

¹¹ Vado Grajales, Luis Octavio, *Medios alternativos de resolución de conflictos*, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf> el 25 de mayo de 2016, pág. 381.

¹² Guerrero Espinoza, Nicéforo, "La mediación, la emoción y el derecho" en *Justicia alternativa. Estudios de arbitraje y mediación*, primera edición, Editorial Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2015, pp. 343 y 349.

¹³ Pérez Contreras, María de Montserrat, *op. cit.*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt31.htm> el 21 de mayo de 2016.

¹⁴ Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Mercantil Internacional*, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2011, pág. 459.

nal, las controversias internacionales que pudieran derivar en un estado de confrontación, prohibiendo además, a través del artículo 2º, exigir el cumplimiento de demandas haciendo uso de la fuerza, debiendo, en todo caso, recurrir a medios pacíficos¹⁵.

En materia familiar, el Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en su artículo 7 conmina a los Estados firmantes a establecer mecanismos para llegar a acuerdos en esta materia. En el mismo sentido, en el año 2012 se emite la Guía de Buenas Prácticas, en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores-mediación, lo que refleja la creciente importancia de la mediación para alcanzar soluciones amigables en el marco del Derecho de Familia Internacional, pues la mayoría de los Convenios de La Haya modernos en materia de Familia alientan expresamente la mediación y procedimientos análogos a fin de encontrar soluciones adecuadas a las controversias familiares subyacentes¹⁶.

El Convenio de la Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, en su artículo 31 también establece la obligación de los Estados para “facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio”¹⁷.

Otro ejemplo que ofrece el derecho internacional respecto a la solución de controversias por la vía pacífica, a efecto de evitar ventilar los asuntos de familia en los tribunales lo es el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, el cual en su artículo 7º¹⁸ establece que las autoridades centrales prestarán asistencia a las solicitudes presentadas debiendo promover la “solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos”. De la misma forma, en el artículo 34¹⁹ relativo a las medidas de ejecución, señala que los Estados contratantes deberán incluir en las medidas para ejecutar las decisiones en aplicación del Convenio, entre otras, “el uso de la mediación, conciliación y otros medios alternativos de resolución de conflictos a fin de conseguir el cumplimiento voluntario”.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Mediación, pág. 14, consultada en <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd05s.pdf> el 30 de mayo de 2016.

¹⁷ Artículo 31 del Convenio de la Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños consultado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70> el 30 de mayo de 2016.

¹⁸ Artículo 7 del Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia consultado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131> el 30 de mayo de 2016.

¹⁹ Artículo 34 del Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia consultado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131> el 30 de mayo de 2016.

En el sistema interamericano, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, establece la obligación de los países contratantes para resolver las controversias a través de medios pacíficos, así como también deberán abstenerse de la amenaza, uso de la fuerza o cualquier otro medio de coacción, sentando las bases para los buenos oficios, la mediación y la conciliación.²⁰

En materia de derecho comparado, baste un ejemplo respecto de lo establecido en líneas que anteceden, el cual puede observarse en la legislación española, en términos de lo establecido en los artículos 770, 5ª y 7ª y 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los que se aprecia que los conflictos familiares deben gestionarse judicialmente por la vía del mutuo acuerdo, pues a través de esta se da una respuesta de mayor calidad al conflicto familiar que por la vía del proceso contencioso²¹.

Como se ha visto, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, la directriz de la solución de controversias se ha encaminado hacia aquellos medios que logren brindar una salida de forma pacífica, imperando, sobre todo en materia familiar, la mediación, en virtud de que en materia de familia se ven involucrados vínculos afectivos, jurídicos, y funcionales, entre otros, por lo que las controversias de familia afectan a los individuos que integran esta en su esfera afectiva, emocional, psicológica, física, intelectual y patrimonial, en consecuencia, quienes deberán arribar a la solución del conflicto lo deben ser las partes, pues sólo de esta forma dichos individuos encontrarían la justicia en la esfera que se sientan agraviados, y al haberse hecho responsables de la solución, respetarán y cumplirán, en la mayoría de los casos, de manera voluntaria los convenios que hubieran pactado.

II. Ausencia de mediación en el proceso familiar en el estado de Morelos

Las controversias que se suscitan en las familias del estado de Morelos, según lo establecido en el artículo 1º del Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos²², serán ventiladas en los términos en los que establece dicho código, así como de acuerdo con “las Leyes, los Tratados y Convenciones Internacionales en vigor”.

El proceso familiar establecido en el Código Procesal Familiar que rige en el estado de Morelos comienza con la exposición de las pretensiones al órgano jurisdiccional a través de la presentación de la demanda, la cual se debe realizar por escrito con los requisitos que establece el artículo 265²³ del Código Procesal

²⁰ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, consultado en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html> el 27 de mayo de 2016.

²¹ Utrera Gutiérrez, José Luis, “Cuestiones Procesales” Revista de Derecho de Familia, 1er trimestre 2014, número 62, Lex Nova Thomson Reuters, ISSN 1139-5168, pág. 276.

²² Artículo 1 del Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

²³ ARTÍCULO 265.- REQUISITOS DE LA DEMANDA. Toda contienda judicial, salvo los casos en que la Ley disponga otra cosa, principiará por demanda que deberá formularse por escrito legible en la que se expresarán:

I. El Tribunal ante el que se promueve;

II. La clase de juicio que se inició;

III. El nombre del actor o del apoderado o representante legal y carácter con que se promueve, el domicilio que señale para oír notificaciones y el nombre de las personas que autorice para oírlas;

IV. El nombre del demandado y su domicilio; o la expresión de que es persona incierta o desconocida, o bien, que se ignora el domicilio;

Familiar para el Estado de Morelos, debiendo además anexar los documentos que acrediten la legitimación de la persona o personas que promueven, verbigracia, para el caso de que se promuevan alimentos por la madre en representación de sus menores hijos, aquella deberá adjuntar las actas de nacimiento de los hijos, el acta de nacimiento del padre, así como su propia acta de nacimiento, ello para acreditar que los menores son hijos de ambos, y que dicha demandante tiene la representación sobre ellos, así como para acreditar que los referidos menores efectivamente son acreedores alimentarios del padre demandado; siendo requisito indispensable, además, adjuntar los documentos en los cuales se funde la acción, o establecer el lugar en que se encuentran para el efecto de que sean requeridos por el juez de la causa para el caso de que la parte accionante se encuentre en imposibilidad de presentarlos; así como también es deber del accionante exhibir los documentos probatorios y copias simples tanto de la demanda como de sus anexos para que los mismos sean entregados a la contraparte al momento del emplazamiento, y esta pueda tener pleno conocimiento de aquello que se le demanda²⁴.

Una vez presentado dicho escrito de demanda, el juez familiar procederá a examinar su procedencia o improcedencia, debiendo admitirla en el primer caso o desecharla en el segundo, o bien, existe una tercera hipótesis en la cual el juzgador puede prevenir el escrito de demanda si notara alguna oscuridad o irregularidad subsanable en la misma, otorgando al demandante un plazo perentorio para desahogar dicha prevención, al término del cual una vez más se procederá a examinar la procedencia de la demanda y, en su caso, se admitirá la misma ordenando emplazar al demandado y concediéndole a este un plazo de diez días contados a partir de la fecha de emplazamiento, para producir su contestación.²⁵

El escrito de contestación de demanda deberá realizarse por el demandado refiriéndose a todos y cada uno de los hechos narrados por la parte demandante, así como a todas y cada una de las pretensiones y las pruebas que hayan sido ofrecidas o anunciadas, pudiendo negar o afirmar los hechos, oponer defensas y excepciones y anunciar a su vez, las pruebas que corroboren su dicho²⁶. Asimismo, la parte demandada tiene la oportunidad de reconvenir a la actora mediante el mismo escrito de contestación; por lo que en el caso de que se produjera dicha contrademanda, se deberá notificar a la actora, haciéndole de su conocimiento dicha reconvenición con las copias de la misma, otorgándole un plazo de seis días para que a su vez realice la contestación a la reconvenición interpuesta en su contra.²⁷

Posteriormente, y en los siguientes diez días, según lo establece el citado código en su artículo 295, el juez ordenará citar a las partes para la llamada audiencia de conciliación y depuración, la cual se lleva a cabo en la siguiente forma:

ARTÍCULO 295.- AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN O DE DEPURACIÓN. Si asistieren las partes a la audiencia de conciliación o depuración, el Juez examina-

V. Los hechos en que el actor funde su petición numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa; y que quede establecido cuál es el título o causa de la pretensión que se ejercite, pudiendo ofrecerse las pruebas con las que se acrediten los hechos.

VI. Sus pretensiones, procurando citar los fundamentos de derecho y los preceptos legales, doctrinas o principios jurídicos aplicables;

VII. El valor de lo demandado, si fuere el caso;

VIII. El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios, con la enumeración precisa y concreta de las peticiones que se someten al fallo del tribunal; y,

IX. La fecha del escrito y la firma del actor.

²⁴ Artículo 266 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

²⁵ Artículos 271, 272 y 274 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

²⁶ Artículo 275 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

²⁷ Artículo 280 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

rá las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que previamente hubiere preparado al estudiar el expediente y propondrá a las partes alternativas de solución al litigio; de igual manera las propias partes pueden hacer propuestas de arreglo.

Si los interesados llegan a un convenio, el Juez lo aprobará de plano si procede legalmente y su homologación en sentencia tendrá fuerza de cosa juzgada.

Si una o ambas partes no concurren sin causa justificada, el Tribunal se limitará a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio y dictará la resolución que corresponda.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el Juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará, en su caso, la regularidad de la demanda y de la contestación, la conexidad, la litispendencia y la cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento, y en la misma audiencia dictará resolución. Sin embargo, si alguna de las partes considera que le causa agravio, podrá hacerlo valer al interponer la apelación en contra de la sentencia definitiva.

Es decir, el artículo citado establece dos hipótesis, la primera se da cuando las partes concurren a la audiencia, y para este caso, en primer lugar, se procederá al examen de la legitimación de las partes, por lo que cuando el juez resuelva que ambas partes tienen legitimación en el juicio este los conminará a llegar a una conciliación, proponiendo, el mismo juez, alternativas de solución al litigio, las que las partes pueden aceptar o no; aceptándolas se procederá a la realización del convenio, el que además debe ser aprobado por el juez y se homologará en sentencia teniendo fuerza de cosa juzgada. Asimismo, el artículo referido establece que las partes también podrán hacer propuestas de arreglo por sí mismas, siguiendo el mismo procedimiento que la conciliación propuesta por el juez, o sea, si las partes llegan a un arreglo, se realiza el convenio y se aprueba por el juez homologándolo en sentencia y con fuerza de cosa juzgada.

Como puede observarse, el código procesal familiar vigente en el estado de Morelos regula dos alternativas de solución de controversias: la conciliación, pues en esta un tercero (juez) realiza propuestas de solución, y la negociación o transacción, toda vez que son las mismas partes quienes formulan dichas propuestas y, según se aprecia del contenido del artículo 295, no existe un tercero o terceros que intervengan en la misma, pues sólo se expresa que son las partes quienes podrán plantear alguna propuesta de solución, siendo inexistente la mediación en el proceso familiar del estado de Morelos, en virtud de que el código adjetivo no hace ninguna referencia a ella, ni de forma expresa, ni de forma implícita, como si lo realiza con la conciliación y la negociación.

Para el caso de no existir acuerdo o arreglo alguno entre las partes, el código establece que el juez procederá a examinar la regularidad de la demanda y de la contestación, la conexidad, la litispendencia y la cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento, y en la misma audiencia dictará resolución, así como también, se abrirá el juicio a prueba, como lo señala el numeral 314²⁸ del mismo código adjetivo para que en el plazo de cinco días las partes ofrezcan las pruebas que a su parte corresponda.

²⁸ ARTÍCULO 314.- APERTURA DEL PLAZO PARA OFRECER PRUEBAS. Si los litigantes no llegaren a un convenio en la audiencia de conciliación y depuración, o no asistieren a ésta, el Juez mandará recibir el pleito a prueba. El periodo para ratificar las pruebas ofrecidas en la demanda y en la contestación, así como para ofrecer otras pruebas es de cinco días, que empezarán a contarse a partir de que surta efectos la notificación personal del auto que ordena abrir el juicio a prueba...

La segunda hipótesis tiene lugar cuando las partes no asisten a la audiencia de conciliación y depuración, por lo que en este caso, el juez depurará el procedimiento, fijará la litis, examinará la regularidad de la demanda y de la contestación, la conexidad, la litispendencia y la cosa juzgada, y en la misma audiencia dictará resolución, debiendo igualmente, abrir el procedimiento a prueba para que en el plazo de cinco días las partes ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes, pudiendo reiterar aquellas ofrecidas en el escrito de demanda u ofrecer diversas pruebas.

Las partes deberán ofrecer las pruebas con los requisitos especiales que señala el código procesal familiar para cada prueba, o bien, de acuerdo con los requisitos generales para el caso de que no exista apartado especial de la prueba ofrecida, debiendo también relacionarlas con cada uno de los puntos controvertidos, sin embargo, y en el supuesto de que las partes no relacionaran dichas pruebas con la controversia, el juez podrá subsanar la deficiencia de dicho requisito siempre que observe que la prueba ofrecida efectivamente tiene relación con la litis, pero en caso contrario deberá desechar de plano la prueba de que se trate.²⁹

Al día siguiente en que termine el plazo para el ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admitan sobre cada hecho, así como aquellas que deban ser desechadas.³⁰

En esa misma resolución, el juez ordenará la recepción y desahogo de las pruebas en forma predominantemente oral, con citación de las partes, para lo cual señalará día y hora dentro de los veinte días siguientes, para que tenga lugar la audiencia, teniendo en consideración el tiempo de su preparación.³¹

Antes de la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, los medios de convicción deberán prepararse con toda oportunidad, para que en ella puedan recibirse, quedando, usualmente, dicha preparación a cargo de la parte que ofreció la prueba.³²

En la audiencia prevista, se desahogaran todas aquellas pruebas que estuvieran preparadas, dejándose a salvo el derecho de que se designe nuevo día y hora para recibir las pendientes, y para el efecto se señalará la fecha para su continuación, cuantas veces sea necesario, la que tendrá verificativo dentro de los diez días siguientes.

De esta audiencia, el secretario, bajo la vigilancia del Juez, levantará acta desde que inicie hasta que concluya la diligencia, haciendo constar el día, lugar y hora, la autoridad judicial ante quien se celebra, los nombres de las partes y abogados, peritos, testigos, intérpretes, si los hubiera, la protesta legal, el nombre de las partes que no concurrieron, las declaraciones de las partes, un extracto de las conclusiones de los peritos, las declaraciones de los testigos, el resultado de la inspección judicial si la hubo y los documentos ofrecidos como pruebas si no constaren ya en el auto de admisión, así como las decisiones judiciales sobre incidentes, recursos, recusaciones y, en su caso, los puntos resolutivos del fallo.³³

Una vez concluido el desahogo de las pruebas, en la misma audiencia, se brindará oportunidad a las partes para que expresen sus alegatos con brevedad y concisión, haciendo uso de la voz por un periodo máximo de quince minutos.³⁴ Concluidos los alegatos, el juez citará a las partes para oír sentencia definitiva.

²⁹ Artículo 315 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

³⁰ Artículo 318 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

³¹ Artículo 319 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

³² Artículo 316 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

³³ Artículo 324 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

³⁴ Artículo 407 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo legal de quince días, tal y como lo establece la fracción III del artículo 123 del código procesal familiar para el estado de Morelos. Cuando se planteen conflictos de Derecho en los que la ley sea omisa, el juez deberá resolver a favor del que procure evitarse perjuicios y en contra del que trate de obtener lucro. En caso de paridad entre esas pretensiones, el juez estimará la buena fe, la lealtad y probidad en el proceso demostradas por las partes, a las que procurará la mayor igualdad.³⁵

El juez deberá resolver sobre todas las pretensiones de las partes y que hubieran formado parte de la controversia, ello no obstante del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, pues incluso el artículo 14 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en los juicios del orden civil deberá estarse a “la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”³⁶. En la sentencia definitiva, tampoco podrá concederse a una parte lo que no haya pedido, salvo disposición legal expresa.

En los puntos resolutivos de la sentencia se determinarán con precisión los efectos y alcance de la resolución. Si hubiere partes excluyentes o adhesivas, terceristas llamados a juicio o litisconsorcio, la sentencia determinará los efectos para cada uno de ellos.³⁷ En las sentencias declarativas o constitutivas se fijará la fecha a la que se retrotrae el fallo, en caso de que deba tener ese efecto.

Las medidas preventivas, cautelares o provisionales, que se hayan decretado al inicio o durante el transcurso del procedimiento, quedarán sujetas a lo que se resuelva en la sentencia definitiva, debiendo esta expresarlo así en sus puntos resolutivos.

Observándose que, es en esta primera instancia en donde el código procesal familiar para el estado de Morelos hace patente el derecho fundamental de las personas al debido proceso o a las formalidades del debido proceso³⁸, es decir, la notificación del inicio del procedimiento, la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, la oportunidad de alegar y, una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

No obstante, como se ha precisado, dicho código regula de manera deficiente los mecanismos alternativos de solución de controversias establecidos en el artículo 17 constitucional, pues a pesar de que establece de forma somera la conciliación y la negociación o transacción, no prevé de manera eficiente los referidos mecanismos alternativos de solución de controversias, y mucho menos establece la forma en que deberán ponerse en práctica los mismos, toda vez que únicamente señala que en la audiencia de conciliación el juez propondrá a las partes alguna solución al conflicto, o que en su caso, los propios litigantes propondrán una salida alterna a la controversia, pero ello sin que se establezcan reglas expresas, determinadas y concretas para llevar a cabo dichos mecanismos alternativos, siendo importante que se establezcan las mismas, e incluso que se establezcan diversos mecanismos alternativos, como en su caso lo es la mediación intraprocesal respecto de la cual no se hace mención alguna en ninguna etapa del proceso familiar llevado a cabo en la entidad morelense.

³⁵ Artículos 408 y 410 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

³⁶ Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁷ Artículo 412 del Código Procesal Familiar para el Estado de Morelos.

³⁸ Época: Décima Época, Registro: 2005716, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. /J. 11/2014 (10a.), página: 396.

III. Implementación de la mediación intraprocesal familiar en el Estado de Morelos

La mediación, como se había comentado en líneas que anteceden, es el procedimiento en el cual dos partes en conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, para encontrar la solución a este³⁹, y se presenta como un método alternativo de resolución de conflictos, es decir, como un método antagónico del clásico sistema judicial⁴⁰.

La mediación familiar podría considerarse, además, como un método o fórmula autocompositivo, que se utiliza como un instrumento de gestión y/o resolución de problemas que nacen de los conflictos familiares⁴¹, y en el cual intervienen las partes, quienes se responsabilizan de la solución del conflicto y un tercer imparcial que facilita la comunicación entre las partes.

La idoneidad de la mediación familiar encuentra sustento en que, como se ha referido, los conflictos familiares afectan a los individuos en su esfera emocional, psicológica, afectiva, material, jurídica, entre otras, y tomando en cuenta que gran parte de los conflictos no son jurídicos, sino emocionales, el proceso judicial, en ocasiones no resuelve de fondo el conflicto existente, pues a través de este se obtienen decisiones respecto de las cuales una de las partes recibe siempre como una imposición injusta, en virtud de que las decisiones judiciales siempre se observan desde la óptica de un ganador y un perdedor, por tanto, una decisión judicial muchas veces no sirve para pacificar sino que, por el contrario, al buscar en él un referente de autoridad, de imposición coactiva de un tercero externo, la repercusión en la vida familiar es inmensa⁴².

La mediación intraprocesal o intrajudicial familiar debe realizarse a petición del juez cuando este informe a las partes respecto de este derecho a la mediación y las remita a una sesión informativa de mediación, ello para el efecto de que, si así lo consideran pertinente, se sometan a dicho método de resolución de conflictos⁴³, debiendo suspender el procedimiento hasta en tanto se lleven a cabo dichas sesiones. En caso de no obtener acuerdos totales o no obtener acuerdo alguno, el proceso se reanuda y se espera la sentencia del juez para aquellos puntos respecto de los cuales las partes se vieron imposibilitadas para ponerse de acuerdo⁴⁴, o bien, en relación con la totalidad de la controversia si no existió ningún acuerdo.

Para el Consejo General del Poder Judicial de Madrid, España⁴⁵, la mediación intrajudicial no es tanto una alternativa al proceso sino una nueva forma de actuación de los tribunales con el objetivo de ofrecer a las partes una respuesta de mayor calidad, devolviéndoles la posibilidad de autogestionar su conflicto con la ayuda de un profesional formado para ese fin.

³⁹ Vado Grajales, Luis Octavio, *op. cit.*, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf> el 25 de mayo de 2016, pág. 381.

⁴⁰ Pastor Seller, Enrique y Iglesias Ortuño, Emilia, "La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar" en *Entramado*, vol. 7, núm. 1, enero-junio, 2011, ISSN 1900-3803, pág. 78 consultada en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265420116005> el 06 de junio de 2016.

⁴¹ Cobas Cobiella, María Elena, "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, ISSN 2070-81-57, pág. 40 consultada en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539932003> el 03 de junio de 2016.

⁴² Pastor Seller, Enrique e Iglesias Ortuño, Emilia, *op. cit.*, pág. 79.

⁴³ *Ibidem*, pág. 78.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Consejo General del Poder Judicial, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, pág. 41, consultado en <file:///C:/Users/Kessia/Downloads/20101009%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial.pdf> el 13 de junio de 2016.

Como se ha visto, anterior a la reforma del artículo 17 constitucional del año 2008, en México pocos eran los tribunales o juzgados que practicaban los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y mucho menos aún, los que habían implementado la mediación, siendo, en consecuencia, una obligación novedosa para el sistema jurídico mexicano, por tanto, y debido al desconocimiento, tanto de la población como de los operadores jurídicos, respecto a estos mecanismo, y en específico, en relación con la mediación, se considera oportuno que en un principio se implemente la mediación intraprocesal o intrajudicial, pues si ante alguna controversia familiar la población acude de manera inmediata a la autoridad judicial, deberá ser esta quien informe a las partes respecto del derecho que tienen para acudir ante un centro de mediación o ante un mediador para resolver su conflicto asumiendo su propia responsabilidad en dicha solución.

Para ello, deberá capacitarse a los operadores jurídicos, comenzando con el propio juez, pues deberá ser este quien informe a las partes sobre el derecho que tienen a hacer uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y en específico de la mediación, resultando indispensable que sea el rector del procedimiento quien conozca la ventajas de la mediación y sea capaz de transmitirlos a las partes, pues poco abonaría al proceso de mediación que el juez informador se encuentre aún convencido de la solución del conflicto a través de la vía judicial, toda vez que dicha vía se traduce, en la mayoría de las ocasiones en confrontación, competencia, combate, contienda, desacuerdo, discrepancia y enemistad entre las partes, características contrarias a la finalidad de la mediación.

Resulta importante también la capacitación a todos los operadores jurídicos que colaboran en los juzgados familiares, en especial del secretario de acuerdos, toda vez que en nuestro sistema escrito, el primer contacto que se tiene con la autoridad judicial, casi siempre lo es a través del secretario de acuerdos o los oficiales judiciales, y posteriormente, con el juez, por lo que todos ellos deberán verse involucrados en la promoción de los mecanismos alternativos de solución de controversias y de la mediación familiar. Además, para el caso de que las partes aceptaran el proceso de mediación, será dicho secretario junto con los oficiales judiciales quienes realizarán los trámites correspondientes para canalizar a los litigantes con el centro de mediación o los mediadores que deberán llevar a cabo dicho proceso.

En el proceso familiar que se sigue en los juzgados del estado de Morelos, por mandato de ley siempre debe intervenir el Ministerio Público, en virtud de que, al ser la materia familiar de orden público, el estado necesita cerciorarse de que se cumpla cabalmente con los derechos de los integrantes de las familias y más aún con el interés superior del menor, por lo que el agente del Ministerio Público que le corresponda conocer de las controversias familiares, siempre deberá intervenir para otorgar su aprobación o realizar manifestaciones en favor de aquellas personas desfavorecidas que protege la ley, por tanto, dichos agentes del Ministerio Público, también deberán ser capacitados en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, y en específico, en el proceso de mediación.

En lo que respecta a los abogados de las partes, lo más conveniente sería que estos también recibieran capacitación en justicia alternativa, pues si bien es cierto, en la actualidad, en el sistema jurídico mexicano se observa a los abogados únicamente como parte indispensable en un proceso judicial, para el correcto desarrollo de un proceso de mediación es necesario que los abogados de las partes se involucren verificando los derechos de sus patrocinados, así como instando y concientizando al mismo cliente en las ventajas de la solución pacífica, pues de otra forma, se entorpecería el proceso de mediación; y en general, deberá empezar

a cambiar la cultura de los morelenses para pasar de una cultura de conflicto a una cultura de responsabilidad y pacifismo, en donde sean las partes quienes se involucren de forma directa en la solución de los conflictos y asuman la responsabilidad que les toca en dichos conflictos.

Por cuanto hace a la creación de un Centro de Mediación, no es imprescindible que este pertenezca o se encuentre adscrito al poder judicial del estado de Morelos, sino que para el efecto de que con él se abarque a la mayor población posible, y de que resulte completamente imparcial respecto de los procesos y controversias, podría constituirse incluso por el poder ejecutivo, y a través de un convenio de coordinación o algún otro medio idóneo, se brinde al poder judicial la oportunidad de utilizar los servicios que ahí se otorguen con la finalidad de solucionar los conflictos de familia que llegan a los juzgados mediante un mecanismo alternativo. De esta forma, también se otorga a la población un instrumento a su alcance, para que sin que sea necesario acudir al juzgado familiar, puedan solucionarse conflictos de familia en dicho centro. Lo importante de dicha institución será contar las instalaciones propicias para desarrollar el proceso de mediación, y más aún, contar con profesionales en dicha materia, los cuales, por la naturaleza del mecanismo alternativo de que se trata, y por la naturaleza de los conflictos familiares, pueden ser profesionales diversos a los abogados, como psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos, entre otros, e incluso los propios abogados, pero siempre teniendo en cuenta que será forzoso que sean especialistas en mediación, con acreditación y experiencia correspondiente, para el efecto de garantizar la calidad del proceso de mediación.

Se sugiere la creación de dicho Centro de Mediación por el poder ejecutivo, pues como se dijo, de esa forma se garantiza la imparcialidad e independencia respecto de las controversias judiciales, así como también se responde a la gratuidad que deberán tener los servicios brindados por dicho Centro como deben ser los servicios que otorgan todas las instituciones públicas, y también se avala la especialización de los profesionales que otorguen servicios en el proceso de mediación.

No obstante, y para la sesión informativa que brinde el Centro de Mediación, posterior a aquella que realice el juez del procedimiento, se sugiere que se habilite un espacio en el propio juzgado a fin de que el mediador informante se traslade al juzgado evitando la movilización de las partes al Centro, además de que es una oportunidad para mostrar a las partes la importancia que tiene para el poder judicial facilitar el servicio de mediación, y el compromiso del juzgado con la solución a los conflictos por la vía pacífica.

Al momento en que las partes hayan aceptado comenzar con el proceso de mediación, se trasladarán en las sesiones, horarios y con los especialistas que se necesiten cuando así lo considere el Centro de Mediación, debiendo suspender el procedimiento judicial hasta que se culmine con dicho proceso, se llegue a un acuerdo o se decida dar por terminado el mismo sin acuerdo alguno. Sin embargo, y aunque el proceso de mediación deberá llevarse de manera imparcial e independiente del proceso judicial, es necesario que se mantenga la comunicación con el juzgado a efecto de informar las fechas de las sesiones, el tiempo del proceso de mediación y, en su caso, los acuerdos obtenidos, o bien, el cese del proceso, con el fin de que el juez tenga conocimiento de lo que a continuación deberá acontecer en la vía contenciosa, ya sea aprobar el convenio y homologándolo en sentencia, o bien, continuar con el procedimiento en la etapa en que se interrumpió.

Se sugiere que la primera información que reciban los litigantes por parte del juez respecto al derecho que tienen de acceder a un proceso de mediación, así como las ventajas que este representa se realice en una audiencia previa a la contestación de demanda, debiendo comunicar, por tanto, de dicha audiencia, a la parte demandada al momento del emplazamiento, y a la parte demandante, a través del auto de admisión de demanda, ello con el objetivo de que se evite desde un primer momento la confrontación de las partes a través de los escritos de demanda y contestación, así como la movilización del juzgado en trámites que ya no serán necesarios para el caso de que se obtenga un acuerdo a través de la mediación. Asimismo, resulta trascendental que se realice una vez admitida la demanda, pues de esta forma, el juzgador habrá tenido oportunidad de revisar y estudiar las pretensiones del demandante, y calificar si las mismas pueden llegar a solucionarse a través de la mediación, o si por lo contrario, al resultar de estricto interés público, deberá continuarse el proceso judicial. Todo ello sin que se obstaculice de ninguna forma la voluntad de las partes para que, en un momento posterior, puedan hacer uso de los servicios del Centro de Mediación, estando en la posibilidad de suspender el procedimiento judicial en cualquiera de sus etapas para intentar una vía alterna de solución.

De acuerdo con lo anterior, la importancia de la mediación intraprocesal o intrajudicial radica, en un principio, en dar cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 constitucional, toda vez que como se ha puesto de manifiesto, en la actualidad no existe ley o norma alguna en materia de familia a través de la cual se pueda hacer efectivo el derecho que estableció la reforma del año 2008 en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, pues si bien es cierto, el proceso indica una audiencia de conciliación, en la *praxis*, los litigantes, en la mayoría de las ocasiones, no acuden a dicha audiencia, acostumbrados como están a culminar el proceso en su primer instancia, e incluso interponiendo la apelación y hasta el juicio de amparo; observándose también que si las partes llegaran a asistir a dicha audiencia, ni el juez ni el secretario de acuerdos proponen alguna solución al conflicto, sino que en todo caso, son las propias partes y los abogados de estas, quienes en la medida que sean capaces (toda vez que no son especialistas) intentan negociar sus pretensiones.

Por otro lado, y debido al desconocimiento del derecho que se tiene al acceso a mecanismos alternativos de solución de controversias, así como al funcionamiento de los mismos en virtud de la actual cultura del conflicto, la mediación intraprocesal o intrajudicial representa una oportunidad para empezar la transformación hacia la cultura de la paz, pues sólo a través de la mediación intraprocesal, las partes involucradas en un proceso podrán darse cuenta que existen mecanismos de resolución de controversias, diversos a la vía judicial, y encaminados a encontrar una salida más justa y equitativa, ello toda vez que será obligatorio para los jueces de familia informar a los litigantes sobre el proceso de mediación en todos los casos que sean presentados ante ellos, salvo aquellos que, como ya se dijo, debido al interés público que predomina en el derecho familiar, deban ser ventilados estrictamente a través del proceso judicial.

REFERENCIAS

Bibliográficas

Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Mercantil Internacional*, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2011.

Guerrero Espinoza, Nicéforo, “La mediación, la emoción y el derecho” en *Justicia alternativa. Estudios de arbitraje y mediación*, primera edición, Editorial Porrúa-Universidad panamericana, México, 2015.

Hemerográficas

Utrera Gutiérrez, José Luis, “Cuestiones Procesales” *Revista de Derecho de Familia*, 1er trimestre 2014, número 62, Lex Nova Thomson Reuters, ISSN 1139-5168.

Normativas

Código Procesal Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Electrónicas

Cobas Cobiella, María Elena, “Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, ISSN 2070-81-57, consultada en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539932003>.

Consejo General del Poder Judicial, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, pág. 41, consultado en <file:///C:/Users/Kessia/Downloads/20101009%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial.pdf>.

Convenio de la Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños consultado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>.

Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia consultado en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131>.

Cornelio Landero, Eglá, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega, Toledo, España, 2014, número 17*, consultada en <http://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf>.

Cuadra Ramírez, José Guillermo, *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de la administración de justicia*, consultado en https://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/134/becarios_134.pdf.

Gorjón Gómez, Francisco J. y José G. Steele Garza, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, primera edición, Editorial Oxford, México, 2012.

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Mediación, pág. 14, consultada en <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduc-t2011pd05s.pdf>.

Pastor Seller, Enrique y Iglesias Ortuño, Emilia, "La mediación intrajudicial como método de resolución de conflictos en el seno familiar" en *Entramado*, vol. 7, núm. 1, enero-junio, 2011, ISSN 1900-3803, consultada en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265420116005>.

Pérez Contreras, María de Montserrat, *Mediación familiar en el Distrito Federal. Un acercamiento al procedimiento y a su regulación*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt31.htm>.

Portal electrónico del Semanario Judicial de la Federación [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSY-Ll8_tC5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU-6suX8lweL7BTfci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuio5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Appendice=10000000000000&Expresion=2005716&Dominio=Rubro,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2005716&Hit=1&IDs=2005716&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSY-Ll8_tC5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU-6suX8lweL7BTfci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuio5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Appendice=10000000000000&Expresion=2005716&Dominio=Rubro,Localizacion&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2005716&Hit=1&IDs=2005716&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

Rodríguez Márquez, José A., *Los métodos alternativos de resolución de controversias*, consultados en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/247/pr/pr9.pdf>.

Tratado Americano de Soluciones Pacíficas "Pacto de Bogotá", consultado en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>.

Vado Grajales, Luis Octavio, *Medios alternativos de resolución de conflictos*, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>.

ESPAÑA

Últimos avances en la regulación española de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

Francisco Javier Jiménez Muñoz¹

Resumen: En el presente trabajo pretendemos poner de manifiesto cuál ha sido la evolución, en los últimos años, de la regulación española relativa a los principales aspectos relacionados con la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; desde la inicial necesidad de la adopción de la pareja del progenitor, en el caso de las parejas homosexuales, matrimoniales o no, a la posterior atribución a la misma de una filiación *por naturaleza*; para concluir con el estudio de los problemas derivados de la determinación de la filiación, en el caso de parejas homosexuales masculinas que recurren a la gestación por sustitución.

Palabras clave: Filiación. Técnicas de reproducción asistida. Adopción. Parejas de hecho. Uniones homosexuales.

Abstract: *The purpose of the following paper is to reveal what has been the evolution in recent years of the Spanish regulation on the major aspects of filiation resulting from the application of assisted reproduction techniques. From the urge of the adoption by the parent's partner in the case of homosexual couples, married or not, to the subsequent allocation of a filiation by nature, concluding with the study of problems arising from the establishment of parentage in the case of male homosexual couples who resort to surrogate pregnancy.*

Key words: *Filiation. Assisted reproduction techniques. Adoption. De facto partnership. Homosexual couples.*

¹ Doctor europeo en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid (España); MDCE por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor Titular acreditado de Derecho Civil de la. Coordinador del Máster en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios (UNED). Secretario del Instituto para el Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE). Es autor de diversos libros, individuales y colectivos, así como de numerosos artículos de revistas. Ha participado en congresos y ciclos de conferencias. fjimenez@der.uned.es.

1.- Introducción

A la hora de hablar de la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, hemos de distinguir en función de que nos hallemos ante parejas (matrimoniales o de hecho) heterosexuales o no.

El art. 7.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en lo sucesivo, LTRHA) declara que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”, por lo que realmente, salvo en los extremos a que nos referiremos seguidamente, dicha Ley se remite a la legislación civil general, con la importante precisión de que la revelación de la identidad del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación en relación con el hijo nacido por aplicación de estas técnicas (art. 8.3).

En el caso de parejas heterosexuales, la propia Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida contempla específicamente la solución para cada supuesto.

Así, en relación con los matrimonios, establece la filiación del hijo cuando la madre y su marido hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes (art. 8.1), lo que lógicamente sucederá también —en este caso por aplicación de las reglas generales— cuando ellos sean los que hayan aportado el material genético. Ello se vincula con la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil (CC), cuando establece: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

Y respecto de las parejas no casadas, se establece que se considerará escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en lo sucesivo LRC)², el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas (art. 8.2 LTRHA), estableciéndose así un título de reconocimiento de su paternidad que permite la inscripción registral mediante expediente gubernativo, si bien queda a salvo la reclamación judicial de paternidad en caso de existir oposición en el expediente.

En los casos de fecundación *post mortem*, se establece igualmente la paternidad del marido o miembro masculino de la pareja. En el primer caso, cuando concurra el consentimiento del mismo para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su

² En la redacción originaria de este artículo se hacía referencia al art. 49 de la Ley del Registro Civil (en ese momento, la Ley de 8 de junio de 1957). Sin embargo, la reforma de este precepto por la disposición final 5.2 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, es defectuosa, pues el apartado al que debería haberse hecho referencia es al 7 y no al 8, que no contiene mención alguna a un *escrito indubitado*. Los arts. 49 de la Ley de 1957 y 44.7 LRC contemplan la posibilidad de inscripción de la filiación no matrimonial (aunque el precepto de 1957 se refiere a la “filiación natural”) mediante expediente aprobado por el encargado del Registro Civil siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si —entre otras posibilidades— concurre escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

mujer, que se presume cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido (art. 9.2). En los casos de parejas no casadas, se hará la misma atribución de paternidad al varón, valiendo su consentimiento a la aplicación de las técnicas como título para iniciar el expediente del art. 44.8 LRC³, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad (art. 9.3).

Y, finalmente, en los casos de gestación por sustitución, la maternidad viene determinada por el parto y queda abierta la posibilidad de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (art. 10).

Sin embargo, la LTRHA dejaba irresuelta la determinación de la filiación en el caso de parejas homosexuales, originándose así unos problemas con los que se ha venido enfrentando la jurisprudencia en los últimos meses, y sólo parcialmente resuelta a través de una reforma de la Ley a raíz de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

2.- La adopción por la pareja en uniones homosexuales matrimoniales o de hecho

En el caso de las parejas homosexuales, se produce una evolución en el tratamiento de la filiación, determinándose inicialmente la necesidad de acudir a la adopción del hijo por el/la cónyuge o pareja de la madre y admitiéndose con posterioridad la posibilidad de una filiación *por naturaleza*.

Hasta la reforma del concepto de matrimonio efectuada como consecuencia de la Ley 13/2005, era clara la imposibilidad de la constitución de una relación filiativa por naturaleza para las parejas del mismo sexo, existiendo sólo la posibilidad de una adopción conjunta, o bien de una adopción sucesiva, por medio de la constitución inicial de la filiación de uno de los miembros de la pareja (por vía de adopción, concepción natural o recurso a las técnicas de reproducción asistida) y la posterior adopción del menor por la otra mujer miembro de la pareja. En todo caso, como vimos, esa admisibilidad no estaba exenta de problemas.

Así, fue el **Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 (Familia) de Pamplona de 22 de enero de 2004** la primera resolución judicial en España que otorga la patria potestad compartida a dos madres, la biológica y la adoptiva. En ella, se determina la atribución de la filiación sobre dos gemelas a la compañera sentimental de la madre biológica de las niñas, sobre la base de la adopción, en aplicación de la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables y sobre la base del interés superior de las menores.

Dado que el art. 8 de la referida Ley Foral establece que “los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”, el Auto entiende que ha de concluirse la admisión de la adopción conjunta por quienes integren una pareja de hecho con independencia de su identidad sexual, y por tanto también en las parejas de hecho homosexuales.

³ Nuevamente se reproduce aquí con el art. 9 LTRHA el mismo error de la reforma del art. 8 al que nos referíamos en la nota anterior, pues como dijimos, el apartado del art. 44 LRC que contempla el expediente es el 7 y no el 8.

En el momento en el que se dictó el Auto se admitía la adopción conjunta, realizada simultáneamente por ambos miembros de la pareja, pero no la sucesiva, y por tanto se impediría que la compañera de la madre biológica de las menores pudiera adoptarlas, pues ha de tenerse en cuenta que en el Derecho común la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre “las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal”, y los arts. 178.2.1º y 2º CC permitían la adopción conjunta pero dejando cerrada la posibilidad de adopción sucesiva en parejas homosexuales, por el compañero del padre o por la compañera de la madre de los hijos de aquél o de ésta, con la consiguiente extinción de la filiación del otro padre o madre, en la medida en que tales preceptos sólo admiten al cónyuge del padre o madre (biológico o adoptivo) del adoptando, o al conviviente u otra persona de sexo diferente al progenitor cuando se hubiera determinado la filiación sólo con éste, y en ambos casos, sin extinguirse los vínculos con la familia anterior. De este modo, podría adoptar una persona sola, un matrimonio o una pareja de hecho heterosexual, pero no los miembros de una pareja homosexual. Con la posterior reforma del art. 178 por la Ley 13/2005, el requisito de que el adoptante sea de distinto sexo al del progenitor cuya filiación se haya determinado ha sido suprimido, y por tanto el obstáculo a la adopción de los hijos de un miembro de la pareja de hecho, homosexual o no, siempre que sólo aparezca determinada la filiación del otro miembro (lo que en el caso de las parejas homosexuales será habitual, especialmente en el recurso a las técnicas de reproducción asistida).

Sin embargo, entiende el Auto que tampoco se produciría esta exclusión pues el impedimento legislativo (hoy ya inexistente en ese sentido, como hemos indicado) no tendría por objeto los supuestos en que la adopción por el compañero o compañera deviene de una previa situación de paternidad o maternidad individual del otro, y por tanto considera que si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homosexuales, difícilmente se podría encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo, del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual, cuando para acceder a ésta, la propia legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo.

En cualquier caso, una vez admitida la posibilidad de adopción sucesiva de los hijos menores por la mujer pareja de hecho de la madre, es claro que no será necesaria la propuesta de la entidad pública competente, conforme al art. 176.2.2º CC, tanto por la citada equiparación a estos efectos entre parejas matrimoniales y de hecho como por la interpretación amplia del término *consorte* de dicho precepto que realizan las audiencias.

Finalmente, destaca el Auto que ha de tenerse presente en todo caso como primordial consideración el interés superior del niño, en especial en la adopción, y por tanto lo que debe ser objeto de análisis a la hora de decidir por el Juzgador acerca del establecimiento de una filiación adoptiva es la idoneidad del adoptante en relación con el interés del adoptando y en su adecuación para procurarle los cuidados y educación necesarios para su desarrollo integral.

La admisibilidad de la adopción que estamos considerando es aún más clara con la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, que expresamente contempla tal posibilidad, tanto en relación con las adopciones conjuntas como sucesivas. Así, mientras que su art. 8.1 establece que “Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio”, respecto de la adopción sucesiva el apartado 2 del mismo precepto establece que “La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte”.

Las otras leyes autonómicas que regulan las parejas de hecho no contemplaban inicialmente la posibilidad de adoptar (a lo sumo, la posibilidad de recurrir al acogimiento en sus modalidades simple y permanente, pero no preadoptiva), aunque tienden a integrarla (así, en la reforma de la Ley aragonesa por la Ley 2/2004, y luego integrada en el Código del Derecho Foral de Aragón; o la Ley 1/2005 de Cantabria). No obstante, tanto la interpretación extensiva de los términos *cónyuge* y *consorte* como la aplicación del actual art. 178.2.2º CC, a que nos referimos con anterioridad, permiten entender que se abre con carácter general la posibilidad de la adopción por la compañera de la madre biológica o adoptiva que estamos considerando siempre que sólo se haya determinado la filiación.

Por su parte, los arts. 115.2 y 117.1.a) del Código de Familia de Cataluña, que contemplaban la posibilidad de adopción por más de una persona en el caso de cónyuges o parejas estables, desde su reforma por la Ley catalana 3/2005 no señalaban ya si se trata de parejas homosexuales o heterosexuales (antes se hacía referencia respectivamente a la “pareja de hombre y mujer que convivan maritalmente con carácter estable” y a la “persona de sexo distinto con quien el adoptante convive maritalmente con carácter estable”), y por tanto claramente admiten la adopción, conjunta o sucesiva, tanto por parejas homosexuales de naturaleza matrimonial como de hecho. Ello se mantiene con su respectiva integración, como artículos 235-30.2 y 235-32.1.a), en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio).

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo, tanto matrimoniales como no matrimoniales, adopten a menores, y así en relación con los matrimonios de cónyuges del mismo sexo podemos citar la **Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre**, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que venía a instaurar el matrimonio entre personas del mismo sexo (por lo que popularmente era conocida como la *Ley del matrimonio homosexual*), y señala que el mandato de protección integral de los hijos del art. 39.2 de la Constitución Española impone la preservación del interés del menor adoptado, con un papel fundamental, tanto si es adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo como si lo es por un matrimonio entre personas de distinto sexo, pero ello ya se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, no quedando afectado el deber de protección integral de los hijos por el hecho de que se permita a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge. Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002, en el asunto *Frette c. Francia*, ya entendió que son las autoridades nacionales quienes deberán apreciar

con amplio margen la admisibilidad de la adopción por homosexuales, si bien teniendo presente que la adopción es dar una familia a un niño y no un niño a una familia, y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables, y en este punto no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual. Sólo si se demostrara que tener dos padres o dos madres es perjudicial para el menor, debería excluirse la adopción por parejas homosexuales, pues en tal caso efectivamente se estaría primando como consideración primordial no el interés superior del niño sino la equiparación de las parejas homosexuales a las otras: salvo que se pruebe que ese perjuicio existe en todo caso, estas adopciones podrán ser admitidas y luego será en cada caso concreto el juez quien decida si las aprueba, en función de la idoneidad de los adoptantes.

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril**, generalizó esos argumentos al aplicarlos también a las uniones de hecho.

Actualmente, y en especial desde la Ley 13/2005, no existe ya obstáculo alguno a la adopción sucesiva por un miembro de la pareja, matrimonial o de hecho, de los hijos de su cónyuge o compañero/a, padre o madre biológica o adoptiva de los menores, lo mismo que no lo hay para una adopción conjunta o simultánea por ambos hombres o mujeres, pues estas adopciones deben considerarse equiparadas en todos los sentidos a las que puedan realizar las parejas heterosexuales. Por una parte, podemos encontrarnos ante un matrimonio, con lo que la adopción por un cónyuge de los hijos de su esposo encontrará perfecta cabida en el art. 178.2.1º CC; o por otra ante una pareja de hecho, supuesto que entraría en el art. 178.2.2º del mismo Código, que ya no requiere la diferencia de sexo entre el adoptante y el progenitor cuya filiación se mantiene.

3.- La atribución de una filiación por naturaleza a la pareja del progenitor en uniones homosexuales matrimoniales o de hecho

La reforma del Código Civil de 2005, antes mencionada, hizo que el requisito de la heterosexualidad desapareciera de la institución matrimonial, abriéndose de este modo la puerta a la posibilidad de matrimonios entre personas del mismo sexo, y equiparándose consecuentemente la determinación de la filiación de las parejas homosexuales con la de las heterosexuales, pudiéndose así establecer una filiación por naturaleza en el caso de las parejas homosexuales (incluso no matrimoniales, dada la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios a estos efectos), en especial por cuanto el nuevo segundo párrafo del art. 44 del Código establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Esa atribución de filiación es obviamente imposible en las parejas de varones, pero podría darse en el caso de parejas de mujeres, que podrían determinar una filiación matrimonial o no matrimonial respecto de un hijo que se hubiera concebido mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida.

La situación bajo la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida no permitía ese establecimiento de una filiación por naturaleza de la esposa o pareja femenina de la madre, dado que en su art. 8 se hacía referencia expresa al marido y la mujer (salvo que interpretáramos extensivamente estos

términos) y a efectos del juego de la presunción de paternidad (que por otra parte, sólo muy forzosamente se podía aplicar a la esposa de la madre) se consideraba como “escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil [de 1957], el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado *por varón no casado*”. Quedando así como única posibilidad, ante la falta de una clara presunción similar a la de paternidad del marido masculino, el recurso a la posterior adopción por la otra mujer del hijo concebido por su pareja o esposa por medio de las técnicas de reproducción asistida, como hemos visto.

Esta posición era mantenida también por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que subrayaba el principio de la verdad biológica como fundamento de la filiación (como declaró el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero), y así en su Resolución de 5 de junio de 2006, sobre la pretensión de una pareja de hecho de lesbianas de inscribir a la compañera sentimental de la madre biológica que consintió su inseminación artificial, y en base a ese consentimiento, como madre de la hija nacida de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se declara que la maternidad es única y viene determinada por el hecho del nacimiento, sin que pueda sobrevenir otro reconocimiento de maternidad por otra mujer, lo que sólo podría obtenerse a través de la adopción (abierta actualmente a las parejas del mismo sexo y que permite obtener la constitución de una relación jurídica de filiación de igual contenido, dado el principio de equiparación absoluta entre la filiación natural y la adoptiva), y sin que quepa la aplicación analógica de la antes citada presunción de que los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público.

Con la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el problema en gran medida se mantenía inicialmente, dado que buena parte de su contenido (y en concreto el de su art. 7) era sustancialmente idéntico a la Ley de 1988. Ello hizo que por la Disposición Adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, hubiera de introducirse un nuevo apartado 3, que viene a contemplar específicamente esta situación, al establecer que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”⁴; de este modo, se contempla que por declaración ante el Encargado registral podrá atribuirse a la mujer casada la filiación del hijo nacido de su cónyuge, también mujer, por aplicación de dichas técnicas, no siendo aquí necesario en principio el consentimiento del cónyuge para la práctica de las técnicas (aunque sí suela venir requerido por la práctica registral, y a diferencia del caso de matrimonios heterosexuales, en que la atribución de la filiación se vincula precisamente al consentimiento del marido a la aplicación de las técnicas, a fin de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad y que pueda impugnar *a posteriori* dicha paternidad).

El problema se sigue planteando, pues, respecto de los casos de parejas homo-

⁴ La Disposición Final 5.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, modificó la redacción de este apdo. 3, que pasó a ser la siguiente: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

sexuales masculinas (que lógicamente no pueden tener descendencia biológica común sin el concurso de una mujer, recurriendo a la gestación por sustitución), o en las femeninas en que ambas mujeres no están casadas sino que simplemente constituyen una pareja de hecho o en que la concepción se hayan seguido procedimientos distintos a las técnicas médicas de reproducción asistida (así, el recurso a un amigo varón para una concepción natural), en cuyo caso deberá seguir acudiéndose al procedimiento de adopción. Ello ha sido criticado por cuanto se estaría discriminando a las parejas de lesbianas: mientras que las parejas heterosexuales no tienen que estar casadas para poder reconocer a sus hijos y nadie les exige la existencia real de una relación biológica con los descendientes reconocidos por el varón, la determinación de la filiación por dos madres se subordina a que ambas estén casadas y hayan recurrido a las técnicas de reproducción asistida, que además en estos casos no entran en las prestaciones de la sanidad pública: por tanto, esta solución sólo serviría para las parejas que estén casadas y puedan asumir económicamente la aplicación de estas técnicas en la sanidad privada. Algunas de estas objeciones parecen haber quedado superadas interpretativamente con la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, que veremos seguidamente.

En cambio, este problema no se da en Cataluña, donde el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña contempla la posibilidad de la atribución de la filiación por naturaleza a las parejas de índole tanto matrimonial como no matrimonial y con independencia del sexo de sus integrantes. Así, el art. 235-8, respecto de la filiación matrimonial, habla simplemente de *cónyuge* (que ha consentido a la fecundación asistida de su esposa), mientras que el 235-13.1, en relación con la filiación no matrimonial, señala que “los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido”.

Como vemos, la adquisición de la filiación por naturaleza cuando la madre y la otra mujer están casadas y se recurre a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida es clara en la actualidad, tras la reforma del art. 7 de la Ley 14/2006 por la Ley 3/2007. Ello ha quedado reforzado con la **Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre**, que, dando un paso más en este proceso evolutivo, declara la admisibilidad del ejercicio de acciones de filiación en el contexto de las parejas homosexuales, y destaca como elemento atributivo de la filiación el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, bastando con que ese consentimiento conste como consentimiento informado para la aplicación de las técnicas, más allá del requisito formal de que dicho consentimiento conste ante el encargado del Registro Civil, que queda así relativizado: es decir, se atiende al consentimiento para la práctica de las técnicas, y no a la declaración ante el encargado registral. Y es más, el requisito de la matrimonialidad en cierta medida se debilita al atenderse fundamentalmente a la existencia del consentimiento de ambas mujeres a la aplicación de las técnicas, bastando indirectamente con que la matrimonialidad concurra antes del nacimiento, y así en el caso que resuelve tal consentimiento se prestó antes del matrimonio, pero éste se celebró con anterioridad al nacimiento de las niñas (luego estaríamos en todo caso ante una filiación matrimonial).

La Sentencia destaca que la actual redacción del art. 7 LTRHA permite a la cónyuge de la madre manifestar su consentimiento a la determinación a su favor de la filiación del nacido, pero para ello se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, cuando además la filia-

ción no puede quedar subordinada a un requisito formal como el consentimiento ante el encargado del Registro Civil, siendo así suficiente con el prestado ante la clínica una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo. Se posibilita la reclamación de maternidad al amparo de la posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica aunque no exista el nexo biológico, pero en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, ya que este consentimiento constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras: de este modo, la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado para la aplicación de las técnicas, a partir de lo cual se crea un título de atribución de la paternidad.

Por tanto, en el marco de la filiación por aplicación de estas técnicas, se relativiza el principio de la verdad biológica, sustituyéndose por la voluntad de quien desea ser progenitor, posibilitándose así la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley. Por otra parte, esa prestación del consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, en cuanto que voluntad libre y manifestada por ambas del deseo de ser progenitoras, viene a superar a la posesión de estado y constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista vínculo biológico, creándose así un título de atribución de la paternidad al amparo del art. 131 CC.

4.- La atribución de la filiación a las uniones homosexuales masculinas que recurren a la gestación por sustitución

Como dijimos, el art. 10 LTRHA establece en los casos de gestación por sustitución (al margen de su nulidad), que la maternidad viene determinada por el parto y queda abierta la posibilidad de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, previsión reiterada por el art. 235-3 del Libro Segundo del CC de Cataluña. Ello determina que, si la mujer gestante es casada, su marido (o incluso sus herederos) podrá, en base al art. 136 CC, impugnar la paternidad que se le atribuya conforme a la presunción legal del art. 116 de dicho Código (impugnación que también podrán realizar la gestante en interés del hijo, como “madre que ostente la patria potestad”, en virtud del art. 137, y el padre biológico conjuntamente con la acción de reclamación de su paternidad, en base al art. 134 en relación con el 133) y el padre biológico podrá posteriormente reclamarla en base al art. 133 del mismo Código (y para ello podrá contar a su favor con las correspondientes pruebas biológicas de que así es).

El que la maternidad se atribuya a la gestante, y sólo la paternidad sea la que sea atribuible a los comitentes (en concreto, al varón), determina que si éste fuera casado o en pareja de hecho, el papel en este punto de su cónyuge o compañero sea irrelevante: no se determina la filiación en su favor, aunque luego podría acudir a la adopción. Por ello, el que consienta o participe en el recurso a la gestación

por sustitución o aunque se haya realizado sin su consentimiento no afectará en absoluto a la inexistencia de vínculo filiativo suyo con el nacido.

Si la mujer gestante no fuera casada, no habrá paternidad determinada legalmente mientras que no se proceda por alguna de las vías del art. 120 CC, pudiendo por tanto efectuar el varón comitente un reconocimiento expreso, que le atribuiría la paternidad en tanto no se impugnara, o iniciar un expediente registral en tal sentido.

En cualquier caso, y reconociendo que es ésta una cuestión especialmente polémica en la doctrina, lo que a nuestro entender no cabe es que en los casos de gestación por sustitución la madre gestante renunciara a su maternidad y se produjera una adopción por parte de los comitentes, pues con carácter general en todos los supuestos vendría a suponer un fraude de ley.

Ello aún se complicaría en los casos en que la fecundación se produjera con semen de un donante, si tenemos en cuenta que entonces —al no haberse producido un vínculo filiativo ni siquiera con el hombre comitente— para el inicio del expediente de adopción “será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”, según el art. 176.2 CC, y que conforme al art. 177 “en las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”. Y la cuestión puede complicarse todavía más si la gestante estuviera casada, pues debería además refutarse la presunción de paternidad matrimonial de su esposo (en caso contrario, debería éste también consentir a la adopción y volvería a requerirse en cualquier caso —ya que, nuevamente, no habría vínculo filiativo con el hombre comitente— propuesta de la entidad pública correspondiente).

La gestación por sustitución es el medio obligado (por obvias razones biológicas), al margen de la adopción, para que las parejas homosexuales masculinas e incluso los hombres solos, puedan ser padres, supuestos en los que obviamente el óvulo provendrá de la propia madre sustituta o de una donante.

Sin embargo, puede darse que el recurso a la gestación por sustitución se produzca por españoles en países donde sí se admita, generándose así el problema de las consecuencias que debe atribuirse a tal situación. En tal sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014**, ha sentado doctrina sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales. En tal sentido, considera que para el reconocimiento de una decisión extranjera es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan, y que por ello no es admisible cuando produce la infracción de normas, como la prohibición de los contratos de gestación por sustitución, denegándose el reconocimiento de la resolución extranjera.

El caso resuelto por esta sentencia trae causa en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, que estimó el recurso contra la denegación de inscripción de la filiación por el encargado del Registro Civil Consular y ordenó la inscripción de los nacidos como hijos del

matrimonio, en base al art. 81 del Reglamento del Registro Civil y al sistema de reconocimiento de los documentos públicos extranjeros del art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo que la cuestión de fondo que se ventila no se trataría de un problema de determinación de la filiación de los nacidos sino de la práctica de una inscripción del nacimiento mediante presentación de certificación registral extranjera de nacimiento, de si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, sobre el fundamento del interés superior del menor. Esa Resolución fue recurrida por el Ministerio Fiscal, fallando el Juzgado de Primera Instancia en el sentido de dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada, siendo desestimado el recurso de apelación e igualmente el de casación.

Paralelamente a este caso concreto, aunque indudablemente motivado por él, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de un modo muy criticable y aun incompatible con la legislación vigente, trata de fijar los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos mediante el recurso a estas técnicas en el extranjero, y partiendo nuevamente de la idea del interés superior del niño establece la necesidad para dicho acceso al Registro Civil de una previa resolución judicial, dictada por tribunal competente, en la que se determine la filiación del nacido; resolución que deberá ser firme y los consentimientos prestados irrevocables, y dicha resolución judicial, salvo que resulte aplicable un convenio internacional que establezca otra cosa, deberá ser objeto del procedimiento de exequátur, hoy en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (o el procedimiento alternativo incluido por el art. 96.2.2º LRC), de modo que la inscripción del nacimiento en el Registro Civil requerirá la presentación del auto judicial que ponga fin a tal procedimiento, junto a la solicitud de inscripción. No obstante, si la resolución judicial extranjera se hubiera dictado en un procedimiento judicial equiparable al español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil deberá controlar incidentalmente, antes de su inscripción, si puede ser reconocida en España. En cualquier caso, lo que no se considerará como título apto para la inscripción es una certificación registral extranjera, o una simple declaración acompañada de certificación médica sobre el nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Asimismo, sorprendentemente, la instrucción procede a establecer los requisitos que habrán de concurrir en un contrato nulo, como es el de gestación por sustitución, para poder proceder a reconocer sus efectos en la filiación del nacido (¿puede hablarse entonces de contratos de maternidad subrogada nulos y “menos nulos”?): deberá constatarse la plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante, a la que se aplican analógicamente los requisitos de la LTRHA (con lo que se aplican los requisitos de la Ley a un supuesto prohibido por la propia Ley), debiendo así tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar y siendo su consentimiento libre, consciente, expreso y por escrito. Además, el cumplimiento de estos requisitos deberá certificarse por dos especialistas independientes, aportándose dicha certificación a la persona autorizante del convenio. Si en general el establecimiento de requisitos sanadores de un contrato declarado legalmente nulo por parte de una mera instrucción puede ser muy criticable, resulta ya totalmente inadmisibile el que además la autoridad administrativa se arrogue el papel de legislador, introduciendo *motu*

proprio requisitos, como el del certificado de los dos especialistas, que la legislación aplicable (que, repetimos, considera nulo este contrato) en absoluto contempla ni siquiera para las técnicas autorizadas, y no sólo respecto de los intervinientes, sino imponiéndoselos a la persona o entidad extranjera autorizante del convenio (frecuentemente un tribunal o registro civil) en el sentido de que para admitir su homologación del convenio dicha certificación habrá de serle aportada. Si ya la falta de rango normativo de la instrucción para contradecir la nulidad establecida por la Ley es patente, el que se impongan requisitos procedimentales a autoridades extranjeras, obviamente no dependientes de la Dirección General autora de aquella, es totalmente insostenible.

Finalmente, en sendas sentencias de 26 de junio de 2014 (asuntos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, aunque es admisible que las legislaciones nacionales prohíban la maternidad subrogada en sus territorios, evitar en los casos internacionales el reconocimiento y el establecimiento de la relación legal con el padre biológico implica sobrepasar los límites permisibles del margen de apreciación dejado en manos de los Estados, y afectar gravemente a la identidad y al derecho al respeto de la vida privada de los menores, no concediendo la necesaria importancia al interés superior del niño.

A raíz de estas sentencias del Tribunal Europeo, las partes del caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, que vimos antes, plantearon la nulidad de las actuaciones realizadas. El auto del mismo tribunal de 2 de febrero de 2015 la rechazó por cuanto la denegación de esa inscripción no afecta al derecho a la vida privada de los menores y existen diferencias entre el caso resuelto por la sentencia española y los casos franceses de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la referida Sentencia del Tribunal Supremo permite la fijación de las relaciones paterno-filiales a través de la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares de facto mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores.

Conclusiones

Hemos observado en el presente trabajo cómo se ha producido una evolución en el tratamiento de la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

La filiación en el marco de las parejas heterosexuales, matrimoniales o de hecho, no ha planteado problemas, pues aparecía expresamente contemplada tanto por la Ley de reproducción asistida de 1988 como por la vigente de 2006. Sin embargo, ello dejaba sin resolver la situación existente en el marco de las parejas del mismo sexo.

En un primer momento, la única forma prevista en el caso de las parejas homosexuales, matrimoniales o no, para el acceso por la pareja del o la progenitor/a a la filiación de los hijos de éste/a era la adopción, lo que fue siendo admitido fundamentalmente a raíz del Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 (Familia) de Pamplona de 22 de enero de 2004, y sobre todo de las Sentencias del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (en relación con los matrimonios de

personas del mismo sexo), y 93/2013, de 23 de abril (que generalizó los argumentos de la primera al extenderlos a las uniones de hecho homosexuales).

El siguiente paso fue la atribución a la pareja de la unión homosexual de una filiación *por naturaleza* sobre los hijos del otro miembro de la unión, lo que se ha logrado en el caso de matrimonios de dos mujeres a través de una reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta posición resulta reforzada con la Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre, que declara la admisibilidad del ejercicio de acciones de filiación en el contexto de las parejas matrimoniales homosexuales femeninas, aunque relativiza el requisito de matrimonialidad al señalar que debe atenderse fundamentalmente a la existencia del consentimiento de ambas mujeres a la aplicación de las técnicas, bastando indirectamente con que la matrimonialidad concorra antes del nacimiento.

No obstante, como vemos, el problema se sigue planteando respecto de los casos de parejas homosexuales masculinas, y en las femeninas en que ambas mujeres no están casadas sino que simplemente constituyen una pareja de hecho o en que la concepción se hayan seguido procedimientos distintos a las técnicas médicas de reproducción asistida, en cuyo caso deberá seguir acudiéndose al procedimiento de adopción.

Finalmente, respecto de la determinación de la filiación en el caso de parejas homosexuales masculinas que recurren a la gestación por sustitución en los países donde ésta es lícita, aun cuando la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado, manifestada en su Resolución de 18 de febrero de 2009 (posteriormente anulada) y en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, es favorable al reconocimiento de efectos filiativos de los miembros de la pareja comitente sobre los hijos nacidos de dicha gestación pese a su nulidad, la posición de la jurisprudencia es claramente contraria, como ponen de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014, y su posterior Auto de 2 de febrero de 2015, que considera no aplicable aquí la doctrina de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (asuntos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*), pues no se trataría de evitar en los casos internacionales el reconocimiento y el establecimiento de la relación legal con el padre biológico sino precisamente con la pareja de éste.

REFERENCIAS

JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Ed. Reus. Madrid, 2012.

_____, "La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente", *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 6, marzo 2014, pp. 51-63.

_____, "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, julio 2014, pp. 400-419.

LASARTE, CARLOS: *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*. 14ª ed. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015.

La obligación alimenticia interparental en Derecho Español

Carlos Lasarte Álvarez¹

Resumen: La obligación alimenticia interparental se regula en los artículos 142 y siguientes del Código Civil español. El análisis de la reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (tribunales de apelación en España) arroja el alto número de reclamaciones alimenticias de hijos mayores de edad, sobre todo frente a padres divorciados o separados de hecho. No obstante, debe tenerse en cuenta que las reglas legales sobre la obligación alimenticia entran en juego en muchos supuestos, pero que al mismo tiempo, la solidaridad familiar entre los cónyuges y los parientes en línea recta supera ampliamente las previsiones legales.

Palabras clave: obligación alimenticia interparental, derecho de alimentos, relación obligatoria alimenticia, alimentista, alimentante.

Abstract: *The Spanish civil code, section 142 and following regulates the parental food obligation. The recently jurisprudence of the Provincial Audience (appeal court in Spain) analysis shows a high number of food complains from adult children mostly against divorced parents or voluntarily separated. However it should be consider that the regulations about the food obligation come into play in many cases, but at the same time, the family solidarity between spouses and straight line relatives exceed widely the lawful provisions.*

Key words: *parental food obligation, right to food, alimentary obligatory relation, maintenance creditor, maintenance debtor.*

1. Introducción: los alimentos entre parientes

1.1. Sede sistemática y consideraciones previas

El Código Civil español dedica el título VI del Libro I a regular la institución de los *alimentos entre parientes*, a lo largo de los artículos 142 a 153, ambos inclusive, configurándola como una obligación legal de prestación de asistencia y socorro entre los cónyuges y los parientes cercanos.

¹ Catedrático y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid-España; Vocal de la Comisión General de Codificación; Presidente del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España. Mail: clasarte@der.uned.es

La denominación legal (y tradicional) de alimentos entre parientes es correcta relativamente, pues sólo vincula a algunos parientes (parientes en línea recta y hermanos) y, de otro lado, a los cónyuges (los cuales, conviene reiterarlo, no son técnicamente parientes).

La contemplación legal de los alimentos entre parientes como una institución independiente de las prestaciones alimenticias derivadas, en su caso, del matrimonio y de la filiación no puede significar desde luego la preterición u olvido de estas últimas. Sencillamente, la obligación alimenticia actúa de forma complementaria para supuestos en que la obligación de asistencia conyugal ha decaído (por ejemplo, separación matrimonial) o en los que la patria potestad se ha extinguido por alcanzar los hijos la mayoría de edad. El análisis de la reciente jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (tribunales de apelación en España) arroja el dato de que cada vez son más numerosas las reclamaciones de alimentos de hijos mayores de edad, sobre todo frente a padres divorciados o separados de hecho.

De otra parte, conviene poner de manifiesto que varios de los preceptos que debemos considerar en este ensayo parten del necesario presupuesto (falso en términos reales) de que la prestación de alimentos es consecuencia de la culminación de un procedimiento judicial y de lo establecido en la correspondiente sentencia.

Ciertamente y por desgracia, son numerosas las sentencias relativas al tema, sobre todo tras la admisión del divorcio (en 1981), y, por tanto, es necesario concordar en que existe una cierta litigiosidad respecto de la obligación alimenticia interparental. Sin embargo, tal planteamiento del Código es francamente criticable. Y ello no sólo porque ofrezca una imagen desoladora de la familia en sentido nuclear, sino porque, además, es falso en términos sociológicos que la atención de las necesidades vitales de determinados miembros de la familia cercana presuponga de forma sistemática la (escasamente deseable) intervención judicial.

Al contrario, en la mayoría de los casos, los miembros de la familia a que se refieren los preceptos que seguidamente vamos a analizar suelen prestar, y con creces (esto es, superando ampliamente las previsiones legales), ayuda y auxilio a sus descendientes o ascendientes cercanos.

Por tanto, conviene no perder de vista semejante advertencia y ser conscientes de que las reglas legales sobre la obligación alimenticia entran en juego en muchos supuestos, pero que al mismo tiempo, en general, la solidaridad familiar entre los cónyuges y los parientes en línea recta supera ampliamente las previsiones legales.

Con todo, reiterémoslo, es alarmantemente alto el número de reclamaciones alimenticias, en particular las generadas por las situaciones de divorcio o de separación de hecho, pues para muchos varones parece ser que la quiebra matrimonial es motivo suficiente para considerar que los hijos son sólo de la madre, sobre todo en el caso de que se le atribuya a ella la custodia y el ejercicio de la patria potestad².

² En tales casos, obviamente, la madre actuaría en nombre y representación de sus hijos menores de edad y ha de tenerse en cuenta lo establecido, respecto de la competencia territorial, por el artículo 769.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: «En los procesos que versen exclusivamente [...] sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será Tribunal competente, a elección del demandante, el del

1.2. Fundamento y vigencia actual: solidaridad familiar y política asistencial

Concisamente dicho, la obligación alimenticia configurada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, encuentra fundamento en la solidaridad familiar, al menos entre los familiares más cercanos, dándose los presupuestos de que uno de ellos se encuentre en estado de penuria, necesidad o pobreza y que otros (u otro) familiares cuenten con medios económicos suficientes para atender a la subsistencia del necesitado o alimentista.

Así planteada, la obligación alimenticia ha desempeñado en el pasado una *función de asistencia social* entre los familiares que, desde la creación de la Seguridad Social (en la primera década del siglo XX), y con mayor razón hoy, ha de ser replanteada atendiendo a la propia política asistencial que la Constitución de 1978 encomienda a los poderes públicos. Desde tal prisma, conviene recordar el tenor de algunos preceptos constitucionales:

- Artículo 27.4: «La enseñanza básica es obligatoria y gratuita».
- Artículo 43.2: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios».
- Artículo 41: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo».
- Artículo 49: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos».
- Artículo 50: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar».

La política asistencial impuesta por tales preceptos y por la existencia de un *Estado social y democrático de Derecho* conlleva, pues, que muchos de los aspectos propios de la obligación alimenticia entre parientes han de ser desempeñados por los poderes públicos y que, en consecuencia, su satisfacción mediante cauces públicos habrá de exonerar a los familiares que, en otro caso, habrían de atender las necesidades de quien se encontrara en situación de penuria o, al menos, mitigar sus obligaciones al respecto.

Atendiendo a ello, afirman algunos autores que, en la actualidad, la obligación civil de alimentos debe considerarse subsidiaria respecto de la política asistencial de carácter público, pues —imaginemos— no parece razonable que quien no solicita la pensión pública a la que tenga derecho (sea por desempleo o por jubilación o, finalmente, pensión no contributiva) pretenda vivir a costa de sus familiares. Siendo ello cierto, es evidente que, en rigor, la asistencia mutua y recíproca entre los cónyuges y los parientes en línea recta (al menos, respecto de los hijos) no representa un segundo escalón de asistencia en la organización social actual, sino precisamente al revés. Por tanto, el carácter subsidiario de la obligación de alimentos puede ponerse en duda y resulta preferible destacar su función

domicilio del demandado o el de la residencia del menor».

complementaria de la asistencia social pública (el art. 50 de la CE, *expressis verbis*, dice que las pensiones públicas son compatibles con las obligaciones familiares), pues la percepción de las ayudas y pensiones públicas, por desgracia, en absoluto garantizan la plena y completa satisfacción de las necesidades del eventual alimentista como regla³.

2. Naturaleza y caracteres

Desde que (en la primera mitad del siglo xx) el profesor ACICU negara el carácter patrimonial al derecho del alimentista, se ha debatido ampliamente acerca de la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del derecho de alimentos y sus correspondientes caracteres. Siguiendo al autor italiano, en nuestra doctrina, Pablo Beltrán de Heredia y Onís ha insistido en negar el carácter patrimonial al derecho de alimentos, aunque al propio tiempo reconoce la patrimonialidad de su contenido.

A mi juicio, resulta preferible poner de manifiesto que la obligación de alimentos ha de ser enfocada de forma diversa según se esté hablando del derecho de alimentos en general o, por el contrario, de una obligación alimenticia concreta y efectiva, pues el régimen jurídico de ambas fases no resulta coincidente si se atiende a las prescripciones legales. Y no puede olvidarse que, aquí, estamos hablando de la obligación legal alimenticia, cuya configuración depende, por tanto, de las normas legales aplicables al caso.

Distinguiremos, pues, entre el genérico «derecho de alimentos» y la «relación obligatoria alimenticia», en el entendido de que con la primera de tales expresiones nos referimos al derecho-deber latente entre los familiares de exigir o prestar alimentos de conformidad con lo establecido en el Código Civil, mientras que con la segunda hacemos referencia a una obligación alimenticia ya establecida y concretada, bien sea por la anuencia de las partes interesadas o por la oportuna sentencia judicial.

El derecho de alimentos en general se puede caracterizar por las siguientes notas:

1. Reciprocidad, pues los familiares contemplados en los artículos 142 y siguientes son potencialmente acreedores o deudores de la prestación alimenticia si se dan los presupuestos legalmente establecidos (cfr. el encabezamiento del art. 143 CC: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos»).

2. Carácter personalísimo o *intuitu personae*: sólo los familiares contemplados legalmente pueden solicitar o estar obligados a prestar los alimentos. Por ello el Código establece la irrenunciabilidad y la intransmisibilidad del derecho de alimentos (cfr. art. 151.1 CC).

3. Imprescriptibilidad: en situación de latencia, el derecho de alimentos es imprescriptible, pudiendo ser ejercitado por el familiar que se encuentre en situación de penuria en cualquier momento.

3 Naturalmente los problemas inherentes a la obligación de alimentos entre parientes se agrava, a nivel internacional, en los supuestos en que por elementos fácticos del supuesto de hecho no pueda entrar en juego el ordenamiento patrio (o cualquier otro Derecho estatal) y sea necesario recurrir a la colaboración internacional. A ello pretende hacer frente el Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, que ha sido objeto de aprobación, en nombre de la Unión Europea, por la Decisión 2011/432/UE, de 9 de junio.

Pero debe observarse que tales notas o características desaparecen cuando la obligación alimenticia se constituye y concreta en una obligación periódica de pago de la pensión por el obligado. En tal estadio, la patrimonialidad de la prestación a satisfacer por el deudor es evidente y desaparece radicalmente la nota de reciprocidad, pues el acreedor de la renta, conceptualmente hablando, no puede estar obligado al pago de ella. Igualmente decae la nota de la imprescriptibilidad, pues la relación obligatoria constituida permite que las pensiones o rentas vencidas y no pagadas prescriban, conforme a la regla general del artículo 1.966.1^a, por el transcurso de cinco años. Finalmente, el carácter personalísimo se difumina, pues en relación con las pensiones atrasadas el propio artículo 151 CC permite su renuncia y su transmisión a cualquier otra persona, pues en definitiva se trata de un derecho de crédito susceptible de negociación, como cualquier otro.

3. Los alimentistas y las personas obligadas al pago o alimentantes

El carácter de reciprocidad al que acabamos de hacer referencia supone que tienen derecho a reclamar alimentos u obligación de satisfacerlos las mismas personas: cónyuges, parientes en línea recta y hermanos. Tales personas, pues, serán alimentistas si tienen derecho al abono de los alimentos a cargo de cualesquiera de sus familiares o, por el contrario, obligados al pago de los alimentos si efectivamente han de satisfacerlos. En cuanto deudores de la prestación alimenticia, los familiares obligados al pago pueden denominarse *alimentantes*.

En tal sentido, aunque configurando la cuestión exclusivamente desde el prisma pasivo de legitimación para atender a la eventual reclamación de alimentos, dispone el artículo 143 CC que:

«Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

- 1º. Los cónyuges.
- 2º. Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación».

No tienen derecho de alimentos los cónyuges divorciados, los excónyuges, solventándose la problemática consiguiente, en su caso, a través de la pensión por desequilibrio del artículo 97 CC. Las parejas no casadas tampoco tienen derecho de alimentos, en el régimen de Derecho común, sin perjuicio de lo que pudiera corresponderles en un momento dado en caso de ruptura (véase STS 611/2005, de 12 de septiembre).

En todo caso, la deuda de alimentos, basada indudablemente en lazos de solidaridad familiar, precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo, pero siempre referidas a un entorno familiar concreto, circunscrito a las condiciones económicas familiares (no podrían reclamar lo mismo los hijos de un presidente de banco o de club de fútbol que los de un humilde funcionario o un albañil)⁴.

⁴ Resulta especialmente interesante la STS 151/2000, de 13 de febrero: la situación planteada era la co-

3.1. Los alimentantes u obligados al pago: orden de prelación

La circunstancia de contemplarse legalmente varios grupos de familiares como posibles deudores de los alimentos, obliga, ante todo, a determinar el orden en relación con la legitimación pasiva, cuestión regulada por el artículo 144 CC. Dispone este precepto que «la reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente:

- 1.o Al cónyuge.
- 2.o A los descendientes de grado más próximo.
- 3.o A los ascendientes, también de grado más próximo.
- 4.o A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos».

No obstante su tenor literal, conforme a la jurisprudencia, este precepto no impone al acreedor la sujeción estricta al orden fijado en él, siendo posible reclamar alimentos de cualquiera de los obligados, siempre que se pruebe que los llamados con preferencia carecen de medios (STS de 13 de abril de 1991); así como que los abuelos paternos sean condenados a prestar alimentos a sus nietos si ni su padre (en ignorado paradero) ni su madre (carente de medios económicos suficientes) pueden prestarlos (STS de 2 de diciembre de 1983).

Constante el matrimonio, es evidente que carece de sentido reclamación alguna de alimentos por parte de los cónyuges, pues el deber conyugal de mutuo socorro y corresponsabilidad doméstica (art. 68 CC) es en todo caso más amplio que el derecho de alimentos. En supuestos de crisis matrimonial sometida a conocimiento judicial, hemos de remitir a lo establecido en el oportuno *convenio regulador*. Por tanto, el ámbito material de aplicación de las normas ahora consideradas queda circunscrito a los supuestos de separación de hecho, respecto de la cual el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (SSTS de 25 de noviembre de 1985, sobre alimentos y separación de hecho libremente consentida; de 25 de noviembre de 1982, 17 de junio de 1972 y 28 de febrero de 1969) que cabe la reclamación de alimentos entre cónyuges «pues ningún precepto condiciona la exigibilidad de la deuda alimentaria de los cónyuges al cumplimiento del deber de vivir juntos».

múnmente denominada *lucha generacional*, con unos progenitores que tratan de fijar unas normas de vida (horarios, salidas y otros aspectos similares) para una pacífica convivencia familiar en el hogar, y una hija, rebelde, que pretende realizar su vida con arreglo a otras normas, que ella considera imprescindibles para desarrollar y reafirmar su personalidad.

El Tribunal afirma que, al salir del hogar paterno voluntariamente, la hija ha ejercitado sin duda uno de los mayores valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal, pero que no puede ni debe olvidar que muchas veces la libertad tiene un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y que no se puede pretender realizar un modelo de vida propio, con arreglo a unos principios de conducta que atacan y contradicen los establecidos en el entorno familiar y social, y simultáneamente seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas propias de dicho entorno, lo que se rechaza; a ello se une que, en el caso, la hija no ha probado que en su nueva vida esté desasistida del sustento diario, y sobre todo no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual, y por todo lo anterior deniega la pensión alimenticia solicitada.

En cuanto se refiere a los hermanos, debemos comenzar criticando la redacción mantenida en el artículo transcrito, redactado por la Ley 11/1981, pues tras la Constitución posiblemente hubiera sido mejor omitir el uso del giro «los que sólo sean uterinos o consanguíneos»⁵. La contraposición de tales adjetivos es cualquier cosa menos elegante y, de añadidura, fundada: ¿quién ha dicho que, como regla, los humanos tenemos más sangre paterna que materna?, ¿por qué no se hace referencia a órgano reproductivo alguno de los varones y sí al útero femenino...? De ahí la crítica de la mayoría de la doctrina especializada a la redacción contemporánea del artículo 144 CC, el cual, por lo demás, lo que dice es que han de considerarse alimentantes, entre sí, en primer lugar, los hermanos de doble vínculo, y, después los de vínculo sencillo⁶; afirmación que no genera sorpresa alguna y que generalmente es bien entendida, sin mayores circunloquios.

3.2. Pluralidad de obligados: el carácter mancomunado de la deuda alimenticia

En el caso de que los obligados a prestar alimentos sean varios (alguien reclama a sus hijos o un menor que reclama a sus abuelos) es obvio que la regla de que el grado de parentesco más próximo excluye al más remoto, pese a su utilidad, no es suficiente para resolver el problema de quién y en qué cuantía ha de satisfacer los alimentos que correspondan.

Dispone a tal efecto el párrafo primero del artículo 145 CC que «cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo». La norma tiene como finalidad primordial evitar radicalmente la posible condena judicial de carácter solidario entre los diversos obligados. No cabe, pues, que el Juez pueda zafarse de la distribución proporcional entre los obligados al pago, atendiendo a su respectiva situación patrimonial⁷.

En definitiva, en caso de pluralidad de obligados, la obligación alimenticia interparental es un supuesto característico de mancomunidad pasiva⁸.

⁵ Históricamente, se hablaba ciertamente de hermanos germanos (o carnales, o plenos) para quienes comparten ambos progenitores (como padres biológicos o adoptivos). En cambio, serían medios hermanos quienes compartieran sólo uno de los progenitores:

— Uterinos: evidentemente, los hijos de una misma madre, pero con diferente padre.

— Consanguíneos: los hijos procedentes del mismo padre, pero con diferente madre.

⁶ Por cierto, que hermano de vínculo sencillo (ora por la madre, ora por el padre) no es lo mismo que hermanastro, como alguna de las acepciones del Diccionario de la RAE puede dar a entender, pues los hermanastros, propiamente hablando, son los hijos de un cónyuge en relación con los hijos del otro consorte, sin que entre ellos exista parentesco alguno de consanguinidad, sino sólo y exclusivamente, de afinidad. De manera tal que los hermanastros, propiamente tales, pueden incluso contraer matrimonio entre sí; resultado que, además de aberrante, se encuentra radicalmente prohibido entre quienes sean medios hermanos o hermanos de vínculo sencillo, por tener en común un mismo progenitor (sea la madre, sea el padre).

⁷ Así, por ejemplo, si los alimentos exigibles por el nieto —huérfano— equivalen a mil euros mensuales y viven tres de los abuelos, no procede el prorrateo entre ellos, sino atender a la respectiva situación patrimonial de sus ascendientes. Puede ser, supongamos, que los abuelos paternos, pensionistas sin mayores bienes, queden excluidos del pago en atención a que la abuela materna, famosísima cantante o actriz o dueña de una gran empresa, sigue percibiendo anualmente rentas por valor de más de medio millón de euros).

⁸ No obstante lo dicho, de forma excepcional y transitoria, el párrafo segundo del artículo 145 permite que «en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste [los alimentos] provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda».

Para el caso de que dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada

4. El nacimiento del derecho a los alimentos

La exigencia de los alimentos es factible desde el mismo y preciso momento en que el alimentista se encuentre en situación de reclamarlos y exista cualquiera de los familiares obligados al pago que cuente con medios económicos para atender dicha reclamación.

Sin embargo, el artículo 148.1 CC (que es uno de los preceptos que ofrece una visión «judicializada» de la materia) establece terminantemente que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda».

Semejante mandato no es original del período de la codificación, sino mucho más antiguo, ya que proviene del *ius commune* europeo, en el que se entendía que la concesión de los alimentos sólo podía producir efectos a partir de la intervención judicial, atendiendo a la máxima *in praeteritum non vivitur*. Esto es, se consideraba que si los alimentos eran necesarios para la subsistencia, ello debía conllevar su inmediata exigibilidad, sin comprender los posibles alimentos de épocas anteriores a la reclamación.

El abolengo de la norma y su tenor literal excluyen que el Juez pueda pronunciarse en sentido distinto, otorgando alimentos, supongamos, desde que el alimentista comenzó a reclamarlos extrajudicialmente, de forma infructuosa. No obstante, es obvio que si la reclamación extrajudicial rinde sus frutos, los alimentos pueden ser exigibles a partir de ese momento y, en absoluto, constituyen un pago indebido, pese a no existir demanda judicial alguna.

La reclamación judicial de alimentos, dado el sempiterno retraso judicial, ha planteado desde antiguo la evidente necesidad de establecer un procedimiento o una vía procesal sumaria que permita al alimentista contar, de forma inmediata, con medios suficientes para atender a sus perentorias necesidades. Atendiendo a ello, la reforma postconstitucional de 1981 añadió al artículo 148 CC el párrafo tercero actualmente vigente: «El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades». Estas «futuras necesidades» deben ser entendidas como las generadas desde el instante de la demanda hasta que se dicte sentencia firme sobre el particular en el procedimiento ordinario de menor cuantía, pues evidentemente las «necesidades para el futuro» y la consiguiente asignación sólo podrán ser fijadas a través de la sentencia⁹.

5. El contenido de la obligación alimenticia

El conjunto de prestaciones comprendidas en la obligación alimenticia, conforme a nuestro Código, es muy distinto según los grupos familiares que se consideren,

legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, establece el artículo 145.3 CC que «se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél».

⁹ Recientemente, la STS 1.ª 402/2011 (Pon. Sra. Roca Trías) ha establecido, en unificación de doctrina, la siguiente: «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada, la regla contenida en el artículo 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». En el mismo sentido, STS 746/2013, de 4 de diciembre.

Tratándose de hijos mayores de edad, la legitimación activa para reclamar alimentos al padre les corresponde a ellos, y no a su madre (STS 577/2003, de 6 de junio).

pues entre cónyuges y parientes en línea recta la obligación alimenticia se configura con gran amplitud, mientras que entre los hermanos se limita notoriamente su contenido. Por ello, tradicionalmente ha hablado la generalidad de la doctrina de *alimentos amplios* (o civiles) y *alimentos estrictos* (o naturales).

5.1. Los alimentos amplios

Los cónyuges y los parientes en línea recta están obligados recíprocamente a darse alimentos en sentido amplio (cfr. art. 143.1 CC). La amplitud de los alimentos viene definida o, mejor, descrita en el artículo 142, cuyo tenor literal vigente, incorporado por la Ley 11/1981, es el siguiente: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica [hasta 1981, todo ello había de prestarse «según la posición social de la familia»].

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo¹⁰».

Es innecesario extenderse en que la denominada obligación alimenticia no se circunscribe al sustento propiamente dicho («no sólo de pan vive el hombre», reza el refrán), sino al conjunto de atenciones que requiere la formación de las personas, entre las que la necesidad de cobijo y domicilio y, en particular, las relativas a la instrucción y formación, asumen mucha mayor relevancia que los aspectos puramente alimenticios. Tanto que la reforma de 1981, conforme a la práctica y a las declaraciones de la jurisprudencia anterior, plausiblemente, consideró necesario expresar que la educación e instrucción del alimentista deben garantizarse incluso tras la mayoría de edad de éste «cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

La precisión en este caso resulta, en efecto, absolutamente necesaria, consideradas conjuntamente las dos circunstancias siguientes: en primer lugar, la reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años (arts. 12 de la CE y 315 del CC, según la redacción de la Ley 11/1981) y, de otra parte, la evidencia de que los años de educación y enseñanza (y, por tanto, de dependencia de los jóvenes) se han ido incrementando progresivamente a lo largo de todo el siglo xx.

5.2. Los alimentos estrictos

Entre hermanos «sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación» (art. 143.2 CC).

En general, se interpreta que tales «auxilios necesarios» equivalen a la satisfacción de las necesidades mínimas del hermano alimentista, sin que hayan de tenerse en cuenta el caudal o medios económicos del hermano obligado a prestarlos.

Sin embargo, la línea divisoria entre los alimentos amplios y estrictos por este concepto resulta extraordinariamente difusa, pues no hay razones determinantes para defender que los criterios de fijación de la cuantía de los alimentos, estable-

¹⁰ Este último párrafo puede considerarse reiterativo en relación con la «asistencia médica», pues nadie pondría hoy en duda la atención médica de la mujer embarazada. Sin embargo, semejante reiteración se debe a que, en el momento de la reforma de 1981, se prefirió dejar sentado que incluso las denominadas *madres solteras* tenían derecho a reclamar tales prestaciones sanitarias a sus progenitores o ascendientes, por encima de consideraciones técnicas o puramente gramaticales.

cidos en el artículo 146 CC, se hayan de aplicar exclusivamente a los alimentos amplios. De otra parte, la jurisprudencia sobre el particular es escasísima, si no inexistente (en el centenar de sentencias dictadas en los últimos diez años por el TS y las AAPP ninguna se refiere a reclamación de alimentos entre hermanos).

6. Determinación de la prestación alimenticia

6.1. Los criterios de determinación

Resulta impensable que el legislador pudiera establecer respecto de la obligación alimenticia cánones cuantitativos concretos, pues el casuismo de la materia lo impide de raíz. Desde antiguo, pues, los textos legales se han limitado a diferir al acuerdo entre las partes o, en su caso, al arbitrio judicial el establecimiento de la cuantía de los alimentos en cada caso, suministrando sólo el criterio de que debe atenderse conjuntamente a la situación económica de alimentista y alimentante. En su versión actualmente vigente (idéntica, en lo fundamental, a la originaria), el artículo 146 del Código establece, en efecto, que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe».

La situación patrimonial, pues, de los dos sujetos de la relación obligatoria ha de constituir el punto de partida de la fijación concreta de la obligación alimenticia, cuya prestación puede traducirse bien en una pensión o, por el contrario, en el mantenimiento del alimentista en la casa del alimentante.

6.2. Las formas de la prestación

El artículo 149 establece, desde la redacción originaria del Código, que «el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

La obligación alimenticia, pues, es técnicamente una obligación alternativa que puede cumplirse por el deudor alimentante, a su elección (conforme a la regla general en la materia: cfr. art. 1.132.1 CC), de dos formas diversas: mediante el pago de la correspondiente pensión pecuniaria o mediante el mantenimiento a domicilio del alimentista.

En principio, la práctica y algunos preceptos del Código otorgan primacía a la pensión pecuniaria que «se verificará por meses anticipados» (art. 148.2), dado el presupuesto de necesidad o menesterosidad del alimentista. Pero, desde luego, el planteamiento del artículo 149 no excluye que el alimentante, a su libre elección, decida atender y mantener al alimentista en su propio domicilio¹¹.

¹¹ La facultad de elección del deudor alimentante, sin embargo, no ha estado exenta de problemas en el pasado y, en los últimos años, ha originado numerosos problemas, sobre todo en situaciones de crisis matrimonial y, particularmente, de divorcio (el supuesto típico ha consistido en que el padre divorciado ha pretendido prestar, en su domicilio, alimentos a los hijos que han quedado bajo la custodia de la madre). Ante ello, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, añadió un segundo párrafo al artículo 149 del siguiente tenor: «Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad».

6.3. La fijación de la pensión

En el caso de que la obligación alimenticia se preste mediante pensión, en la generalidad de los supuestos de reclamación judicial, se acaba por establecer un *quantum* determinado mediante la correspondiente determinación de unidades monetarias (quince o cuarenta mil euros). Dicha cuantía, naturalmente, puede someterse (y así debe solicitarse expresamente en la correspondiente demanda) a cláusulas de estabilización que garanticen su valor en el futuro.

Cabe, sin embargo, también, establecer la pensión mediante la fijación de un porcentaje de los ingresos líquidos del alimentante (así, por ejemplo, SAP de Valladolid de 14 de julio de 1995, que establece un 35 por 100 en favor del hijo único del demandado, que es, una vez más, el padre)¹².

6.4. Duración temporal de la prestación

Una vez establecida judicialmente la pensión de alimentos a cargo de un alimentante, la obligación de prestarla subsistirá hasta que concurra alguna de las causas de extinción que luego veremos.

7. La modificación de la pensión

La dependencia de la prestación alimenticia de la situación patrimonial de las partes, de un lado, y, de otro, su carácter propio de obligación duradera periódica, conlleva que, no obstante las dificultades de su determinación, la cuantía (o, en su caso, el porcentaje) de la pensión es esencialmente modificable. Así lo expresa indubitadamente el artículo 147 CC, conforme al cual «los alimentos [...] se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos».

Así pues, la obligación alimenticia es susceptible de modificación mientras no se haya extinguido, dependiendo de los propios criterios de determinación de la pensión inicial. Esto es, la cuantía de la pensión es, por naturaleza, modificable, pues las necesidades del alimentista y la fortuna o situación patrimonial pueden aumentar o disminuir por muy diferentes circunstancias (el alimentista hereda o deja de estar inhabilitado para el trabajo o mejora de salud, etcétera; el alimentante resulta agraciado con un jugoso premio de la Lotería Nacional en Navidad o, por desgracia, pasa a incrementar el abultado censo de desempleados característico de la sociedad actual, etcétera)¹³.

¹² El análisis de la jurisprudencia más reciente (de las Audiencias Provinciales) arroja el dato de que, al menos para familias de tipo medio, la fijación cuantitativa de la pensión en favor de los hijos oscila alrededor de trescientos euros mensuales.

Es posible la fijación de pensiones cuantitativamente diferentes para hijos de distintos matrimonios, en función de la diversidad de circunstancias de unos y otros alimentistas, pues para fijar la pensión del padre hay que tener en cuenta la aportación que corresponde realizar a la madre (STS 489/2001, de 18 de mayo).

¹³ Ante ello, alguna sentencia y ciertos autores han recurrido a la idea de la *cláusula rebus sic stantibus* (la SAP de Girona de 2 de noviembre de 1994 afirma que «el derecho a pedir una prestación alimenticia viene siempre limitado por las circunstancias personales, necesidad y posibilidades del obligado a prestarlas, no pudiendo perderse de vista que la condena en juicio a prestar alimentos provisionales está sometida a la *cláusula rebus sic stantibus*, pudiéndose, en consecuencia, en lo sucesivo reducir o aumentar según lo hagan las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiese de satisfacerlos»). Mas se trata de un planteamiento absolutamente erróneo, si se atiende al verdadero significado de la *cláusula rebus sic stantibus* en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, en el ámbito de las prestaciones contractuales. Preci-

La variación de las circunstancias patrimoniales del alimentista o del alimentante puede llegar a ser del tal gravedad o incidencia que llegue a determinar la extinción de la obligación alimenticia, contemplada con cierto detalle en los artículos 150 a 152 del Código civil, cuyo comentario hemos de omitir ante la ineludible exigencia de que el original de esta aportación no supere el número de páginas al que hemos llegado, remitiendo para observaciones complementarias al tomo sexto de nuestros “Principios de Derecho Civil”, *Derecho de familia*, anualmente revisado desde hace años y a cuya última edición remitimos también para la oportuna nota bibliográfica¹⁴.

samente la mera existencia del artículo 147 CC, dirigido a procurar la debida adecuación entre la situación patrimonial de alimentista y alimentante y la cuantía de la pensión, manifiesta palmariamente que el propio legislador ha establecido un medio de ajuste del desequilibrio sobrevenido en la obligación alimenticia y, en consecuencia, la inexistencia de los requisitos exigidos recurrentemente por el Tribunal Supremo para que entre en juego la reiterada *cláusula rebus sic stantibus* en el ámbito contractual.

¹⁴ C. LASARTE, *Derecho de familia*, 14ª ed., M. Pons, Madrid, 2015; ISBN 978-84-16402-27-4

Vivienda y sobreendeudamiento familiar en el marco de diversos ordenamientos jurídicos¹

Fátima Yáñez Vivero²

Resumen: Se discute la cuestión de que el deudor concursado pueda conservar la propiedad de la vivienda familiar una vez que se inicia un procedimiento concursal. Realizando para ello, un análisis comparativo de su tratamiento específico en diversos ordenamientos jurídicos. Resulta imprescindible orquestar mecanismos que permitan conservar la vivienda familiar en el concurso - y tras él - porque la pérdida de la vivienda hipotecada del deudor no solamente perjudica el interés personal y familiar de éste y la posibilidad de una “segunda oportunidad” sino que no beneficia, en la mayor parte de los casos, los intereses del concurso.

Palabras clave: vivienda familiar del deudor, procedimiento concursal, hipoteca, segunda oportunidad, ordenamientos jurídicos.

Abstract: *The matter about the insolvent debtor can preserve the family home property once that the insolvency proceedings are opened is discussed. Executing for that purpose, a comparative analysis about his specific treatment in several different national legal systems. There is vital to create mechanisms which allow to preserve the family home during the insolvency proceedings –and after- because the loss of the debtor mortgaged home not only damage his personal and family interest, and the possibility of a “second chance” but which not benefits the insolvency proceedings interests, in most of cases.*

Key words: *debtor family home, insolvency proceedings, mortgage, second chance, national legal systems.*

I. Preliminares

Un pilar fundamental para alcanzar una protección sólida del interés familiar en sede de procedimientos de insolvencia es el de la tutela de la vivienda del deudor. Si bien la vivienda familiar es embargable en el concurso de acreedores español, no

¹ Este estudio se integra en el Proyecto de Investigación I+D+I DER2013-48825-R, titulado “Perspectivas y retos europeos en la regulación jurídica de las fundaciones y del mecenazgo: gobierno, control público, responsabilidad, fiscalidad” y cuyo Investigador Principal es el Profesor Juan-Cruz Alli.

² Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Correo electrónico: fyanez@der.uned.es

olvidemos que también en el procedimiento concursal está regulado un derecho de alimentos, incluso en un escenario de liquidación, cuando sea imprescindible para la atención de las necesidades mínimas del concursado y de su familia más directa. Y, naturalmente, dentro del término “alimentos” habrá que destinar una partida a proporcionar, en su caso, “techo” al deudor y a su familia en la medida en que “alimentos” también comprende todo lo que es indispensable para, entre otras cosas, “la habitación”, *ex art. 142*, primer inciso, del Código Civil. Igualmente, dentro del elenco de bienes inembargables, regulado en el art. 606.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentra lo necesario para la subsistencia del deudor y, por tanto, también los gastos imprescindibles para poder “habitar” una casa.

Ahora bien, una cosa es la tutela de las necesidades vitales básicas del deudor y otra bien diferente es que el deudor concursado pueda conservar la propiedad de la vivienda familiar una vez que se inicia un procedimiento concursal. Es esta segunda cuestión la que suscita serias dudas, si bien unos recientes pronunciamientos del Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona introducen alguna novedad en la interpretación de los preceptos concursales aplicables, permitiendo que los concursados (un matrimonio de pensionistas) puedan acceder al beneficio de la exoneración del pasivo pendiente sin haber satisfecho alguno de los créditos privilegiados y sin que la vivienda familiar hubiera sido objeto de liquidación concursal.

Sin perjuicio de que abordemos el contenido de estas resoluciones en el último epígrafe de este trabajo, baste ahora con resaltar lo novedoso de estos Autos que, aun sin una cobertura legal expresa, se atreven – a petición de la administración concursal – a buscar una solución al problema de la vivienda que abra las puertas a lo más parecido a una verdadera *segunda oportunidad*. Porque, tal vez para muchos deudores, de nada servirá que se les exonere de la deuda hipotecaria pendiente que no se haya cubierto con la ejecución de la garantía, al amparo del nuevo apartado quinto del artículo 178 bis de la Ley Concursal, si se les ha dejado sin la casa, sin “su” casa. Empezar de nuevo, así, puede ser muy complicado. Como señala el *Informe del Banco Mundial sobre tratamiento de la insolvencia de personas naturales*, el objetivo es que cuando los deudores reciben la exoneración y salen de la insolvencia obteniendo un *fresh start*, deberían conservar suficientes propiedades para poder satisfacer sus necesidades domésticas después de la insolvencia, para ellos y sus familias (...)³. Además, la vivienda familiar es, sin duda, el activo más importante desde el punto de vista psicológico, por servir de residencia y de punto de encuentro para la familia; y perder esa vivienda concreta puede significar un duro golpe para cualquier deudor⁴.

Se hace, pues, imprescindible orquestar mecanismos que permitan conservar la vivienda familiar en el concurso – y tras él – porque la pérdida de la vivienda hipotecada del deudor no solamente perjudica el interés personal y familiar de éste y la posibilidad de una *segunda oportunidad* sino que no beneficia, en la mayor parte de los casos, los intereses del concurso. Esta es la filosofía que inspira las recientes resoluciones judiciales a las que acabamos de referirnos, pero al no gozar de un claro respaldo normativo claman, en mi opinión, una reforma legislativa inmediata que permita la conservación de la vivienda familiar. De lo

³ Vid. el contenido íntegro del informe en la siguiente web http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf. El texto que se ha entresacado se puede leer en la página 136, punto 421.

⁴ Vid., igualmente, el precitado informe del Banco Mundial, *ibidem*.

contrario, también los acreedores hipotecarios quedarán perjudicados ya que, tras la ejecución que no satisfará seguramente una parte más o menos importante de la deuda, asistirán de modo obligado, si se abre el *fresh start*, a la remisión de todo lo pendiente que no se haya podido satisfacer con la ejecución.

II.- El Derecho al uso de la vivienda del *fallito* en Italia

El segundo apartado del artículo 47 de la *Legge Fallimentare* italiana establece, en su regla segunda, que “*la casa di proprietà del fallito, nei limiti in cui è necessaria all’abitazione di lui e della sua famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla liquidazione della attività*”.

Se trata del denominado *diritto all’uso della casa di abitazione*. La doctrina italiana considera que en estos casos – a diferencia de lo que sucede con los alimentos – sí que nos encontramos ante un verdadero derecho, un auténtico derecho real de uso⁵. El derecho está condicionado a la existencia de tres presupuestos: que la casa sea propiedad del quebrado; que estuviese destinada a vivienda de él y de su familia en el momento de la declaración de la quiebra y que el quebrado tenga la necesidad de disponer de ella para la satisfacción de sus necesidades de habitación.

Partiendo, como se ha dicho, de una *infelice formulazione della norma*⁶ en la medida en que fija el límite de tal derecho de uso en la “liquidación de la actividad”, la Corte Suprema italiana ha interpretado que por tal expresión hay que entender la enajenación del patrimonio inmobiliario constituido por la vivienda habitual del quebrado⁷. Se ha admitido, en la doctrina italiana, que la administración de la quiebra tiene el poder de vender la casa de propiedad del quebrado, incluso antes de la fase final del procedimiento de quiebra⁸.

Y en un sentido similar, el Tribunal de Mantua, el 9 de febrero de 2011, declaró que el artículo 47, párrafo segundo de la *Legge Fallimentare*, cuando establece que *la casa di proprietà del fallito non può essere distratta dall’uso abitativo fino alla liquidazione delle attività*, no puede ser interpretado en el sentido de que el “curador” de la quiebra esté obligado a vender la casa del quebrado solamente después de haber liquidado el resto de los bienes de la masa de la quiebra. La norma solo obliga al curador a permitir el uso de la casa al deudor hasta que ésta no deba ser vendida⁹.

Este pronunciamiento judicial responde a una tendencia doctrinal reciente, favorable a la liquidación de la casa del quebrado en el transcurso del procedimiento – y no al final del mismo – cuando se presenten buenas condiciones de mercado, porque ello contribuye, además, a acelerar el procedimiento, que es uno de los objetivos de la reforma concursal italiana de 2006. Con todo, y partiendo de la imprecisión de la norma italiana respecto al ámbito temporal de ejercicio del

⁵ Vid. TESCARO, M. y ZACCARIA, A. (2013). *Commentari articoli 46-47 Legge Fallimentare*. En: Maffei Alberti (dir.), *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 6ª ed., Padova: Cedam, (p. 242); también GUGLIELMUCCI, L. (1986). *Degli effetti del fallimento per il fallito*. En: G. Ferra y L. Guglielmucci (dir.), *Commentario Scialoja-Branca. Legge Fallimentare*, vol. 3, artt. 42-50. Bologna: Zanichelli (p. 161).

⁶ Vid. PETTARIN, G. y CACCIAGUERRA, G. (2001). *Problema in tema di diritto del fallito all’abitazione* (Cassazione, 30 aprile 2000, numero 7142). *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Parte Prima, 706-720.

⁷ Vid. Sentencia de Casación Civil de 17 de marzo de 1958, número 869.

⁸ Vid. TESCARO y ZACCARIA, *op. cit.*, p. 309.

⁹ Vid. www.ilcaso.it, en el archivo del Tribunal de Mantova.

derecho, comparto la opinión de quien considera que la venta de la casa y, en consecuencia, el cese del derecho de uso sobre la misma del quebrado y de su familia debería hacerse tras haber liquidado todo el patrimonio del quebrado¹⁰.

Debería ser, pues, el último de los activos en vender porque, indudablemente, constituye el bien más valioso no tanto por su cuantía cuanto por ser el soporte de la habitación o de la convivencia familiar del quebrado. Y en caso de haberse vendido la vivienda antes que otros activos patrimoniales, habría que procurar, de otro modo, el derecho de habitación al quebrado y a su familia, por ejemplo, a través de la vía del subsidio alimenticio previsto en el artículo 47 LF. Para evitar acudir a esta solución extrema que, de otro lado, perjudica a la masa, es mejor, indudablemente, esperar a enajenar la vivienda familiar hasta el final del procedimiento de liquidación de todos los activos.

Particular atención merece la situación en la que la vivienda no sea propiedad del quebrado sino que haya sido arrendada por éste. La jurisprudencia italiana, en un primer momento, consideró que el contrato de arrendamiento quedaba al margen de la quiebra y que, por tanto, debía aplicarse el art. 80 de la *Legge Fallimentare* (Sentencia de Casación Civil de 22 de octubre de 1976, número 3770)¹¹. Sin embargo, más adelante, tal consideración tomó otro rumbo y, actualmente, se entiende que la relación arrendaticia queda excluida de la quiebra en atención a su naturaleza personal (Sentencia de Casación Civil de 9 de junio de 1993, número 6424)¹².

Se trataría, según esta posición, de una relación jurídica de naturaleza estrictamente personal, al amparo del art. 46.1 de la *Legge Fallimentare*, dirigida a la satisfacción de una exigencia primaria de vida y ajena a los intereses de la masa. Que quede ajena a la masa tal relación jurídica se traduce en que el quebrado puede pagar las rentas necesarias para seguir disfrutando del arrendamiento con aquellos bienes excluidos de la masa de la quiebra, por lo que habrá de reservarse una determinada cuantía de los bienes excluidos para satisfacer las necesidades arrendaticias del deudor y de su familia. Esta importante distinción trazada entre el quebrado arrendatario (que tendría derecho a seguir disfrutando del arrendamiento) y el quebrado propietario que podría verse desprovisto de la casa de su propiedad ha suscitado, en algunos autores, una duda de inconstitucionalidad respecto a una disposición que ofrece una tutela más favorable a quien arrienda que a quien es propietario¹³.

Veremos, más adelante, que no es idéntico el tratamiento que la vivienda arrendada recibe en los supuestos de declaración de concurso en España si bien, en líneas generales, consideramos extrapolable a nuestro régimen esta última conclusión, según la cual pudiera recibir una mayor tutela el arrendatario de una vivienda declarado insolvente que el propietario en esas mismas circunstancias.

¹⁰ Así lo defiende MORACE PINELLI, A. (2010). *Disposizioni generali. Fallimento*. En A. Nigro, M. Sandulli, y V. Santoro. La legge fallimentare dopo la riforma. Torino: Giappichelli Editore, p. 703.

¹¹ Según el texto del art. 80, vigente en ese momento, “il fallimento del locatore, salvo patto contrario non scioglie il contratto di locazione d’immobili, ma il curatore subentra nel contratto. In caso di fallimento del conduttore, il curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un giusto compenso, che nel dissenso fra le parti è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il credito per il compenso è privilegiato a norma dell’art. 2764 del codice civile”.

¹² Véanse tales referencias en PARISI, P. (2010). *Alimenti al fallito e alla famiglia*. En: C. Cavallini (dir.), Commento alla legge fallimentare. Roma: Egea (pp.974-977).

¹³ Vid. estas reflexiones en PETTARIN Y CACCIAGUERRA, *op. cit.*, pág. 709.

III.- La vivienda familiar en la legislación concursal española¹⁴

El tratamiento que la vivienda familiar recibe en la legislación concursal española es notablemente diferente. Si bien el artículo 1320 del Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición sobre la vivienda habitual con independencia de que su titularidad sea de uno o del otro cónyuge, ello no impide el embargo de la vivienda por deudas, de modo que en el caso de que se declare el concurso respecto de uno de los cónyuges, la vivienda habitual integrará la masa activa del concurso cualquiera que sea su naturaleza, ganancial o privativa del cónyuge concursado.

En España, se ha puesto de relieve que una de las desventajas del concurso de persona física es la inmediata pérdida de la vivienda familiar, a diferencia de lo que sucede, como hemos visto, en el ordenamiento italiano. Son varios los aspectos que inciden directamente en el poco uso del concurso de acreedores por los particulares en España, y uno de ellos es, precisamente, que la declaración de concurso de persona física no supone la suspensión de la ejecución hipotecaria de la vivienda del concursado, principal - y habitualmente - único activo del particular y, a su vez, la hipoteca que la grava, el principal pasivo del mismo¹⁵. Esta suspensión se aplica únicamente a aquellos inmuebles vinculados a la actividad profesional o empresarial del deudor. En otros términos: aun estando en concurso de acreedores, el particular perderá la vivienda donde habita con la consiguiente merma de su patrimonio. Asimismo, para aquellas personas físicas que se encuentren en concurso de acreedores y vivan en régimen de arrendamiento, el desahucio de la vivienda sólo podrá evitarse pagando la totalidad de las rentas debidas, por lo que la declaración de concurso por la propia persona física no aporta ninguna ventaja en este sentido respecto a la no declaración del mismo.

En definitiva, para una persona física con problemas de sobreendeudamiento, cuyo patrimonio principal y único sea su vivienda habitual (incluso viviendo en régimen de arrendamiento), acudir al procedimiento concursal en búsqueda de solución a dichos problemas, significará, casi con toda seguridad, encontrarse a la finalización del mismo sin su hogar familiar. De otro lado, el carácter de vivienda habitual de la familia no justifica un hipotético derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo que se trate de un bien privativo suyo; y si la vivienda habitual es ganancial, la única vía de la que dispone el cónyuge del concursado para salvaguardar su derecho es la que le ofrece el artículo 78.4 de la Ley Concursal en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales.

A continuación, examinaremos los tres escenarios más relevantes en los que se puede encontrar el concursado en relación a la vivienda familiar, a la luz de la vigente legislación concursal.

1. La vivienda familiar arrendada por el concursado

Cuando la vivienda familiar del concursado lo es a título de arrendamiento se aplicará el artículo 61.2 de la Ley Concursal, según el cual la declaración de concurso no afectará a la vigencia de contratos con obligaciones recíprocas que

¹⁴ Para un tratamiento general completo de esta cuestión, vid. HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. Anuario de Derecho Concursal, núm. 25, 185-206.

¹⁵ Así, CUENA CASAS, M. (2009). Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física. En: Aspectos civiles de derecho concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones (pp. 4 y ss).

estén pendientes de cumplimiento. Consecuentemente, aquellas prestaciones a las que esté obligado el concursado, como las rentas o precio de arrendamiento, se harán con cargo a la masa activa. Y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84.2.6º de la Ley Concursal, las cantidades debidas en concepto de arrendamiento, como las de cualquier otro contrato, tendrían la consideración de créditos contra la masa y, por tanto, para su satisfacción se detraerán de la masa los bienes y derechos (no afectos al pago de los créditos con privilegio especial), necesarios para su pago antes de proceder a pagar los créditos concursales. Con todo, es necesario recordar que tal “etiqueta”, de créditos con cargo a la masa, solamente se aplicará a los créditos nacidos por el incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso, pues aquellos procedentes del incumplimiento del concursado, cuando todavía no lo era, recibirán el tratamiento propio de los créditos concursales.

Ahora bien, y sin perjuicio de estas consideraciones, el arrendador, a consecuencia del impago de la renta vencida antes o después de la declaración de concurso, puede resolver el contrato e instar el desahucio del arrendatario que haya sido declarado en concurso de acuerdo con lo dispuesto por el art. 62.1 de la Ley Concursal.

E, incluso en el caso en que las rentas se abonen con normalidad, se podría solicitar la resolución (más bien extinción) del contrato de arrendamiento si conviniese al interés del concurso, de acuerdo con lo establecido por el art. 61.2.2º LC. En esta hipótesis se contraponen el interés del concurso que tratará de evitar cualquier menoscabo en la masa activa como el gasto que supone el pago de las rentas y el interés del concursado, y de su familia, de mantener la vivienda para habitación.

Difícil equilibrio el que se plantea en esta situación, aunque parece obvio que el interés del concurso parece ser el actualmente predominante, si bien la administración judicial no debería adoptar tal decisión de resolución hasta que termine o concluya la fase de convenio. De hacerlo antes, el perjuicio personal ocasionado al concursado y a su familia podría ser muy elevado y habría de ser compensado en la medida en que pesa sobre la masa la obligación de alimentar al concursado y a su familia. Y alimentar es también proporcionar una habitación, de modo que si se “echa” al arrendatario concursado de la vivienda habría que reservarle, con cargo a la masa concursal, las rentas necesarias para pagar otra vivienda que le sirva de cobijo.

En otros términos: las consecuencias de la resolución de un contrato de arrendamiento del concursado, al amparo del art. 61.2 LC – para todos los contratos con obligaciones recíprocas - y en aras del interés del concurso, revertirán, de nuevo, sobre el concurso, porque, bajo el paraguas del “derecho de alimentos” del concursado y de sus familiares (art. 47 LC), la masa estará obligada a darles alimentos en el amplio sentido que el término tiene en nuestra legislación civil aplicable al caso, al no establecerse otra cosa diversa en la legislación concursal. Es obvio que sea por la vía de los alimentos, sea por la vía del patrimonio inembargable (para satisfacer las necesidades básicas del deudor), el concursado tendrá derecho a que se le reserven unas cantidades para poder satisfacer las necesidades más elementales y básicas de su vida.

Problemática diversa a la del concursado arrendatario es la del concursado, propietario de una casa, que la arrienda a otra persona como vivienda familiar. En estos casos, la situación más delicada se puede presentar en la fase de liquidación concursal porque en la fase de convenio, al igual que sucede en el caso del concursado arrendatario, el contrato se mantendrá (*ex art. 61.1 LC*), salvo que una de las partes no cumpla con sus obligaciones y pueda solicitarse la resolución, o cuando, en interés del concurso, la administración concursal o el concursado pidan la extinción (*art. 61.2 LC*). En la fase de convenio lo normal es que la relación arrendaticia se mantenga, en la medida en que en nada perjudica al concurso del arrendador un arrendamiento en el que la vivienda pasa a integrar la masa activa y el arrendatario continúa pagando las correspondientes rentas que, igualmente, integrarán, sin perjuicio de los bienes declarados inembargables *ex art. 76 LC*, la masa activa de ese concurso.

Sin embargo, si se abriese la fase de liquidación y, por tanto, se procediese a la enajenación de todos los activos, incluida la vivienda puesta en arrendamiento por el concursado a un tercero, es obvio que el arrendatario podría ver extinguido su contrato. Ello, naturalmente, salvo en el caso en que el arrendamiento se hallare inscrito en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso resultaría oponible a terceros y también, por tanto, a los acreedores concursales y a quien adquiriera la vivienda liquidada, que deberá respetar el arrendamiento hasta el final de su duración.

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento concursal español, donde los efectos del concurso sobre el contrato de arrendamiento son los mismos independientemente de quién sea el concursado (el arrendador o el arrendatario), en otros ordenamientos, como el italiano, existen diferencias significativas. Así pues, de acuerdo con el artículo 80 de la *Legge Fallimentare*, tras la redacción dada por el Decreto Legislativo de 12 de septiembre de 2007, número 169, si es el arrendador el quebrado, la declaración de quiebra no extingue el contrato y el *curatore fallimentare* se subroga en el contrato. Ahora bien, si la duración del contrato de arrendamiento es superior a cuatro años, el curador tiene la facultad de desistir del contrato. Correspondería, en ese caso de desistimiento, indemnizar al arrendatario por los perjuicios ocasionados por tal desistimiento. Si, por el contrario, es el arrendatario el quebrado, el curador puede, en cualquier momento, desistir del contrato, correspondiendo indemnizar al arrendador por el desistimiento anticipado.

Hemos de observar que la facultad de desistimiento existente en el ordenamiento italiano de quiebras, según el cual se puede abandonar el contrato de arrendamiento cuatro años después, en el caso del arrendador quebrado, y en cualquier momento, en caso del arrendatario en quiebra, supone una significativa diferencia respecto al ordenamiento concursal español, donde la extinción del contrato de arrendamiento no puede producirse por el simple y libre desistimiento de la administración concursal y ha de estar justificada o bien en una causa de resolución (por incumplimiento de una de las partes) o bien en interés del concurso.

No obstante, y pese a que las circunstancias que permiten poner fin al contrato de arrendamiento a consecuencia de una declaración de concurso o de quiebra, son bien diversas en los ordenamientos español e italiano, es indudable que, tanto

en uno como en otro, va a pesar sobre la masa o sobre los bienes inembargables del deudor la obligación de prestar alimentos al deudor y a su familia, garantizándoles una existencia digna y, por tanto, también un cobijo bajo el cual vivir.

En otros términos, cese o no el arrendamiento, al arrendatario habrá de asegurarse el mínimo vital, en el cual se encuentran las cantidades necesarias para poder vivir bajo un techo digno. De ahí que la Corte de Casación italiana haya considerado, como hemos anunciado, que la relación arrendaticia que recae sobre una vivienda familiar debe quedar excluida de la quiebra en atención a su naturaleza personal (Sentencia de Casación Civil de 9 de junio de 1993, número 6424) y, al amparo del art. 46.1 de la *Legge Fallimentare*, han de reservarse los bienes inembargables necesarios para la satisfacción de una exigencia primaria de vida.

2. La vivienda familiar propiedad del concursado

A. La vivienda familiar no sujeta a gravamen hipotecario

Una de las particularidades más relevantes que puede presentar la vivienda familiar libre de carga hipotecaria en el concurso es la paralización de las ejecuciones singulares sobre la misma. El artículo 55 de la Ley Concursal establece que una vez declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. En consecuencia, no podrá ejecutarse, de modo separado, la vivienda familiar; y todas aquellas actuaciones que contra la vivienda se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC).

La paralización de las ejecuciones singulares no solamente beneficia al conjunto de acreedores en concurso y a la *par conditio creditorum* sino que también resulta favorable al deudor en la medida en que se abre la posibilidad de alcanzar un convenio, con quita o espera del crédito que se reclamaba. Como se sabe, la propuesta de convenio deberá presentarse acompañada de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, si fuera el caso, los recursos derivados de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, entre los que se puede encontrar la vivienda familiar (art. 100.4 LC).

En consecuencia, la vivienda familiar puede resultar ya enajenada en la fase de convenio pero lo cierto es que mientras no se llegue – si se llega – a la fase de liquidación, el concursado podría conservar el uso de la vivienda familiar. Abierta la fase de liquidación, las cosas empeoran notablemente para el concursado y el plan de liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso afecta también, si no se ha enajenado antes, a la vivienda familiar. La fase de liquidación supone, por tanto, la pérdida de la vivienda familiar con independencia de que el deudor sea de buena o mala fe o haya incurrido en un sobreendeudamiento irresponsable.

Observemos que no dista tanto el tratamiento del uso de la vivienda familiar en el ordenamiento de quiebras italiano de la hipotética conservación de la vivienda en caso de que la propuesta de convenio no haya previsto su enajenación para dar cumplimiento al plan de pagos. Llegados a la fase de liquidación de bienes y derechos, el uso, la conservación de la vivienda familiar cesa en ambos

ordenamientos. Sin embargo, es posible conservar la vivienda antes de llegar a ese estadio, en todo caso, en el ordenamiento italiano; y siempre que no se haya previsto la enajenación en el convenio, en el ordenamiento español.

Así pues, resulta curioso – tal vez paradójico – vislumbrar cómo si la vivienda no está hipotecada (y, por tanto, resulta menos costosa y gravosa para el deudor) la ejecución que recaiga sobre la misma se suspende o paraliza y, salvo que se abra la fase de liquidación, el deudor podrá conservar la propiedad de la misma; mientras que recayendo sobre la vivienda una hipoteca (e indudablemente siendo más penosa y gravosa su adquisición) el deudor verá cómo, en principio, la ejecución seguirá adelante y perderá la propiedad de la misma. A ello dedicaremos alguna atención en el siguiente apartado.

B. La vivienda familiar hipotecada¹⁶

Y si ya la vivienda familiar resulta embargable en concurso, la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en el seno de un procedimiento concursal es uno de los ámbitos en los que se aprecia un trato perjudicial a la insolvencia de la persona física no empresaria respecto a la insolvencia del empresario o profesional.

Como se sabe, la declaración de concurso desencadena la paralización de las acciones individuales que se hubieran iniciado sobre los bienes del concursado así como la prohibición de nuevas ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales, con la salvedad del artículo 55.1 de la Ley Concursal, y solo hasta la aprobación del plan de liquidación, de aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y de aquellas ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado antes de la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Ahora bien, la paralización o suspensión de las ejecuciones singulares no afecta a los acreedores que dispongan de una garantía real (artículo 55.4 LC en conexión con el art. 56 del mismo texto) quienes, como regla general, podrán iniciar o continuar la ejecución hipotecaria y solamente pierden el derecho de ejecución separada cuando se abre la fase de liquidación (art. 57.3 LC).

Si no fuera porque la Ley Concursal distingue entre bienes afectos y no afectos a la actividad comercial o empresarial del deudor, la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar podría quedar en suspenso, a la luz de la regla general del art. 55.4. Pero, en efecto, el artículo 56.1 dice que “los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación...”¹⁷. De ello se desprende,

¹⁶ Para un estudio interesante sobre la financiación de la vivienda familiar en la actual coyuntura de crisis económica, vid., MORETÓN SANZ, F. (2010). *Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 720, 1747-1767.

¹⁷ La determinación de si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor corresponde al Juez del Concurso, según reza el apartado quinto del artículo 56 LC.

obviamente, que los bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial quedan fuera del paraguas protector de la norma¹⁸. Así sucedió en muchos casos enjuiciados por nuestros tribunales, como, por ejemplo, en el visto por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca (auto de ejecución hipotecaria de 25 de mayo de 2010) en el que se confirmó su competencia para ejecutar un bien inmueble aunque fuese la vivienda familiar del concursado. Igualmente sucedió en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17ª), de 18 de abril de 2011, en el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 5ª), de 28 de junio de 2007 y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3, Barcelona, de 29 de diciembre de 2004. En todos estos pronunciamientos se reconoce que es el Juzgado de lo Mercantil el que tiene capacidad para determinar si el bien susceptible de subasta está afecto a la actividad productiva del concursado y en caso de no reconocer esta afección (que es lo que sucede cuando el bien es la vivienda del concursado) la ejecución hipotecaria prosigue en el Juzgado de Primera Instancia donde el acreedor la instó.

Con todo, si bien es ésta la interpretación efectuada de modo mayoritario por quienes se ocuparon de este tema, no hay que desdeñar la visión de quienes, basándose en que el Anteproyecto de Ley Concursal de 30 de marzo de 2000 no realizaba tal diferencia entre bienes afectos y bienes no afectos, entienden que el vacío normativo hoy existente respecto a los bienes afectos conduce a aplicar a estas ejecuciones la regla general, es decir, la paralización o suspensión de las ejecuciones (arts. 55.1 y 55.2 LC), lo que implicaría la pérdida del privilegio de la ejecución separada¹⁹.

En este sentido, se propone una suerte de interpretación correctora de la Ley Concursal a la luz de la realidad social del momento en que vivimos, siempre que no perjudique el interés del concurso. Tal interpretación consiste en partir de que la excepción prevista en el artículo 55.4 lo es solamente para las hipotecas sobre bienes afectos a la actividad empresarial, de modo que las hipotecas sobre bienes no afectos se rigen por la regla general del art. 55.2, es decir, suspendiéndose la ejecución con efectos desde la fecha de declaración de concurso. Esta interpretación podría prosperar – se ha señalado – en un contexto de grave crisis económica como el que vivimos, para la problemática de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar del concursado²⁰.

Parece sumamente razonable esta posición y, sin duda, la más acorde con los tiempos que vivimos, pero cabe preguntarse por qué no queriéndose que así sean las cosas no se ha aprovechado alguna de las múltiples reformas que se han realizado de la Ley Concursal, desde su aprobación en 2003, para establecer la suspensión o paralización de la ejecución, no sólo de los bienes afectos que expresamente ha figurado siempre, sino también de algunos de los no afectos, fundamentales para vivir el concursado, como su vivienda familiar. Sin embargo, no es eso lo que ha acontecido. La Ley concursal se ha reformado en múltiples

¹⁸ Vid., a título de ejemplo, CARRASCO PERERA, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. 2ª edición. Madrid: Thomson-Civitas (p. 90); y, también, CUENA CASAS, M. (2009). *La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar*. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, 223-240.

¹⁹ Esta es la posición adoptada por JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011), *Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores* (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 725, 10.

²⁰ Vid. JIMÉNEZ PARÍS, T., op. cit., *ibidem*.

ocasiones y el art. 55.4 no se ha tocado para incluir lo que parece razonable, es decir, la vivienda familiar. De otro lado, si inicialmente en un Anteproyecto de la vigente Ley Concursal (30 de marzo de 2000) tanto las ejecuciones sobre bienes afectos como no afectos eran objeto de suspensión y no se establecía distinción alguna entre bienes afectos y bienes no afectos y, luego (Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001), se suprimió la referencia a los “bienes no afectos”, será porque a propósito quiso mantenerse tal distinción.

En consecuencia, dudo acerca de si los tribunales efectuarán una interpretación de las normas que lleven a conclusiones diferentes de lo que quiso el legislador, no necesariamente justo.

Y esta distinción – justificada o no – arrastra consecuencias importantes si el concurso finaliza en liquidación, porque, entonces, entiendo que no cabría la posibilidad de que la administración concursal que lo desee acuda a la facultad que le otorga el artículo 155.2 de la Ley Concursal en el intervalo entre la suspensión de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso ante el juez civil, incompetente para el conocimiento de la ejecución desde la declaración de concurso (art. 8.3 LC) y su reanudación ante el juez del concurso, siempre que con ello se pueda obtener algún beneficio para el concurso. Sin embargo, tal vez realizando una interpretación extensiva – que no analógica – del artículo 155.2 de la Ley Concursal, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 10 ha permitido que una administración concursal suspenda, de modo indefinido, la liquidación de un crédito hipotecario sobre la vivienda familiar de dos pensionistas que viven con dos de sus cinco hijos (Autos número 138/2015 y 139/2015, de 15 de abril).

Es indiscutible, a mi modo de ver, la justicia de la resolución, si bien la arquitectura jurídica de estos Autos podría tambalearse en la medida en que la letra de la ley – al menos por el momento – no admite excepcionar la liquidación de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. A ello dedicaremos el último de los epígrafes de este estudio porque es cierto que dándose determinadas circunstancias, como estar al corriente del pago de la deuda hipotecaria y la posibilidad de asumir las cuotas hipotecarias futuras, la liquidación de la vivienda debería quedar en suspenso. Pero para ello es necesario demandar una cobertura legal futura a esta situación.

Lo cierto es que no concurriendo las circunstancias que acabamos de anunciar y que dan lugar a esas resoluciones judiciales - nada frecuentes por el momento -, la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar seguirá su curso. Y, en este sentido, tampoco la reciente normativa de 2012 sobre protección de deudores hipotecarios hace nada para impedir que el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar prosiga. Tanto el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, como el Real Decreto Ley 27/2012, ambos de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, y reforzando el último de los citados la protección frente al desahucio, no otorgan un tratamiento especial a la vivienda familiar y no alteran el procedimiento de ejecución hipotecaria, de modo que aunque se detenga el desahucio, la deuda sigue aumentando y la vivienda será finalmente, antes o después, subastada.

Tampoco impiden la definitiva ejecución de la vivienda ni la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ni la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, que supone la culminación del desarrollo

del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, cuya intención es la de regular, en el ámbito que nos ocupa, medidas de prórroga de dos años de la suspensión de los desahucios sobre viviendas habituales para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, permitiendo la reestructuración de su deuda.

No olvidemos que, debajo de todo ello, late, aunque no sea políticamente correcto decirlo, un problema de sobreendeudamiento de los particulares o, dicho de otro modo menos eufemístico, de endeudamiento irresponsable. Parece que el legislador español – pero tampoco el Parlamento europeo y el Consejo en la reciente Directiva de 4 de febrero de 2014 – afrontan la cuestión del sobreendeudamiento, tal vez porque ello podría desencadenar un encarecimiento del crédito. Encarecimiento del crédito que también se vería favorecido si la vivienda – habitualmente el bien inmueble de más valor y, lamentablemente, el único en muchos casos – no fuese susceptible de embargo. Ha sido ya criticado en nuestro ordenamiento que el mercado crediticio en España se asiente, solo, en la composición del patrimonio embargable y que no se tengan en cuenta los denominados “criterios comportamentales”, a diferencia de lo que sucede en los países anglosajones²¹.

IV.- Las limitaciones de responsabilidad sobre la vivienda familiar en la experiencia de algunos ordenamientos jurídicos

1. El *Fondo Patrimoniale*, el bien de familia, el *homestead*, o la *insaisissabilité de la résidence principale*

Ya hemos anticipado que en el ordenamiento concursal italiano, la vivienda familiar goza de una cierta protección en la medida que en que no se le priva, al quebrado, del uso de la misma de modo automático. Pero también, con carácter general, en Italia puede constituirse el denominado *fondo patrimoniale*, en virtud del cual los cónyuges pueden separar parte de su patrimonio (normalmente la vivienda) y destinarlo a la satisfacción de las necesidades de la familia sin que pueda ser embargado por deudas derivadas de la profesión o actividad empresarial de cualquiera de los cónyuges. Se trata de un patrimonio de afectación, de perfiles similares al *trust* anglosajón, que introduce una importante regla de limitación de la responsabilidad patrimonial universal.

El fondo patrimonial está regulado en los artículos 167 a 171 del Código civil italiano y viene a sustituir a instituciones históricas como la dote, si bien salvaguardando el principio de igualdad conyugal. Se constituye en escritura pública por uno o ambos cónyuges o por un tercero, a través de la aportación de bienes muebles o inmuebles con el objeto de hacer frente a necesidades familiares. La ventaja que tiene la institución es que los bienes sujetos al fondo patrimonial quedan fuera de la agresión de los acreedores surgidos con posterioridad a la constitución del fondo, siempre que el acreedor conozca que la deuda se contrae para fines distintos de la atención de las necesidades familiares (*la esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva*

²¹ Vid. CUENA CASAS, M. (2014). Crisis matrimoniales simuladas para proteger la vivienda familiar. Disponible en <http://hayderecho.com/2014/12/15/crisis-matrimoniales-simuladas-para-proteger-la-vivienda-familiar/> Nos recuerda CUENA CASAS el interesante dato de que nuestra legislación de protección de datos personales no permite el acceso a información crediticia positiva de los particulares.

essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, establece el art. 170 del *Codice Civile*).

Sin embargo, este blindaje de la casa familiar italiana, a través del *fondo patrimoniale*, se ve sensiblemente debilitado a raíz del *Decreto Legislativo n° 83/2015*, de 27 de junio de 2015. Si, tras esta nueva regla, una persona constituye un *fondo patrimoniale* sobre la casa familiar, por ejemplo, el 1 de marzo de 2016, inscribiéndolo como corresponde y el 1 de julio contrae un préstamo hipotecario y, poco después, deja de pagar, el Banco podrá ejecutar forzosamente el bien del denominado *fondo* en el plazo de un año desde su constitución, es decir, en el ejemplo presentado, hasta el 1 de marzo de 2017, sin necesidad de ejercitar acción revocatoria alguna contra el *fondo patrimoniale*. Se invierte, pues, la carga de la prueba: ya no es el acreedor el que deba acreditar los perjuicios – o el fraude – que el acto del deudor le haya irrogado, sino que es el deudor el que tenga que defenderse de una suerte de presunción de culpabilidad por parte suya. En efecto, el nuevo y extenso artículo 2929 bis del *Codice Civile* establece, en un primer párrafo y con una redacción un tanto pomposa, lo siguiente: *Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, ad esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza di vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto (...)*

Vemos, pues, que el *fondo patrimoniale*, con sus fortalezas y debilidades, constituye un patrimonio separado a través del cual la vivienda familiar pudiera quedar salvaguardada del *fallimento* de su propietario, cuestión que hoy por hoy no cabría darse en el ordenamiento español.

En el caso de muchos estados de los Estados Unidos de América, la *homestead exemption* permite que una parte o toda la vivienda sea inembargable por los acreedores y, cuando la exención es parcial, se permite que la vivienda sea ejecutada pero parte del dinero obtenido debe entregarse al deudor. Al parecer, el *homestead* tuvo su origen en el Estado de Texas, por una Ley de 26 de enero de 1839 y, posteriormente, la institución se extendió a otros estados de USA²². El régimen de la *homestead exemption* puede ser legal o voluntario y solo recaerá sobre la residencia o vivienda principal de su propietario. El tipo de protección que ofrecen los diferentes estados es variable, como veremos a continuación²³.

Algunos estados protegen solamente la propiedad hasta un cierto valor, mientras que otros están condicionados por limitaciones espaciales (en *acres* o unidad de superficie empleada en determinados países). Así, por ejemplo, California protege hasta 75.000 dólares en los casos de personas solteras, 100.000 dólares en casos de parejas casadas, y 175.000 dólares en supuestos de personas con una cierta discapacidad reconocida por la ley. En California, el 23 de febrero del año 2015, se introdujo el denominado *Senate Bill*, aplicable también a supuestos

²² Así, FUGARDO ESTIVILL, J.M. (2006). *En torno a la protección patrimonial personal, familiar y empresarial. Especial consideración del Derecho Francés*. En: S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. Barcelona y Madrid: Ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons (p. 416).

²³ Toda esta información sobre el *homestead* ha sido recabada en el siguiente enlace web https://en.wikipedia.org/wiki/Homestead_exemption

de quiebra, conocido como *SB 308* y cuyo autor es el Senador Wieckowski²⁴. Inicialmente, el valor de la casa que quedaba excluido de la ejecución de los acreedores eran 700.000 dólares cuando se trataba de personas de edad y parejas casadas, pero recientemente se redujo a 300.000 dólares. Texas, Florida, Iowa, South Dakota, Kansas y Oklahoma presentan algunos de los más amplios sistemas de protección de la vivienda en los Estados Unidos, no en precio de la casa sino en superficie²⁵. New Mexico excluye de la acción de los acreedores un valor de 60.000 dólares, Alaska 54.000 dólares y Colorado 60.000 dólares, ó 90.000 en los casos de personas de más de 60 años o con discapacidad.

Especial relevancia adquiere, en el marco de este estudio, el *homestead exemption* en los supuestos de quiebra de su propietario. El capítulo 7 de la legislación federal norteamericana (Chapter 7, Title 11 del Código de los Estados Unidos, o *Bankruptcy Code*) prevé la protección de la denominada *equity*, es decir, el valor de la propiedad menos las cargas que recaigan sobre la vivienda principal de la familia. Esa *equity* no podrá ser agredida por los acreedores concursales²⁶. La cuantía protegida por el régimen federal de la *homestead exemption* es de unos 23.000 dólares (ó 46.000 en los casos de parejas casadas), cuantía que se actualiza cada tres años. El sistema de la *homestead exemption* permite, en los casos de quiebra, sustraer una cierta cuantía de la *equity* y protegerla de la masa activa concursal (*bankruptcy trustee*). Así, por ejemplo, si el valor de una casa es aproximadamente 300.000 dólares y pesa sobre la misma una hipoteca de 200.000 dólares, el propietario tendrá una *equity* de 100.000 dólares. Si este propietario vive en un estado en el que su *homestead exemption* es de 75.000 dólares, su *equity* está protegida y los acreedores de la quiebra no pueden perseguir la vivienda de ese propietario. Sin embargo, si ese propietario vive en un estado en el que el valor protegido por su *homestead exemption* es de solamente 10.000 dólares, entonces la masa de acreedores podrán ejecutar esa vivienda y el propietario tendrá derecho a recibir la cuantía de la *homestead exemption*, es decir, 10.000 dólares ya que el resto se destinará a pagar la hipoteca, los créditos concursales y gastos del concurso²⁷.

El *homestead exemption* constituye una manifestación de lo que se ha denominado la “inviolabilidad económica del hogar familiar”²⁸, si bien lejos de ser absoluta aparece, en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos, con limitaciones importantes, pues, de lo contrario, el mercado crediticio cerraría las puertas a la mayor parte de los particulares que a él se acercasen.

En Francia, existe un expediente de declaración de inembargabilidad de la vivienda del empresario individual, al amparo del artículo 526-1 del Código de Comercio francés. Fue la Ley 2003-721, de 1 de agosto de 2003, la que introdujo la figura en el Código de Comercio francés. Esta Ley, conocida como *loi Dutreil*, estableció un amplio paquete de medidas de política económica, jurídica y fiscal, y entre ellas, la declaración, a través de un acto voluntario y formal, de

²⁴ Puede verse esta información en http://www.leginfo.ca.gov/pub/15-16/bill/sen/sb_0301-0350/sb_308_bill_20150223_introduced.html. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2016.

²⁵ Así se puede ver en <http://www.lawchek.net/resources/forms/que/homestead.htm>

²⁶ PETTIT, C. y PLATTE, V. (2011). *Homestead exemptions in bankruptcy after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*. Disponible en <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R40891.pdf>

²⁷ Vid. el siguiente enlace web <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/bankruptcy-homestead-exemption-protect-home-equity.htm>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2016.

²⁸ FUGARDO ESTIVILL, *op. cit.*, ibidem.

la inembargabilidad de la vivienda habitual para el empresario o profesional persona física, introduciéndose, así, una importante excepción a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial universal en el ordenamiento francés. El precitado artículo 526 del Código de Comercio fue recientemente modificado a través de la Loi n°2015-990, de 6 de agosto de 2015. Establece el precitado artículo que *les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire...*

Son dos las principales novedades introducidas por la reforma francesa de 2015: de un lado, los efectos de esta declaración de inembargabilidad de la vivienda se desencadenan respecto, exclusivamente, a los acreedores profesionales del dueño de la vivienda nacidos después de tal declaración. Y, de otro lado, el último párrafo ha experimentado un importante cambio en virtud de la citada ley de 2015 respecto a la redacción dada por la originaria norma de 2003 que exigía, en los casos de vivienda empleada en parte para uso profesional y en parte para uso personal o familiar, un claro estado de división del inmueble que especificase qué parte no estaba afecta al uso profesional, y solamente así se admitía la declaración de voluntad de inembargabilidad sobre tal parte. Con los cambios introducidos por la Ley de 2015 se facilita la declaración al empresario o profesional que quiera “liberar” o declarar inembargable su vivienda o la parte de su vivienda usada para “morar”, sin que se exija una declaración de división que especifique la parte destinada a vivienda.

La denominación francesa de “bien de familia” fue tomada, en préstamo, por nuestra América Latina por parte de varios de sus legisladores. Interesante es el caso del legislador argentino, quien durante muchos años reguló esta figura en una Ley de 30 de julio de 1954, denominada “ley ómnibus” 14.394²⁹. La regulación del “bien de familia” en esta ley fue sustituida por el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, sancionado el 1 de octubre de 2014 y que entró en vigor en agosto del siguiente año³⁰. Las principales novedades del nuevo sistema, que ya no emplea la denominación de “bien de familia”, consisten, a mi juicio, en que se extiende la protección a la persona que vive sola y también al conviviente y, por tanto, no solo la familia matrimonial goza de los beneficios de la oponibilidad de la inscripción de la vivienda familiar. Esta oponibilidad rige respecto a los acreedores posteriores a tal inscripción, exceptuando determinados créditos como los derivados de los gastos de la propia vivienda o los alimenticios (arts. 244 y siguientes). De otro lado, se prevé expresamente la subrogación real que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que proceda del seguro o de una expropiación.

Y, de especial relevancia para este estudio, el nuevo régimen resuelve problemas discutidos en la doctrina argentina como el relativo a la quiebra del titular de la vivienda familiar y la confluencia de acreedores anteriores y

²⁹ Sobre el derogado régimen del bien de familia, puede consultarse, entre otros, PERALTA MARISCAL, L. (2005). Régimen del Bien de Familia. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

³⁰ Puede verse FLAH, Lily: La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en www.nuevocodigocivil.com

posteriores a la inscripción o afectación del “bien de familia”³¹. Se adopta el criterio según el cual el activo liquidado pertenece solamente a los acreedores anteriores a la inscripción de la vivienda, como bien “afecto” especialmente protegido³². Y si quedase remanente, éste se entregaría al propietario, de modo que el síndico de la quiebra carecería de legitimación para instar el remate. En consecuencia, son dos los principios inspiradores del tratamiento de la vivienda familiar en un proceso concursal: de un lado, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores anteriores a la afectación y a los posteriores exceptuados; y, de otro lado, y de acuerdo con la subrogación real establecida en el nuevo artículo 248, *la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio*, de modo tal que si sobra algo de la ejecución de la vivienda, el remanente no podrá ir a parar a la masa de la quiebra porque, en virtud del principio de subrogación real legalmente establecido, también ese importe resulta especialmente “afectado”.

Aparte de esta protección específica derivada de la afectación de la vivienda, el nuevo Código Civil y Comercial argentino establece un régimen genérico de inembargabilidad de la vivienda familiar respecto de deudas posteriores al matrimonio o a la inscripción de la unión convivencial que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o convivientes, o por uno con el asentimiento del otro (arts. 456, 522 Código Civil y Comercial de la Nación). Igualmente, las ropas y los muebles de uso indispensable y los instrumentos para el ejercicio profesional de los miembros de la familia (art. 744 a) y b) del Código Civil y Comercial) quedarían excluidos de embargo.

Con todo, no descuidemos el importante detalle de que una deuda hipotecaria que recaiga sobre la vivienda familiar – o cualquier otra que se haya contraído con el consentimiento conjunto de los cónyuges – podrá dar lugar a un embargo de la vivienda familiar, habida cuenta de que la deuda hipotecaria como cualquier otra que requiera una disposición de los derechos que se tengan sobre la vivienda familiar requerirá el consentimiento conjunto de ambos cónyuges, según el primer párrafo del art. 456.

Todas estas limitaciones de la responsabilidad patrimonial universal del deudor no tienen buena acogida en el ordenamiento español, donde, como se sabe, no pueden constituirse fundaciones para fines privados o fundaciones familiares, ni fiducias o *trusts*. Muy distinta es la filosofía anglosajona donde la figura del *trust* da cobijo a limitaciones de responsabilidad sin finalidad altruista o suficientemente

³¹ Destacan, en este ámbito, los trabajos de KEMELMAJER DE CARLUCCI y, en concreto, KEMELMAJER, A. (2011). *Bien de familia y Registro de la Propiedad Inmueble*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, núm. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 11-30.

³² En efecto, el nuevo artículo 249, bajo el título de *Efecto principal de la afectación*, establece que “la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo”

justificada. Ante ello, es indudable pensar en el contraste que existe, *prima facie*, en cuanto a la protección de la vivienda familiar en nuestro ordenamiento respecto a algunos de los ordenamientos que hemos examinado anteriormente.

No obstante, considero que este contraste es más aparente que real y no sería afortunado afirmar que en una buena parte de los ordenamientos extranjeros la vivienda familiar está blindada mientras que en España carecemos de protección al respecto. Lo segundo es lamentablemente cierto pero lo primero requiere no perder de vista las múltiples limitaciones y situaciones en las que la vivienda familiar responde por las deudas de su propietario.

Vamos a referirnos a algunas de esas restricciones. Podríamos sintetizarlas en dos grupos: unas de carácter subjetivo y otras objetivas.

Las primeras - las subjetivas - son patentes en el ordenamiento francés - y también en la nueva Ley española de apoyo a los emprendedores, como veremos a continuación - en tanto en cuanto solamente determinados sujetos se podrán ver favorecidos por la citada declaración de inembargabilidad de la vivienda familiar: los empresarios o profesionales. El resto de personas físicas, consumidores todos, pero que no tengan la cualidad de empresarios o profesionales no podrán beneficiarse de la norma del artículo 526 del Código de Comercio francés. De otro lado, a la importante limitación subjetiva que acabamos de enunciar hay que añadir otra restricción derivada de la naturaleza de las deudas contraídas por ese empresario o profesional: solamente es inembargable la residencia familiar por las deudas de carácter profesional.

Las restricciones de índole objetiva se pueden hallar en el sistema norteamericano del *homestead exemption* y es que, en términos generales y en casi todos los estados de USA, la protección frente al embargo de la vivienda familiar se limita -solo- a una parte del valor de la vivienda y, cuando la vivienda integra la masa concursal de su propietario, la protección frente al embargo se restringe a la denominada *equity*, es decir, primero hay que determinar el valor de la vivienda sin las cargas que recaigan sobre la misma y, respecto a esa diferencia, se protege una parte, en función del *homestead exemption* de cada estado.

Mucho más amplia es, sin duda, la protección que unos cuantos ordenamientos iberoamericanos - y, singularmente, la nueva regulación argentina - dispensan al hogar familiar, donde no encontramos ni las limitaciones objetivas ni las subjetivas que acabamos de reflejar. Con todo, este régimen de afectación de la vivienda familiar no es oponible a un grupo de acreedores que, sin duda, serán de los más frecuentes en la realidad socio económico contemporánea, esto es, aquellos que tienen una garantía real sobre el inmueble y, en concreto, los hipotecarios.

En consecuencia, la protección de la vivienda familiar frente a la agresión de los acreedores, lejos de ser absoluta, tiene relevantes cortapisas en todos los sistemas, como no podría ser de otro modo si queremos que el crédito familiar fluya con cierta facilidad. Cuestión diferente es que no debiera darse un automatismo en la ejecución de este bien - ni siquiera en fase de liquidación de los activos por un concurso o quiebra - y deberían orquestarse mecanismos que permitan que las familias puedan acometer un plan de pagos razonable respecto a determinados activos de singular relevancia.

2. La inembargabilidad de la vivienda habitual en la Ley Española de Emprendedores de 2013: Una solución parcial y limitada

Y, en España, lo más cercano a estos expedientes de inembargabilidad de la vivienda familiar lo podemos hallar en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que introduce la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, con origen en el derecho francés, una de cuyas principales ventajas es que la vivienda habitual de tal “emprendedor” no responde de sus deudas³³.

Ahora bien, la no embargabilidad de la vivienda familiar es, en realidad, una excepción, que acontece solamente en determinados casos, ya que la vivienda habitual puede resultar embargada por deudas que no sean empresariales o profesionales, pero también por deudas tributarias o de la Seguridad Social (pensemos que en el caso del emprendedor éstas pueden representar un porcentaje nada desdeñable); por deudas que no traen causa de la actividad empresarial; por deudas anteriores a la constitución como Emprendedor de Responsabilidad Limitada, salvo que consientan los acreedores la renuncia a embargar el bien; cuando la vivienda sea propiedad del cónyuge del emprendedor; cuando la vivienda que sea propiedad del Emprendedor de Responsabilidad Limitada no sea la que éste usa como residencia; si se traslada a otra vivienda habitual que ya no cumpla alguno de los requisitos legales, es decir, si la vivienda tiene un valor superior a 300.000 euros (ó 450.000 euros en viviendas de más de un millón de habitantes)³⁴.

La medida regulada en el artículo 8 de la Ley de Emprendedores no es, en sentido estricto, una limitación de responsabilidad sino una “declaración de inembargabilidad” de la vivienda habitual. Son tantas y tan relevantes las excepciones que abocan al embargo de la vivienda familiar que el número de acreedores a los que afectaría queda reducido y fuera de los proveedores, pocos más van a ser los “perjudicados” si pensamos que, en el caso de los bancos, no serán muchos los que concedan créditos sin que el deudor renuncie a su condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada.

“Mucho ruido y pocas nueces” sería uno de los dichos castizos que mejor resumirían este aparente beneficio de la Ley de Emprendedores consistente en que la vivienda familiar no se embarga. En otros términos: convertirse en Emprendedor de Responsabilidad Limitada requiere un proceso lo suficientemente complejo como para medir si compensa el esfuerzo. Posiblemente la figura de la *sociedad limitada unipersonal* permite, con menos parafernalia, proteger no solamente la vivienda habitual sino todo el patrimonio del emprendedor y frente a todo tipo de acreedores. En efecto, de este modo se separaría del patrimonio personal o familiar un patrimonio empresarial de afectación al pago de todas las deudas empresariales.

De otro lado, no perdamos de vista que una interpretación literal de la nueva

³³ Vid. GOMÁ LANZÓN, F. (2013). *El emprendedor de responsabilidad limitada, un ejemplo más de “derecho inútil”*. Disponible en <http://hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/>

³⁴ El texto del artículo 8 de la conocida como Ley de emprendedores establece lo siguiente: “1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 6 del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta Ley.

norma de “emprendedores” española haría que una vivienda de 300.000,20 euros resulte ejecutable en su integridad. Ello ha llevado a algunos autores a plantearse que, al amparo de una interpretación teleológica, la limitación de responsabilidad opera solo hasta la cuantía establecida en la norma, resultando embargable el exceso³⁵. Y así, por ejemplo, podríamos encontrarnos con una vivienda de lujo inscrita a nombre del “emprendedor” y de su cónyuge, casados en régimen de gananciales. Según esta interpretación, el valor de la vivienda hasta 300.000 euros podría quedar exento de ejecución y el resto sería embargable. Sin embargo, algunos autores entienden que “con ello no se respetaría el principio de no hacer inembargable una vivienda de lujo que es – al parecer – la *ratio legis* de este régimen y se estarían lesionando los intereses de los acreedores, más allá de lo que dispone la Ley”³⁶.

Además de los escollos que han sido apuntados, tal vez el más importante sea que, aun cuando el presunto emprendedor quiera someter su vivienda habitual a la declaración de inembargabilidad, no siempre será posible – mejor dicho, raramente será posible – pues lo frecuente será que ese emprendedor viva en una casa que está hipotecada por el Banco que le concedió el préstamo para adquirirla.

Sin perjuicio de los efectos futuros que tenga la nueva normativa de emprendedores sobre la protección de la vivienda familiar, efectos que, ahora – por falta de perspectiva histórica – no podemos evaluar, lo cierto es que la premisa, con carácter general, sigue siendo la del carácter embargable de la vivienda. Se ha planteado una posible descarga hipotecaria o *fresh start* a través del procedimiento concursal de la persona física³⁷. Una suerte de *fresh start* con muchas excepciones y límites se ha instaurado, a raíz de la Ley de Emprendedores de 2013, pero habrá que esperar al Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, para que exista una verdadera descarga o exoneración de la deuda hipotecaria pendiente una vez ejecutada la garantía sobre el bien afecto.

El nuevo artículo 178 bis, bajo el título de *beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*, prevé una serie de exoneraciones de deudas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, cuando el deudor sea de buena fe; y la buena fe se presume cuando concurren determinadas circunstancias reguladas en el apartado tercero de este precepto. Una de ellas supone la satisfacción en su integridad de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados y de un 25 por ciento de los ordinarios. Ahora bien, cabe la posibilidad – y ésta es una de las relevantes novedades introducidas por el artículo 178 bis – de que no se hayan podido satisfacer todos los créditos contra la masa o los privilegiados, en su integridad, y entonces, se dulcifican esos requisitos y, respecto a los créditos hipotecarios, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada. Ello

³⁵ Así, PRATS ALBELTOSA citado por VICENT CHULIÁ http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf, p. 22.

³⁶ Así, VICENT CHULIÁ, http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf, pág. 22. Vid. TENA ARREGUI, R. (2012). Descarga hipotecaria a través del concurso de persona física: justicia y democracia. Disponible en <http://hayderecho.com/2012/06/11/descarga-hipotecaria-a-traves-del-concurso-de-persona-fisica-justicia-y-democracia/>

³⁷ Vid. TENA ARREGUI, R. (2012). Descarga hipotecaria a través del concurso de persona física: justicia y democracia. Disponible en <http://hayderecho.com/2012/06/11/descarga-hipotecaria-a-traves-del-concurso-de-persona-fisica-justicia-y-democracia/>

puede aligerar notablemente la carga hipotecaria del deudor pero supone una previa ejecución de la vivienda familiar.

La cuestión que se planteará el deudor, en este escenario, es si tendrá alguna posibilidad de recuperar la vivienda familiar en el seno del procedimiento concursal y liberarse de parte de la carga o deuda hipotecaria. Tal vez el artículo 155.4 LC, modificado por el número noventa y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, le abra una puerta a la esperanza porque permite vender activos con privilegio especial (pensemos, por ejemplo, en una vivienda gravada con una hipoteca), siempre que el precio sea igual o superior a una tasación oficial actualizada y efectuada por entidad homologada³⁸. Ello será relativamente frecuente en la realidad contemporánea porque lo normal será que el precio de la tasación sea inferior al que el deudor pagó en su día.

Será, pues, posible que, a través de un tercero, podamos recomprar nuestra vivienda a valor actual de mercado y evadir, así, el pago de parte de la carga hipotecaria que quede pendiente, en virtud del nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal. Posible será pero probable no tanto en la medida en que deben darse determinadas condiciones, primero, en la economía del concursado para poder hacer frente a esa recompra y, segundo, en ese tercero para que esté dispuesto a vender lo que ha comprado en condiciones nada despreciables.

Por ello, lo ideal sería que el concursado no pierda su vivienda hipotecada y continúe satisfaciendo su deuda, solución ésta dada recientemente por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona y que, como veremos, no satisface todos los gustos.

V.- Fresh start concursal y carga hipotecaria sobre la vivienda familiar

Es lamentablemente frecuente el denominado “concurso” de matrimonios. Y frecuente es la práctica, en nuestros tribunales, consistente en solicitar la declaración judicial de concurso voluntario de uno y otro cónyuge y, al mismo tiempo, la acumulación de ambos concursos en un mismo procedimiento. Si se acordase la acumulación se seguirán en un único procedimiento los dos concursos acumulados. Ahora bien, manteniendo cada concurso su individualidad, la vivienda familiar – si fuera ganancial – deberá ser incluida en la masa activa de cada uno de los concursos acumulados y deberán coordinarse ambos concursos respecto a las actuaciones que recaigan sobre la misma³⁹. Ya hemos señalado, a lo largo de este trabajo, que en fase de liquidación concursal, la casa, como el resto de bienes embargables y, por tanto, conformadores de la masa activa del concurso, está abocada a su enajenación y pérdida por parte de su propietario - o propietarios - en concurso.

³⁸ En efecto, el apartado cuarto del artículo 155 establece que “La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

³⁹ Sobre el concurso de ambos cónyuges se han ocupado autores como BLANQUER UBEROS, R. (2008). *El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, núm. 9, 17-41; MESA MARRERO, C. (2011). *La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales*. Anuario de Derecho Concursal, núm. 24, 167-178; o CUADRADO PÉREZ, C. (2011). La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges en la jurisprudencia. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 8, 3557-3586.

Sin embargo, unos recientes Autos del Juzgado Mercantil de Barcelona pudieran abrir alguna puerta a la esperanza de conservar la propiedad de la vivienda familiar – incluso en fase de liquidación concursal – por parte de deudores concursados cuando se den determinadas circunstancias. En efecto, los autos nº138/15 y nº139/2015, de 15 de abril de 2015, dictados por el Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona, suponen una primera aplicación práctica por los Juzgados mercantiles del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de la segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que entró en vigor el 1 de marzo de 2015.

Los autos conceden a los concursados, un matrimonio de jubilados, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tras el pago de más de 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, al amparo de una previsión que ya fue introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Pero, además, y por primera vez en España, estas resoluciones permiten, a ese matrimonio de pensionistas, continuar disfrutando de su vivienda, al hallarse al corriente de pago del contrato de préstamo hipotecario, al amparo de la opción regulada en el artículo 155.2 de la Ley Concursal⁴⁰.

No hay que descuidar que el punto de partida de esta novedosa resolución es el de un matrimonio declarado en concurso que se encuentra al corriente de pago del préstamo hipotecario sobre su única vivienda en la que viven dos de sus cinco hijos. Tras la apertura del procedimiento, la administración concursal comprueba que las cuotas, siendo de importe mensual muy razonable, pueden ser perfectamente asumibles con cargo a las pensiones de jubilación del matrimonio concursado, pensiones inembargables en las cuantías establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil. La administración concursal también se plantea que en caso de realización de la vivienda, su valor habría sido claramente insuficiente para cubrir toda la deuda pendiente. En este estado de cosas, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 10 acordó, a petición de la administración concursal, suspender de forma indefinida la venta o realización forzosa de la vivienda en el procedimiento. El resto de activos sí se liquidó y así se pudo satisfacer el 28 por ciento de los créditos ordinarios y todos los créditos contra la masa. Y, en estas circunstancias, el Juzgado resolvió que los concursados podían acceder al beneficio de exoneración del pasivo ordinario insatisfecho.

Es curiosa la interpretación que este órgano judicial realiza del artículo 178 bis de la Ley Concursal en tanto en cuanto prescinde del requisito del pago de los acreedores privilegiados, junto con los créditos contra la masa y una parte de los ordinarios que sí se pudo satisfacer, para “abrir” la puerta del *fresh start* al deudor concursado. Sin necesidad de pagar al acreedor hipotecario y sin necesidad de ejecutar la hipoteca sobre la vivienda, el Juzgado suspende la liquidación de este activo y, no habiendo ejecución, no podrá haber exoneración de la deuda pendiente, tal como, *sensu contrario*, se colige del artículo 178 bis, quinto apartado. La parte de los créditos privilegiados que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada, de acuerdo con el nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal, en su apartado quinto, segundo inciso.

⁴⁰ Una magnífica síntesis y análisis de estas resoluciones judiciales podemos encontrarla en GRASA, D., REOLON, L. y NORIEGA, M. (2015). *El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad*. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario. Anuario de Derecho Concursal, núm. 36, 449-468.

Se trata de un *discharge* de la deuda hipotecaria pendiente que puede llegar a ser muy beneficioso para el concursado y que contrasta con el *discharge* hipotecario regulado en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los casos de ejecución hipotecaria fuera de concurso que permite una exoneración de la deuda pendiente tras la ejecución en cuantía diversa y tiempos distintos: la exoneración de la deuda pendiente afectará al 35 por ciento si el deudor logra satisfacer el 65 por ciento de la deuda en 5 años; y será del 20 por ciento si el deudor abona el 80 por ciento de la deuda en 10 años. La norma del artículo 579 de la LEC ha sido criticada por ser considerada injusta en la medida en que el deudor sin recursos que no puede satisfacer tales porcentajes de deuda no podrá acceder a la exoneración y tendrá que satisfacer toda la deuda pendiente, mientras que el deudor que llegue a mejor fortuna tras la ejecución hipotecaria y pueda pagar, por ejemplo, el 65 por ciento de la deuda en 5 años, se podrá beneficiar de la exoneración, a pesar de su aumento de capacidad económica y con independencia de su conducta a la hora de endeudarse⁴¹. Contrasta este sistema – como señalábamos – con el beneficio que para el deudor concursado supone la exoneración de toda la deuda hipotecaria pendiente si se cumplen los requisitos de “deudor de buena fe” para obtener tal beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, regulado en el nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal.

La motivación que subyace en esta resolución judicial del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona es que la realización forzosa de la vivienda supondría mayores perjuicios que beneficios para el “interés del concurso”. Y en esto estoy plenamente de acuerdo por lo que luego veremos. Se ha señalado, en relación a esta resolución, que la venta de la vivienda habría hecho aflorar en el concurso un mayor crédito ordinario (por la deuda no satisfecha con el valor de realización de la vivienda), lo cual habría evitado que los deudores pudieran acceder al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho⁴². No es tan claro que la venta de la vivienda incrementara tanto el crédito ordinario hasta el punto de no poder satisfacer un 25 por ciento que permita el acceso a la segunda oportunidad, porque existiendo otros activos, como sucede en este caso, será la venta de éstos la que permita pagar ese *minimum* establecido para el crédito ordinario. Y el resto de la deuda hipotecaria pendiente sería objeto del beneficio de exoneración una vez que se obtenga esta posibilidad.

Y, respecto al acreedor hipotecario, se ha señalado que el valor de realización no cubría la deuda pendiente y que la nueva situación de los deudores (sin vivienda y con riesgo de exclusión social) seguramente perjudicaría sus expectativas de cobro⁴³. Es obvio que al acreedor hipotecario no le favorece la ejecución de un bien que no cubre una parte importante de la deuda garantizada porque, en caso de acceso al beneficio de exoneración, el resto de deuda pendiente quedaría sin satisfacer.

La *ratio iuris* de la resolución podría radicar – aunque no se diga expresamente en el texto de los Autos consultados – en el ejercicio de la opción prevista en el artículo 155.2 de la Ley Concursal que prevé la satisfacción, con cargo a la masa, de los créditos privilegiados, en determinadas circunstancias y respecto a determinados bienes, entre los que, en mi modesta opinión, no se encuentra la vivienda familiar, sino los bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Y aquí es donde, desde mi punto de

⁴¹ Vid. CUENA CASAS, M. (2014). Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start. Anuario de Derecho Concursal, núm. 31, 158.

⁴² Vid. GRASA, REOLON y NORIEGA, cit., pág. 447.

⁴³ *Ibidem*, donde se cita alguna sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH)

vista, reside el escollo de esta resolución judicial que, con buena intención, llega a un resultado muy deseable *de lege ferenda* pero a través de un molde legal que no está previsto – de momento – para la casa del concursado.

Algo similar ocurre en el ordenamiento alemán de quiebras donde parece que los administradores concursales tienen la posibilidad de “liberar” (bajo su responsabilidad) elementos de la masa activa cuando su realización no comporta ningún beneficio para el concurso. Y tampoco en el ordenamiento alemán existe una previsión legal expresa aunque el Tribunal Supremo viene reconociendo (desde la Sentencia de 21 de abril de 2005) la facultad del administrador concursal de liberar elementos de la masa con base en el parágrafo 32 III de la InsO (Ordenanza alemana de Insolvencia, *Insolvenzordnung*) cuando, tras examinar la situación económica del concurso, se aprecia que la realización de un determinado bien no arroja ganancias. En estos casos, se puede esperar a vender el bien devolviéndole al deudor las facultades de disposición, con sus respectivas cargas y obligaciones, de modo que el deudor podría continuar pagando la hipoteca, con cargo a su salario no embargable, o hacerlo un tercero por él⁴⁴. Solución ésta muy razonable, desde mi punto de vista, si bien requiere un anclaje normativo sólido que, en estos momentos, considero que no existe en nuestro ordenamiento - pero tampoco en otros como el alemán o italiano - y de lo que se desprende que los legisladores europeos son reticentes y reacios a regular expresamente la liberación de determinados bienes de la liquidación concursal por lo delicado de los intereses en juego.

Tal como anticipábamos, la decisión adoptada en estas resoluciones judiciales del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona no satisface a algunos destacados especialistas en esta materia. Se ha dicho que la liquidación concursal supone la ejecución de todos los bienes y que solamente así se puede llegar a una segunda oportunidad que realmente beneficie al deudor concursado. Si el bien hipotecado no se liquida, no habrá segunda oportunidad para el deudor en relación a esa deuda –mientras que sí quedarán exonerados el resto de acreedores - y el único beneficiado de ello será el acreedor a quien el deudor tendrá que seguir pagándole⁴⁵.

En realidad, excepciones a la liquidación en caso de bienes sujetos a privilegio especial las hay. El artículo 155.2) de la Ley Concursal establece que ... *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial.*

El problema es que esas excepciones pudieran estar referidas exclusivamente a bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial y, por tanto, no para la vivienda familiar de dos personas ya jubiladas. De este modo, el problema no es que la liquidación concursal lleve aparejada siempre la ejecución de bienes.

⁴⁴ Así lo reflejan GRASA, REOLON y NORIEGA, *ibidem*.

⁴⁵ Así lo expone CUENA CASAS, M. (2015). *La banca ya sabe cómo “escapar” del régimen de segunda oportunidad*. Disponible en <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/>

No hay excepciones pero, según la ley concursal hoy vigente, solo las relativas a bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

Este es, en mi opinión, el principal tropiezo del Auto. Si no fuera por esto, no habría, en mi opinión, razones para pensar que la ejecución de la vivienda es lo más conveniente para el concursado, por la posterior exoneración de la deuda hipotecaria pendiente; y que no ejecutar la vivienda solamente reporta beneficios al acreedor hipotecario, perjudicando la igualdad de trato respecto a los otros acreedores. No creo que fuere así. Al deudor seguramente le beneficia más seguir manteniendo la vivienda que es su hogar y seguir pagando la deuda hipotecaria, al verse exonerado del resto. Es cierto que si la vivienda se ejecutase, y quedase deuda pendiente, ésta quedaría exonerada pero tendría que hacer frente o a un nuevo alquiler o a una nueva hipoteca y las condiciones podrían resultar todavía más gravosas.

De otro lado, el resto de acreedores podrían verse perjudicados por la exoneración si la masa activa del concurso hubiera tenido bienes suficientes para hacer frente a sus deudas pero si solamente la vivienda familiar hipotecada conforma la masa del concurso, al resto de acreedores (no hipotecarios) les resultará indiferente la exoneración porque difícilmente iban a cobrar, salvo que el valor de la garantía fuera muy inferior al de la vivienda y, tras la ejecución de ésta, hubiere remanente suficiente, cosa que no será altamente frecuente en la realidad social contemporánea.

En definitiva, excluir a la vivienda de la liquidación y ejecución concursal beneficia al acreedor en la medida en que en la fase postconcursal, si el deudor pudiese acceder al beneficio de exoneración del pasivo, podría seguir cobrando las deudas pendientes porque éstas solamente quedan exoneradas si el bien se realiza. Pero, además de beneficiar al acreedor, beneficia, sobre todo, al deudor concursado y a su familia porque puede conservar la casa, uno de sus bienes más valiosos, económica y afectivamente, y es, así, más fácil que pueda tener una segunda oportunidad a través del beneficio de exoneración de deudas porque manteniendo la casa puede desprenderse de otros activos que le permitan, una vez liquidados, hacer frente a una serie de créditos que le abran la puerta del *fresh start*. Parece, pues, muy razonable regular la facultad de la administración concursal de excluir la vivienda de la liquidación cuando enajenarla no comporta ningún beneficio para el concurso y cuando los concursados podrían hacer frente al pago de las cuotas con cargo a sus bienes inembargables.

El acogimiento en el sistema español de protección a la infancia y a la adolescencia

Lourdes Tejedor Muñoz¹

Resumen: La reciente y profunda reforma que ha sufrido el sistema de protección de menores en España, ha repercutido en la regulación del menor en situación de desamparo, o lo que es lo mismo, en las situaciones en la que los menores quedan privados de la necesaria asistencia moral y material. Se analizan en el presente trabajo las novedades que ha sufrido las instituciones de tutela y guarda administrativa, instituciones que originan el denominado acogimiento de menores. Por último, se explican los nuevos tipos de acogimiento, así como los efectos de las diferentes modalidades.

Palabras clave: menores, tutela administrativa, guarda, desamparo, riesgo, acogimiento, tipos de acogimiento.

Abstract: *The recent and drastic reform of the protection of minors system in Spain has had repercussions on the regulation of a minor in situation of helplessness, in other words, in situations where minors are deprived of the basic moral and material conditions. The present work analyzes the novelties undergone by tutelage and guardianship institutions; institutions that originate the so-called foster care. Finally, it explains the new types of fostering, as well as the effects of the different modalities.*

Key words: *minors, tutelage, guardianship, helplessness, risk, foster care, types of fostering.*

I. Introducción

Recientemente el sistema de protección de menores en España ha sufrido una profunda transformación, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia² que sigue manteniendo la tendencia³ de conjugar preceptos que tienen el carácter de Ley Orgánica y preceptos

¹ Profesora titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho UNED. Subdirectora del Departamento de Derecho Civil. Vicepresidenta de IDADFE. ltejedor@der.uned.es

² BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

³ Tendencia que ya iniciara la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que junto a lo dispuesto en el Código Civil, ha formado el eje central de la regulación, a nivel estatal. Además, existe una gran y variada legislación a nivel

que tienen carácter de Ley ordinaria en su articulado⁴. Optando el legislador por reformar, sin transcurrir ni una semana los preceptos que tienen carácter ordinario mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de idéntico nombre que la anterior⁵. La aprobación de ambas leyes ha supuesto la modificación de un gran número de normas⁶. Modificación de la que iremos dando cuenta a lo largo de este trabajo.

Por ahora baste, comenzar diciendo que puede afirmarse que en la gran mayoría de los casos, el medio idóneo para desarrollarse integralmente el menor es el constituido por la propia familia. Y es que, en situaciones que podrían llamarse de «normalidad», no hay un medio más natural ni mejor que el padre y la madre ejerzan el cuidado, guarda, y protección de los hijos, encontrando en este entorno el medio idóneo para su desarrollo. Por ello, no es de extrañar que la institución «estrella», de la protección de los menores, es la que se lleva a cabo bajo la patria potestad del padre y de la madre de hijos menores no emancipados, ya sean matrimoniales, no matrimoniales, o adoptivos.

Sin embargo, en algunos casos, el estado ideal para el cuidado y guarda de los menores no es posible, o no es aconsejable y ante la imposibilidad de que la patria potestad sea ejercida por los padres, la ley arbitra otros mecanismos jurídicos para la protección de estos menores. Así, en defecto de patria potestad, la protección de los menores recae subsidiariamente en la institución de la tutela ordinaria.

Las causas por las que un menor se puede encontrar en esta situación son muy variadas y abarcan situaciones tan dispares como que los padres hayan fallecido, hayan sido privados judicialmente de la patria potestad, tengan la capacidad modificada judicialmente⁷ cuando así lo señala en la resolución judicial, o que el

de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias.

⁴ Disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica de Protección del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015.

⁵ BOE núm.180, de 28 de julio de 2015.

⁶ En efecto, como señala el propio Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: “transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores, y demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras al cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional...”

Entre estos acuerdos, para adaptar las normas nacionales en materia de menores, tanto a nivel internacional, como a nivel europeo, cabe mencionar en especial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, hecha en Nueva York, Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008. Debe destacarse también, el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado por España el 28 de mayo de 2010. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010. Además de los Convenios del Consejo de Europa, sobre la adopción de menores hecho en Estrasburgo, el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, así como el relativo al Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. BOE núm. 45, de 21 de octubre de 2015, y, también el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote, el 27 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010. BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010 y por otro lado, el Reglamento (CE), núm. 2201/2003, del consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, DOCE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁷ La adecuación de los textos legales españoles a los instrumentos jurídicos internacionales, es una de las finalidades de la nueva regulación, tal y como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, cuando afirma: “se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de

menor no tenga determinada la filiación, etcétera.

Desgraciadamente, otras veces no existen los anteriores mecanismos para la guarda y protección de menores o, aun existiendo, se produce un defectuoso funcionamiento de los mismos y resulta necesaria la intervención, de la Administración, en mayor o menor grado, para paliar las situaciones de desprotección social en las que se puede encontrar el menor. En estos casos la Administración sólo actúa cuando los anteriores mecanismos no existen o no funcionan adecuadamente, es decir con carácter supletorio.

En nuestro estudio nos proponemos analizar las diferentes modalidades de protección del menor, llevadas a cabo por la Administración o las Entidades Públicas, en especial a través del acogimiento. Puede afirmarse, que todas las medidas tienen un denominador común, garantizar el desarrollo integral de los menores en un entorno adecuado.

II. Riesgo, desamparo y guarda provisional

Las medidas de intervención de la Administración Pública, tienen diversos niveles de actuación dentro de las situaciones de desprotección social en las que se encuentre el menor. Conviene empezar, por distinguir nítidamente entre situación de riesgo y desamparo tal y como hace la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Las actuaciones que pueden llevar a cabo los poderes públicos en las situaciones de riesgo y desamparo del menor, siguen estando recogidas en los artículos 17 y 18 de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Estos artículos, que han manteniendo su numeración y su rúbrica “actuaciones en situación de riesgo” y “actuaciones en situación de desamparo”, y parte del contenido de la regulación anterior, muchas veces no conducían a los resultados deseados. Ahora su regulación es más detallada, e introducen algunas novedades que iremos analizando.

La situación de riesgo se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor, que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. En estos casos, la intervención de la Administración se limita a eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo. Por el contrario, en las situaciones de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, asumiendo la Entidad Pública la tutela o guarda del menor.

Por tanto, ante la sospecha de que un menor pueda encontrarse desprotegido por no tener un entorno familiar adecuado para desarrollarse, las entidades públicas están obligadas a verificar la situación, evaluarla y adoptar las medidas que sean necesarias para resolverla, debiendo distinguir, precisamente, entre si se trata de una situación de riesgo o desamparo (artículo 16 de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”. En consecuencia debe mantenerse que actualmente ya no se debe utilizar las expresiones “incapacitado judicialmente” o “incapaz”, es más correcta la denominación “personas con capacidad modificada judicialmente”.

En este sentido, puede señalarse que la Administración tiene, entre otras, la tarea de la promoción y defensa de los derechos de los menores⁸ pudiendo de oficio o a instancia de parte, iniciar el procedimiento encaminado a distinguir entre estas situaciones. La distinción en la práctica, ha sido sin embargo, una cuestión espionosa⁹. Habrá que esperar, para saber si la situación mejora con la nueva regulación.

2.1.- Situación de riesgo

Precisamente una de las novedades que se introducen, es definir qué se entiende por situación de riesgo: "... aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar" (artículo 17.1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, que la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, hasta la reforma por Ley 26/2015, de 28 de julio, no hacía una enumeración de las causas¹⁰ que se podían englobar bajo situación de riesgo, a diferencia de algunas leyes autonómicas¹¹. Ahora tras la nueva redacción, se describen y enumeran, una serie de circunstancias, que bien se consideran criterios indicativos de la situación de riesgo "indicadores de riesgo" tales como: el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente, o la concurrencia de circunstancias o carencias materiales o bien se consideran "situaciones de riesgo", *pore se*, entre las que cabe

⁸ Artículos 9 bis, 10 y 11 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

⁹ A nuestro juicio, es necesario resaltar que la Administración se ha pronunciado sobre las situaciones en las que se encuentra el menor en dificultades, sin hacer una valoración de las circunstancias con el rigor necesario, declarándose, precipitadamente, la situación de desamparo, sin adoptar antes otras medidas menos drásticas, y más adecuadas, como la situación de riesgo. Es más, optándose por una medida tan grave como es la declaración de desamparo, debería haber tenido en cuenta, si no hubiera sido más adecuado valorando las circunstancias del caso, optar por el acogimiento familiar simple, que es una medida temporal, en vez de por el acogimiento familiar preadoptivo como en ocasiones, arbitrariamente, ha resuelto, ya que de no hacerlo así, puede terminar produciéndose un perjuicio no solo al menor sino también a las familias implicadas. En este sentido, uno de los supuestos más polémicos de desconexión entre las actuaciones administrativas y las resoluciones judiciales, es el analizado, por TEJEDOR MUÑOZ, *Indemnización por daño moral a una madre a la que se le priva de la posibilidad de recuperar la tutela efectiva de sus hijos*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 697, septiembre-octubre 2006, págs. 2103 a 2115 y los supuestos detallados en *Indemnización de los daños morales por la ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía de sus hijos por la Administración*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 723, 2011, págs. 584 a 607.

¹⁰ Sobre las distintas situaciones de desprotección social que perjudican el desarrollo personal y social del menor, si se pronunciaban los tribunales, puede verse, entre otras, la Sentencia de 3 de enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya. P. Ilmo. Sr. D. García Martínez. También a título de ejemplo, puede destacarse la Sentencia de 15 de julio de 2004 (RAJ 2004/990) de la Audiencia Provincial de Zaragoza. P. Ilmo. Sr. D. Pastor Oliver.

¹¹ Una recopilación sobre las disposiciones de Derecho civil, estatal y autonómico y foral vinculadas al menor, está recogida en la obra coordinada por Tejedor Muñoz y Pous De La Flor, *Legislación Estatal y Autonómica sobre protección jurídica del menor*, AAVV, siete tomos, en Estudios de la UNED, segunda edición Madrid, 2009.

destacar las siguientes que adquieren especial relevancia: La *situación de riesgo prenatal*, que se produce por la falta de cuidado físico de la mujer gestante. El *consumo abusivo de sustancias* con potencial adictivos, así como cualquier acción propia de la mujer o terceros toleradas por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales del recién nacido. La *negativa de los progenitores, tutores o acogedores para presar consentimiento médico para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor* y por último la *omisión de colaboración* por parte de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, en el proyecto de intervención familiar (artículo 17.1). En relación a la situación de riesgo ante la negativa para prestar el consentimiento a los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor. Se preceptúa que las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (artículo 17.10). En consonancia, con lo dicho se modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, añadiendo al artículo 9, el apartado 6, que señala que: “En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho ... la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”. Con estos criterios orientativos se pretenden facilitar la detección de las situaciones de riesgo.

Si la Administración considera, que el menor se encuentra en una situación de «riesgo», que perjudique el desarrollo personal o social del menor, pero que no requiera la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberán garantizar, en todo caso, los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que inciden en su situación dentro de su entorno familiar natural (artículo 17.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). Los esfuerzos de las administraciones deben encaminarse a ayudar a los padres, tutores, guardadores o acogedores, a cumplir su papel protector (artículo 12.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), cuando detecten estas situaciones¹².

Es decir, cuando el menor queda expuesto a una situación de riesgo que impida su adecuado desarrollo personal o social, la Administración, tomará cartas en el asunto, estableciendo los servicios adecuados¹³, para que sin apartarle de su propia familia, se subsane esta situación, y lo hará en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y en su caso con las entidades colaboradoras.

¹² Toda persona y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo, lo debe comunicar a la autoridad o agente más próximo, sin perjuicio de la atención inmediata que precise, artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

¹³ Así, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, señala que: «La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin ...».

En efecto, la Administración debe elaborar un plan técnico de apoyo a la familia, o de intervención familiar o como dice actualmente la ley, un “Proyecto de intervención social y educativo familiar”, que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos, y previsión de plazos para proteger adecuadamente al menor. Se procura la participación de las partes implicadas, así tras ser oídos, los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, y los menores, si tienen suficiente madurez y en todo caso a partir de los 12 años, se intentará consensuar el Proyecto que deberá ser firmado por las partes. Entre las medidas, preventivas o reparadoras, que puede adoptar para paliar estas situaciones, están por ejemplo, dar a la familia apoyo económico, ayuda técnica, prestaciones de tipo formativo o psicosocial, tanto para el niño como para quienes cuidan de él, etc. Con estas actuaciones la Administración pretende minimizar o eliminar el riesgo. Hemos de señalar, que para conseguir sus objetivos la Administración debe realizar un seguimiento del menor y necesita contar con el apoyo y colaboración de la familia¹⁴.

Conviene aclarar, con carácter general, que las referencias que hagamos al derecho del menor a ser oído en las decisiones que se tomen en torno a él, tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, deben entenderse hechas al menor que tenga “suficiente madurez”, que ha de valorarse teniendo en cuenta, tanto el desarrollo evolutivo del menor, como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto de que se trate, y que en todo caso, cuando tenga doce años cumplidos (conforme al artículo 9).

Otra novedad consiste en que se desarrolla el procedimiento para llevar a cabo la declaración de la situación de riesgo por la Administración competente, que se hará mediante resolución motivada, previa audiencia de los progenitores, tutores o acogedores y del menor, si tuviere suficiente madurez, y en todo caso a partir de 12 años. La citada resolución incluirá las medidas tendentes a corregir las situaciones de riesgo del menor incluido los deberes de los progenitores. Frente a la resolución administrativa se puede interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil.

En consecuencia, el seguimiento de menor en situación de riesgo ya existía pero ahora se intensifica, en efecto, por un lado se toman nuevas medidas cuando un menor se traslada de una entidad territorial a otra, estableciendo un sistema de coordinación entre todas y por otro, se incrementa la revisión de las medidas que se toman respecto de los menores que se encuentren en esta situación¹⁵. Asimismo, aunque la familia del menor siempre había tenido el deber de colaborar con la Administración para que se pudieran llevar a cabo las actuaciones que disminuyeran el riesgo, actualmente la omisión de colaboración, se considera expresamente por la normativa como causa para declarar la situación de riesgo.

¹⁴ Conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

¹⁵ En este sentido, es necesario señalar, que cuando la Administración esté desarrollando una intervención ante la situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser traslado a otra entidad territorial, la administración de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino, para que si procede, ésta continúe con la intervención, remitiendo la información y documentación necesaria. En el supuesto que se desconociera el lugar de destino, podrá solicitar auxilio a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que procedan a averiguarlo. Una vez localizado el menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente para que continúe la intervención. En estrecha relación con lo anterior, se intensifica también la revisión de medidas que se adopten, cada tres meses para los menores de tres años y cada seis meses para el resto de menores. Asimismo, sucede en el caso de riesgo prenatal, está previsto que tras el nacimiento, se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar, parece que se mantenga la situación de riesgo una vez nacido o se declare la situación de desamparo, si bien en este caso no se señala ningún plazo (artículos 17 y 12 de la Ley Orgánica de Protección del Menor).

De otra parte, la situación de riesgo del menor puede cesar cuando desaparezcan las causas que la motivaron, o cuando empeore la situación del menor siendo necesaria la declaración de desamparo. Como novedad se establece con una redacción algo confusa que cuando la Entidad pública considere que no procede declarar el desamparo, pese a la propuesta formulada por la Administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la Administración pública que haya intervenido y del Ministerio Fiscal. Recayendo en este último, la supervisión de la situación del menor¹⁶.

Por otro lado, es necesario, recalcar, que la situación de riesgo, como ocurría antes de la reforma, no aparece contemplada en el Código Civil, ni tampoco sus efectos jurídicos, a diferencia de la situación de desamparo en la que, como decíamos, la gravedad de los hechos aconseja separar al menor del entorno familiar.

2.2.- Guarda provisional

Consiste en la posibilidad de que la Entidad Pública sin declaración previa de desamparo, y sin necesidad de solicitud por parte de los progenitores o tutores, establezca tal y como indica su nombre provisionalmente una guarda, en cumplimiento de la obligación de prestar atención inmediata al menor. Es una de las novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Esta guarda supone una separación del menor de la familia de origen, asumiendo la guarda la Entidad Pública. Tendrá que hacerse mediante resolución administrativa que se comunicará al Ministerio Fiscal, mientras simultáneamente se practican las diligencias, tanto para identificar al menor, como para investigar las circunstancias y constatar en su caso, la situación real de desamparo. Obsérvese que en el plazo en que se practican las diligencias la tutela del menor no la tiene la Entidad Pública, con lo que asume la guarda no se sabe muy bien en que concepto, tampoco se especifica cuáles son las obligaciones y las responsabilidades de la Entidad pública mientras dura esta guarda aparte de practicar las diligencias para investigar sus circunstancias.

Efectivamente, con una redacción, que nos parece, poco acertada, la ley afirma que tales diligencias se realizarán en la plazo más breve posible (pero no indica plazo alguno), durante el cual se debe proceder a la declaración de desamparo y consecuente asunción de tutela o al medida de protección procedente. Continúa diciendo, si existen personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés del menor se promoverá el nombramiento del tutor conforme a las reglas ordinarias. Asimismo, añade la ley que cuando haya transcurrido el plazo señalado (tampoco nos dice cual) y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá la adopción de la medidas de protección más adecuada (artículos 172. 4 del Código Civil y 14.2 de la Ley Orgánica del Menor). Curiosamente en el preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de junio, se afirma: “La guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica”, sin embargo se les olvido señalarlos. Esperamos que esta guarda no cause más problemas que los que trata de evitar.

¹⁶ Tal y como expresa el 17.8 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

2.3.- Rasgos comunes

Nuestro Código Civil, recoge las siguientes instituciones de protección en las que interviene la Entidad Pública: guarda provisional, tutela por ministerio de ley, guarda administrativa, y acogimiento, dependiendo de la situación de desprotección social en que se encuentre el menor, regulación que debe ser completada con la Ley Orgánica de Protección del Menor.

La regulación de las instituciones de protección de menores, que agrupamos, a fines didácticos, bajo la denominación genérica de *guarda administrativa*, fue introducida por Ley 21/1987, de 11 de noviembre «por la que se modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción» y modificada posteriormente, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de «Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta última como ya hemos apuntado ha sido objeto de una profunda reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, excepto la guarda provisional, que como hemos apuntado, aparece por primera vez en la Ley 26/2015, de 28 de julio.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, tanto si la guarda es asumida por la Administración, a solicitud de padres o tutores, como si lo es en función de la tutela por ministerio de ley, por encontrarse el menor desamparado, ésta se realiza mediante el acogimiento familiar o residencial. Se puede afirmar, así, que el acogimiento es en principio el instrumento tanto de la «guarda» como de la «tutela» administrativa». Por eso conviene explicar estas instituciones, antes que la del acogimiento.

Todas estas medidas de protección de menores que hemos denominado guarda administrativa tienen en común:

1. Que son transitorias, protegen al menor mientras que se busca para él alguna solución definitiva.

2. Que implican, la separación del menor de su propia familia, con la finalidad de integrarlos en otra o en una institución adecuada para su protección y desarrollo integral.

3. En todo caso deben primar las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

4. Y, la elaboración por parte de la Entidad Pública, de un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar, con su familia de origen a ser posible, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades¹⁷.

Están presididas por una serie de principios inspiradores de la materia, recogidos en la legislación del menor, de los que cabe destacar:

a) Buscar el superior interés del menor¹⁸, interés que prima sobre cualquier

¹⁷ Artículo 19 bis de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

¹⁸ El principio del interés superior del menor ya aparecía a consagrado en la redacción originaria de la Ley de Protección Orgánica del menor 1996, y había sido objeto de diversas interpretaciones doctrina-

otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las modificaciones introducidas en la Ley Orgánica de Protección del Menor, refuerzan este principio, estableciendo unos criterios para su aplicación, que permiten un concepto flexible y dinámico del interés superior del menor en cada caso.

b) La prioridad de la permanencia en la familia de origen, procurando la reinserción del menor en su propia familia.

c) En caso de acordarse una medida de protección se dará preferencia al acogimiento familiar frente al residencial (artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor)

d) Procurar que la guarda de hermanos se confíe siempre a una misma institución o persona (artículo 172.ter.3 del Código Civil).

e) Remoción de la guarda en caso de existir problemas graves de convivencia entre el menor y quien tenga confiada su guarda (artículo 173.3 del Código Civil).

f) Atribución al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela, guarda y acogimiento de menores.

III. La Tutela por ministerio de la Ley, Legal o Automática

3.1.- Concepto

La tutela por ministerio de ley se produce cuando la Administración constata el hecho de que el menor se encuentra en situación de desamparo y así lo declara; en estos casos la Entidad Pública está obligada por la Ley de forma automática a la tutela del mismo, y debe adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda¹⁹. En estos casos, la Administración interviene, protegiendo al menor ante la situación de desamparo, asumiendo la tutela²⁰, convirtiéndose, así, en la forma de intervención más intensa que tiene la Administración, en orden a la protección de menores. Sin embargo debe afirmarse, que la tutela por ministerio de la ley tiene

les, como afirmaba PÉREZ MARTÍN, el interés del menor, resulta difícil de precisar. Se trata de un concepto jurídico abstracto, indeterminado, pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho. PÉREZ MARTÍN, *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid, 1998, pág. 41.

Conforme, al Auto del Tribunal Constitucional núm. 28/2001 (Sala Primera, Sección 1ª), de 1 febrero (RAT C2001/28), se trata de norma de orden público, y, por consiguiente, de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español. Ahora la ley perfila el concepto de interés superior con una fórmula abierta y flexible, en la nueva redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor. En el que se incorpora tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los criterios de la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de los Derechos del niño, que define este concepto desde un contenido triple: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento (tal y como dice el Preámbulo Ley 8/2015, de 22 de julio). De conformidad con lo dicho, podemos observar la Ley Orgánica de Protección del Menor establece unos criterios generales para interpretar y ponderar el principio del interés superior del menor, que dejan abierta la posibilidad de tener en cuenta todos aquellos criterios que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto, permitiendo por tanto, analizarlo caso por caso (artículo 2).

¹⁹ Sustituye el anticuado concepto de abandono por el más atemperado a los tiempos actuales de desamparo.

²⁰ El artículo 239 del Código Civil, preceptúa que: «1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponde por ley a la Entidad pública. 2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste».

grandes diferencias con la tutela ordinaria²¹, tanto por su origen, como por su constitución y por sus diferentes efectos.

3.2.- Requisitos

3.2.1.- Situación de desamparo

Según establece el artículo 172.1.2, del Código Civil «Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Conviene aclarar qué se entiende jurídicamente por situación de desamparo.

En primer lugar, hay que señalar que la definición, se mantiene y en consecuencia, la amplitud del concepto de desamparo, que puede encerrar situaciones muy variadas. Hasta la reforma, ni nuestro Código ni la Ley Orgánica de Protección del Menor hacía una enumeración de las causas que se consideraban de desamparo, a diferencia de muchas leyes autonómicas, lo que nos parecía adecuado, ya que lo cierto es que los mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común están generalmente aceptados y no se corre el riesgo de dejar fuera de la enumeración alguna causa. Lo importante es que permitía incluir todas las situaciones que tienen como consecuencia dejar al menor privado de la necesaria asistencia moral o material.

Actualmente, la definición de desamparo debe ser completada con el artículo 18 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, que tras repetir la definición de desamparo exactamente igual que lo hace el artículo 172 del Código Civil, afirma que: “la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos”.

Especial relevancia, tienen algunas de las novedades que introduce el artículo 18, como la de establecer como indicador de desamparo, entre otros el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente y, la de realizar una enumeración amplia de las causas, que determinan la situación de desamparo, tales como: El abandono del menor. El transcurso del plazo de guarda voluntaria. El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor²². El riesgo para la salud mental del menor, su in-

²¹ Afirma, LEONSEGUI GUILLLOT, refiriéndose a la tutela ordinaria, que el ejercicio de la función tutelar es un verdadero mandato legal que presenta los siguientes caracteres: subsidiaridad, naturaleza pública del cargo, obligatoriedad, generalidad, y control judicial. Sobre este tipo de tutela resulta de gran interés ver «La Tutela» en Curso.. sobre. 2001, págs. 99 y ss.

²² Engloba: “en particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causa-

tegridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas²³. El grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental. La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad. La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada. La inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria y, por último cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

Debe observarse que el extenso elenco de las causas que completan la definición de desamparo, no es cerrado, es simplemente ejemplificativo, lo que permitirá, como hasta ahora venía sucediendo, incluir dentro del concepto de desamparo, cualquier otro incumplimiento de los deberes que suponga un perjuicio o amenaza para la integridad física o mental del menor, que tengan como consecuencia la desatención moral o material del menor.

En segundo lugar, hay que destacar, que la situación de desamparo, no sólo se produce cuando el menor está abandonado, sino que se puede producir encubierta bajo una institución de protección como la patria potestad, tutela o guarda. Lo que significa que el menor, pese a encontrarse bajo una supuesta protección de los padres, del representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, está desatendido moral o materialmente. Esta desatención puede desembocar en la situación de desamparo de una forma voluntaria o involuntaria. Dicho con otras palabras, los padres o tutores, en estos supuestos, están omitiendo o ejerciendo inadecuadamente los deberes de asistencia y protección sobre los menores.

3.3.- Constitución. Requisitos formales

El procedimiento para constituir la *tutela administrativa* es extrajudicial, y se ajusta a una serie de formalidades administrativas y civiles.

Se inicia, como decíamos, de oficio, por la propia Administración o a instancia de parte, ya que cualquier persona está obligada a denunciar, o a poner en conocimiento de la autoridad, las situaciones de desprotección en las que puede encontrarse el menor²⁴. Desde ese momento, la Administración queda obligada a comprobar la situación, oyendo a todos los interesados.

De este modo, una vez que la Administración ha constatado el hecho del desamparo, es necesario que mediante *resolución* se aprecie dicho desamparo y se declare la asunción de la tutela por ministerio de la ley, adoptándose las medidas necesarias para la guarda. Dicho en otros términos, es necesario que esa situación de hecho, sea declarada formalmente por la Administración, mediante una resolución, por la que además, asume automáticamente la función de tutela.

dos por maltrato prenatal” (artículo 18.2.c de la Ley Orgánica de Protección del Menor).

²³ Incluye: “cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo. (artículo 18.2.d de la Ley Orgánica de Protección del Menor).

²⁴ Artículo 13.1 de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Además, la Administración, queda obligada a poner esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria y notificarlo en forma legal a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación, se les informará de forma presencial, y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración, y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

En caso de desacuerdo, durante el plazo de dos desde la notificación de la resolución declarando el desamparo, los padres o tutores, que tenga la patria potestad o la tutela suspendida podrán solicitar el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de situación de desamparo, si entienden que han cambiado las circunstancias que la motivaron y que pueden asumir nuevamente la patria potestad o tutela. Igualmente durante el mismo plazo pueden oponerse a las decisiones que se adopten respecto al menor. Precisamente, durante ese plazo de dos desde la notificación del desamparo, la Entidad Pública, ponderando la situación, adoptara cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva a la familia de origen, medidas que debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículo 172. 2 del Código Civil).

Transcurridos el plazo de dos años, decae el derecho de los progenitores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas de protección (no obstante, podrán facilitar información a la entidad Pública y al Ministerio Fiscal de cualquier cambio de las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo) y únicamente estará legitimado el Ministerio Fiscal, para oponerse a la resolución de la Entidad Pública, de acuerdo con el procedimiento que luego analizaremos.

La Entidad Publica de oficio o la Instancia de parte, podrá revocar la declaración de la situación de desamparo y decidir el retorno con la familia, siempre que entienda que es lo más adecuado para su interés, notificándoselo al Ministerio Fiscal (artículo 172. 3 del Código Civil).

Además, el Fiscal en tanto que defensor de los intereses del menor, puede promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias, y ejerce funciones de vigilancia. Por su parte el Juez, de oficio, a instancia de parte y como hemos apuntado del Ministerio Fiscal, podrá adoptar las medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Estas medidas se pueden adoptar en cualquier proceso civil, penal o en el expediente de jurisdicción voluntaria.

Sistemáticamente pueden señalarse las siguientes fases:

- Denuncia, hecha por cualquier persona, o autoridad, especialmente por aquellos que por su profesión o función detecten una posible situación de desamparo: servicios sociales, juez, ministerio fiscal, policía y otros cuerpos de seguridad, profesores, y por supuesto por el propio menor.
- Iniciación de un expediente, con la actuación de la Administración, que oirá a las personas interesadas (al menor si tuviera suficiente madurez y en todo caso si fuere mayor de 12 años, padres, tutores, guardadores, o personas interesadas)

y evaluará la situación.

- Resolución del expediente, que terminará con la declaración de la situación de desamparo si se verifica la situación denunciada, adoptando las medidas oportunas de protección, en cuyo caso la entidad pública asumirá la tutela, en los términos previstos en el artículo 172 del Código Civil.

- Notificación de la resolución al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores o guardadores y al menor y adopción de las medidas de protección correspondientes.

Las consecuencias civiles son las señaladas en los artículos 172 a 174 del Código Civil.

3.4.- Efectos

Lleva consigo la suspensión de la patria potestad²⁵ o de la tutela ordinaria, tanto en su aspecto personal como patrimonial. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

Como novedad se introduce tanto para los supuestos de desamparo, como de asunción de guarda que luego veremos, la posibilidad de que la Entidad Pública, señale la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor. Es curioso, que también se pueda reclamar a los progenitores y a los tutores, cantidades por los gastos derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismo, pues excepciona lo establecido en el artículo 1903, sobre todo tratándose de supuestos de desamparo, en los que la Entidad pública se convierte en guardador legal.

Conviene señalar que los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores, pues se presume que es conveniente para el desarrollo del menor, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública (artículo 160.1 del Código Civil). También tienen derecho a relacionarse con sus hermanos, abuelos o allegados. Lo que quiere decir que, por regla general, los padres, los parientes y allegados tienen derecho a visitar y a seguir relacionándose y comunicándose²⁶ con sus hijos menores. Si bien es verdad, que tratándose de menores en situación de desamparo, estos derechos son regulados por la Entidad Pública, pudiendo ser suspendido temporalmente por la Entidad Pública, en interés del menor, atendidas las circunstancias previa audiencia de los afectados, incluido el menor que tenga suficiente madurez y siempre que sea mayor de doce años, notificándolo inmediatamente al Ministerio Fiscal, quienes pueden oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme establece la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con anterioridad a la reforma, la regulación de estas visitas y su suspensión sólo podía realizarla el Juez, pero incluso sin que esta posibilidad estuviera consa-

²⁵ LASARTE ÁLVAREZ, *Derecho de Familia*, Madrid, 2008, pág. 385. DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 2007, pág. 505.

²⁶ Entre las medidas para proteger al menor, se enuncian dos nuevas, pudiendo el Juez en uso de sus facultades prohibir, frente a los progenitores, tutores, pariente o a terceras personas, la aproximación y la comunicación con menor, con respeto al principio de proporcionalidad (artículo 158 del Código Civil).

grada legislativamente, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 18 de junio de 2015²⁷, había fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: “La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada”.

Por otro lado, ahora se prevé la posibilidad de que la entidad Pública y el Ministerio Fiscal, puedan promover cuando proceda, la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela..

La tutela pasa, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, a la Administración, quien ostenta obligaciones personales y patrimoniales, tales como la representación legal, y, la administración del patrimonio del menor (artículos 267 y 270), etcétera. Pero a diferencia de lo que ocurre en la tutela ordinaria, en la que será la persona designada como tutor la que ejercerá la guarda, en la tutela por ministerio de ley, dicha guarda se ejerce a través del «acogimiento».

Por último, la Entidad Pública tiene la obligación de preparar para la vida independiente a los jóvenes tutelados, particularmente si están sometidos a acogimiento residencial, o tienen una situación de especial vulnerabilidad, durante dos años antes de la mayoría y una vez cumplida esta.

IV. La Guarda Administrativa o Legal

4.1.- Concepto

Es la guarda que asume, temporalmente, la Administración²⁸, a solicitud de los padres o tutores o del Juez, cuando concurren determinadas circunstancias que a continuación veremos. Esta forma de protección, que ejerce la Administración, a través de la guarda, se produce tras una solicitud «extrajudicial», si la solicitan los padres o tutores cuando por «circunstancias graves y transitorias» debidamente acreditadas no puedan cuidar del menor o «judicial» cuando es solicitada por el Juez en los casos que legalmente proceda. En ambos casos la guarda tiene carácter transitorio.

En el primer caso, los padres o tutores solicitan ayuda a la Administración para prevenir, o remediar una situación grave, en la que los menores se podrían quedar desamparados. Es decir, existen circunstancias que impiden el cuidado del menor y por tanto su desarrollo integral (que pueden ser de muy variada índole, tales como falta de familiares cercanos que puedan asumir la guarda, pobreza, paro, enfermedad grave, toxicomanía, etc.). En estos casos los padres o tutores ante la imposibilidad de tener a sus hijos como es debido acuden a la Entidad Pública, pero, conviene resaltar que, éstos siguen teniendo responsabilidades para con los menores. Ahora como novedad se introduce el plazo de esta guarda, que no podrá durar más de dos años, salvo que excepcionalmente el interés superior del menor aconseje la prórroga. Trascurrido dicho plazo, o la prórroga en su caso, el menor regresará con sus progenitores o tutores, o en caso contrario será declarado en situación legal de desamparo.

²⁷ Sentencia núm. 321/2015 de 18 junio. RJ 2015\2293.

²⁸ Se encuentra regulada en el artículo 172.bis del *Código Civil* y en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

En el segundo caso, se produce a solicitud del Juez. Ha de destacarse, además, que el Juez tiene encomendada, por Ley, la adopción de las medidas de defensa que considere oportunas, para apartar a un menor de un peligro, o evitarle perjuicios. Estas medidas se pueden adoptar dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien dentro de un expediente de jurisdicción voluntaria, si bien, el Juez como es natural, no asume directamente, o personalmente, el ejercicio de las funciones específicas de protección.

4.2.- Constitución. Requisitos formales

La asunción de la guarda por parte de la Administración puede tener su origen en un acuerdo de la Entidad Pública o de la Autoridad Judicial.

En el primer caso, la Entidad Pública, una vez solicitada la guarda temporal por los interesados, tramita el correspondiente expediente. En él analiza y estudia las circunstancias alegadas y la situación personal, social y familiar del menor, y después, oídas las partes interesadas, dicta la resolución que proceda.

Si procede la guarda, la entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública. La familia debe someterse a la intervención profesional. Además, en caso de haya menores discapacitados, se garantiza por parte de la Administración, el apoyo adecuado a sus necesidades.

En todo caso, la resolución administrativa, sobre la asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como cualquier variación posterior de su forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

Si se considera que no procede la guarda, se puede acudir al juez a través de la oposición a la que más tarde nos referiremos.

En el segundo caso, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez, en los casos en que legalmente proceda (artículo 172.2 del Código Civil). Por ejemplo: en los casos que solicitada la guarda la entidad se niega a asumirla, en los procesos de acción de reclamación de filiación o impugnación de la misma, en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, los hijos pueden ser encomendados a una institución tutelar, si no hay acuerdo ente los cónyuges.

4.3.- Efectos

A pesar de que los padres o tutores cedan temporalmente a la Administración la guarda de los hijos, es muy importante resaltar que no por ello se extingue, ni la patria potestad, ni en su caso la tutela, tan sólo supone que determinadas funciones, que forman parte del contenido personal de la patria potestad o la tutela, se delegan en la Administración, como, por ejemplo, aquellas derivadas de la convivencia con el menor.

En este sentido, se expresa además el Código Civil, al afirmar que los padres y tutores mantienen sus responsabilidades para con sus hijos o pupilos, y aquéllos deben ser informados de este extremo. Es decir, la guarda, así ejercida, coexiste con la patria potestad o tutela. Además, no hay que olvidar lo ya apuntado sobre el derecho de visitas y el derecho de comunicación con el menor. De lo dicho, es fácil observar que el grado de intervención de la Administración, en este caso, no tiene consecuencias tan drásticas como en la tutela administrativa.

Debemos destacar, además, que la función de guarda de la Administración se ejercita a través del acogimiento familiar o residencial, y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

V. El Acogimiento de menores

Como ya hemos tenido ocasión de exponer, tanto la tutela administrativa, como la guarda conducen al acogimiento, siendo éste el instrumento por el que se materializa las citadas instituciones.

5.1.- Concepto

Es la medida de protección de menores que hace efectiva la realización de la guarda o tutela administrativa, y consiste en integrar al menor en una familia, o en un establecimiento adecuado a tal fin. Comporta por tanto, la separación del menor de su familia originaria²⁹ al menos de su familia en sentido restringido, si bien puede integrarse con su familia extensa.

5.2.- Clases de acogimiento de Menores

Podemos distinguir dos modalidades de acogimiento, según quién tenga encomendado su ejercicio (artículos 172.ter del Código Civil):

a) Acogimiento Familiar: cuando se ejerza por la persona o personas que determine la Entidad Pública. Conviene apuntar que se considera preferente el acogimiento familiar, y sólo cuando no sea posible o conveniente para el interés del menor, se realizará el acogimiento residencial.

b) Acogimiento Residencial: cuando se ejerza por el Director o responsable del centro o institución donde sea acogido el menor.

Hay que señalar que, aunque el Código³⁰ prevé estas dos modalidades de acogimiento, sin embargo, regula de forma extensa el acogimiento familiar, limitándose a dar tan sólo unas pinceladas del acogimiento residencial.

En ambas modalidades de acogimiento, se contempla la posibilidad, de que la Entidad Pública pueda acordar que los menores disfruten de estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. Dichas medidas, se acordarán una vez oído el menor en los supuestos que proceda. Presupone la delegación de la guarda, para estas estancias o salidas. Delegación que debe contener los términos en que se realiza, para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez, debiéndolas comunicar a los progenitores, tutores que no hayan sido privados de la patria potestad y a los acogedores.

Por otra parte, se regula por primera vez, los derechos específicos de los menores acogidos (artículo 21 bis de la Ley Orgánica de Protección del Menor), junto a los derechos previstos con carácter general para los menores en la citada Ley.

²⁹ La figura del acogimiento fue introducida por Ley 21/1987, modificada por Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

³⁰ En todo caso, dicha regulación debe ser contemplada con el amplio desarrollo de los artículos 20 a 21 bis, de la Ley Orgánica de Protección del Menor.

5.2.1.- Acogimiento residencial

El acogimiento residencial, consiste en integrar al menor, en situación de desprotección social, en un centro (público o privado), ejerciendo la guarda el Director del mismo. Se incluye aquí la integración en pisos asistidos y hogares funcionales. Por regla general, se prefiere que el menor se desarrolle en un entorno familiar, considerándose por consiguiente el acogimiento familiar preferente para cualquier menor, respecto al acogimiento residencial. Especialmente para los menores de seis años, considerándose absolutamente excepcional para los menores de tres, salvo en supuestos de imposibilidad, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor. En todo caso, se procurará que estos menores permanezcan internados el menor tiempo posible, y nunca podrá durar más de tres meses. Estos centros tratan de mitigar la carencia de un entorno familiar.

Por otro lado, se establecen unas obligaciones básicas de las Entidades públicas, los servicios y centros de acogida, respecto de los menores que estén sometidos al acogimiento residencial³¹. Asimismo, es necesario que la Entidad Pública, habilite administrativamente los centros de acogimiento residencial, regule su funcionamiento y los inscriba en el registro correspondiente.

A los efectos de garantizar los derechos de estos menores la Entidad Pública, deberá realizar la inspección y supervisión de los centros semestrales y siempre que lo exijan las circunstancias. Asimismo, en todo caso, el Ministerio Fiscal tiene encomendada la tarea de vigilancia del acogimiento, así como la de inspección de todos los servicios y centros, analizando entre otros los Proyectos Educativos Individualizados y del Centro así como el Reglamento interno.

La regulación de esta modalidad de acogimiento es competencia de la Administración, y dependerá de la normativa establecida en cada una de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Asistencia Social.³²

5.2.2.- Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta

Una de las novedades que introduce la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, es la regulación del acogimiento residencial en centros específicos de protección de menores con problemas de conducta³³, que se realizará exclusivamente, cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección³⁴. Es, sin lugar a dudas, el acogimiento de consecuencias más drásticas. Por ello, es la última medida que debe ser ejercida, su finalidad es proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, teniendo en cuentas las especiales características y necesidades

³¹ Artículo 21 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y 174 del Código Civil.

³² Si bien con carácter supletorio, es de aplicación lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

³³ A los que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

³⁴ Para lo que se introduce un nuevo Capítulo IV, artículos 25 a 35, bajo la rúbrica “Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta”, en el que se desarrollan una serie de actuaciones en las que se prevé la utilización de medidas de seguridad e incluso de restricción de las libertades o derechos fundamentales, para los menores. Regulación que debe ser completada con las nuevas normas de procedimiento introducidas en el artículo 778 bis para el ingreso en centros específicos, y en el 778 ter, para las entradas en domicilios y lugares para la ejecución forzosa de las medidas de contención de protección de menores, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (añadidas por los artículos 1 y 2.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio).

de estos menores. No podrán ser ingresados en estos centros, los menores que presenten enfermedades o problemas mentales que requieran un tratamiento específico.³⁵

Para el ingreso en estos centros de protección específicos, será necesario que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal soliciten la autorización judicial que será obligatoria y previa al mismo, respetando el derecho del menor a ser oído y tras la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 778 bis de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Serán competentes para autorizar el ingreso los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el Centro. Excepcionalmente, por razones de urgencia se podrá adoptar inmediatamente el ingreso en estos centros, previamente a tener la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juez, dentro de 24 horas para que proceda a la preceptiva ratificación, teniendo el Juzgado que resolver en el plazo máximo de 72 horas desde el momento de la comunicación del ingreso. Es decir en los casos de internamientos urgentes, la autorización judicial se puede obtener posteriormente al ingreso. El internamiento quedará sin efecto inmediato en caso que no se autorice.

Los menores deben recibir información sobre sus derechos y deberes, funcionamiento del centro, organización general, régimen educativo, etcétera.

En la misma resolución en que se acuerde el ingreso³⁶ se expresará la obligación de la Entidad Pública y del Director del centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor y la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Juez pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada tres meses, a no ser que el Juez, atendida la naturaleza de la conducta que motivó el ingreso, señale un plazo inferior. Transcurrido el plazo y recibidos los informes de la Entidad Pública y del Director del centro, el Juzgado, previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, y oído el menor y el Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

Asimismo, los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas

El control periódico de los ingresos corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el centro.

La severidad de las medidas se pone de relieve en que incluso, está previsto que los menores se puedan trasladar de centro de protección específico de menores con problemas de conducta, pudiendo cambiarse su residencia, sin que sea necesaria una nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro. La decisión de traslado será notificada a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrirla ante el órgano que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia de las personas

³⁵ El internamiento por razón de trastorno psíquico se regula en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

³⁶ Frente a la resolución que el Juzgado adopte en relación con la autorización o ratificación del ingreso podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores. El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo, artículo 778.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal. Pero esto no es todo, en el procedimiento seguido deberá pronunciarse el Juez, sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, que podrán consistir en la contención mecánica o física del menor, en su aislamiento o en registros personales y materiales. Choca que los padres no tengan facultades de corrección de sus hijos menores bajo su potestad, con las extremas medidas que se pueden tomar en estos centros que pueden vulnerar el libre desarrollo de la personalidad y ser profundamente perturbadoras con consecuencias psicológicas.

El cese será acordado por el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, fundamentada en un informe psicosocial.

5.2.3.- Acogimiento familiar

El acogimiento familiar³⁷ consiste en integrar al menor en situación de desprotección social, en un núcleo familiar que sustituya al suyo de origen, ejerciéndose la guarda por la persona, o personas, que lo integren. Es una medida menos traumática que la anterior, por considerarse que la familia es el medio idóneo para el desarrollo integral del menor. Hay que resaltar que, el acogimiento familiar, atendiendo a la vinculación con la familia acogedora, se puede realizar en la familia extensa del menor³⁸, con la que esté unido por alguna relación de parentesco o en una familia ajena al mismo. Se prefiere el acogimiento en la familia extensa salvo que se perjudicial para el interés del menor.

Hay que tener en cuenta que cuando el acogimiento se produce en familia ajena, puede revestir varias fórmulas: unas veces puedes ser en familias que quieren desinteresadamente ayudar a los menores, otras veces el acogimiento podrá hacerse en familias especializadas, que son aquellas en las que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función con plena disponibilidad y recibiendo por ello una compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral y por último, puede ser familias especializadas, que sean también «profesionalizadas», que son aquellas que reuniendo los requisitos anteriores, el acogedor o los acogedores, tienen una relación laboral con la Entidad Pública.

El procedimiento de selección de los acogedores se lleva a cabo por la Entidad Pública, que decidirá si se cumplen los requisitos de idoneidad para poder ser acogedores, previa valoración de la adecuación de la familia para realizarlo, atendiendo a criterios tales, como su situación familiar y aptitud educadora, capacidad para atender las necesidades del menor, y disposición para cumplir el pan individual de atención y si lo hubiera el programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia.

Entre los criterios de valoración, queremos llamar la atención, en que hace especial referencia a la edad de los acogedores, aunque de forma imprecisa y sin

³⁷ Al respecto, PÉREZ MARTÍN, Derecho de familia. *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid, 1998. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Visión general del acogimiento familiar*, en *Actualidad Civil*, 5, 2000, págs. 1.685 a 1.695.

³⁸ Debe considerarse preferente el acogimiento en la familia extensa del menor, ya que uno de los principios en que se apoya la protección de menores es la reinserción en la propia familia, siendo bastante usual que, por ejemplo, los abuelos ejerzan la función de acogedores.

mayores especificaciones, al afirmarse que cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido (artículo 20 de la Ley Orgánica de Protección del Menor).

Los derechos y deberes de los acogedores familiares, se contemplan en el artículo 21 y los derechos del menor acogido independientemente de su modalidad, en el artículo 21 bis, de la Ley Orgánica de Protección del Menor)

5.2.3.- Tipos de acogimiento familiar

Dependiendo de que la propia familia del menor pueda mejorar, y que su retorno no implique riesgos para éste, o que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, hay que distinguir las siguientes subespecies de acogimiento familiar, atendiendo a su finalidad (artículo 173 bis del Código Civil)³⁹ atendiendo a la duración y objetivos puede adoptar las siguientes modalidades:

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.

Se incorpora una nueva modalidad de acogimiento, el acogimiento de urgencia, que está especialmente pensado para menores de seis años, (aunque no únicamente) y cuya duración no puede exceder de seis meses, mientras que se decide la medida de protección familiar que corresponda. Salvo por el tiempo de duración o por la referencia a la edad, no dista de las otras modalidades de acogimiento familiar.

³⁹ Conviene señalar que antes de la reforma se contemplaban las siguientes modalidades:

1) Acogimiento familiar simple: que tenía carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se preveía la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable. 2) Acogimiento familiar permanente: cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor. 3) Acogimiento familiar preadoptivo que se formalizaba por la entidad pública bien cuando ésta elevaba una propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial; siempre que los acogedores reunieran los requisitos necesarios para adoptar y se diera el resto de los requisitos para la adopción o bien cuando considerada con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que era necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia. Este periodo debía ser lo más breve posible y, en todo caso, no podía exceder del plazo de un año. En todo caso, tenía por finalidad la adopción.

Debe observarse que el llamado en la regulación anterior acogimiento familiar simple, ha pasado a denominarse acogimiento temporal. Expresamente se señala en la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que: “las referencias que se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil”. En cuanto al acogimiento permanente se mantiene igual que en la regulación anterior.

Por último, debe resaltarse que la denominación de acogimiento preadoptivo desaparece para convertirse en una fase del procedimiento de adopción, utilizándose ahora la expresión de guarda con fines de adopción, debe indicarse también que las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen, al acogimiento preadoptivo se entienden hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el nuevo artículo 176 bis del Código Civil (la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio). En el mismo sentido, la disposición adicional sexta establece la equiparación de los regímenes jurídicos de acogimientos previstos en la nueva regulación en relación a las normas existentes con anterioridad y a las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas.

5.3.- Elementos Subjetivos

a) Los sujetos que pueden ser acogidos son los menores de edad, no existe acuerdo doctrinal sobre si quedan excluidos los menores emancipados y los que hayan obtenido el beneficio de la mayoría edad. En todo caso, los menores deben encontrarse en situación de desprotección social, bien por haber sido declarado la situación de desamparo, bien por tener la guarda la entidad pública. En los supuestos de delegación de la guarda con fines de adopción, se exigirán los mismos requisitos que para proceder a la adopción. En cuanto, al acogimiento familiar de personas mayores, regulado por algunas legislaciones autonómicas, su estudio detallado debe hacerse en otro lugar.

b) El acogimiento familiar se podrá ejercer por cualquier persona, ya viva sola o en pareja, bien casada o de hecho. Tal y como establece el artículo 172 ter del Código Civil: “El acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que determine la entidad pública y sustituyan al núcleo familiar del menor”. Pero seguidamente se matiza señalando que “no podrán acogedores los que no pueden ser tutores de acuerdo con lo previsto en la ley”. Por tanto, podrá ser acogedor cualquier persona mayor de edad con plena capacidad de obrar, siempre que haya sido valorada como idónea, por la Entidad Pública, y cumpla con los deberes de los acogedores familiares. No se exige ningún requisito de capacidad especial, salvo para la guarda con fines de adopción, ni nunca se ha hecho distinción en cuanto a la identidad sexual de la persona.

No hay que olvidar, que las Comunidades Autónomas valoraran a las familias o personas de acogida según los distintos criterios de selección, que establezcan en sus propias disposiciones, teniendo en cuenta la edad, la aptitud educadora, la situación familiar y otras circunstancias, siempre en interés del menor.

En relación a las al matrimonio, como sabemos una vez que el matrimonio se puede celebrar entre personas del mismo o distinto sexo, los efectos son los mismos con independencia del sexo de los contrayentes.

En cuanto a la posibilidad de adopción, conjunta, la Ley 26/2015, de 28 de junio, permite que pueden hacerla tanto los cónyuges como las parejas unidas por análoga relación afectividad conyugal, equiparándose ambas situaciones (artículo 175. 4). Por otro lado, se contempla expresamente la posibilidad de que en los supuestos de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción, de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación, la separación, el divorcio o ruptura de la relación... con anterioridad a la propuesta de adopción no impida que pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción artículo 175.5.

En todo caso, cuando el acogimiento sea con fines de adopción se exigirán los requisitos que en los supuestos de adopción (artículo 176 bis)

5.4.- Constitución. Requisitos Formales

El procedimiento para formalizar el acogimiento puede ser administrativo o judicial en caso de oposición⁴⁰.

Nos centraremos tan sólo en el acogimiento familiar constituido por la Entidad Pública, mediante resolución administrativa, cuya formalización está contemplada en el artículo 20. 2. de la Ley Orgánica de Protección del Menor. Y, que es el establecido para que sea ejercido por la persona, o personas, que sustituyan al núcleo familiar del menor.

Previamente a la constitución del acta de acogimiento, la Administración realiza un expediente administrativo que, esquemáticamente, pasa por los siguientes pasos:

- Incoación del expediente administrativo (de oficio o a instancia de parte).
- Tramitación del expediente (informe sobre la situación del menor, designación de personas que pueden acoger al menor).
- Resolución acordando o denegando el acogimiento.

En caso afirmativo, se formaliza el acta. El acogimiento se formalizará por escrito mediante resolución. Y a la citada resolución, de acogimiento familiar se acompañará un documento anexo, sea cual sea su forma de constitución administrativa o judicial, para que se entienda legalmente constituido. Estos son:

- a) Identidad del acogedor o acogedores y del acogido.
- b) Los consentimientos y audiencias necesarios:
- c) Modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como si se trata de un acogimiento en familia extensa o ajena

⁴⁰ La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre los procedimientos especiales a los que hacer referencia al regular los procesos sobre capacidad, filiación y menores, dedica unas disposiciones generales aplicables a todos estos procedimientos (artículos 748 a 755), señalando que son de aplicación a los procesos sobre la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, oposición que además está regulada específicamente, en el procedimiento regulado en los artículos 779 a 781 bis, de la citada Ley. Los procedimientos, en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente. La oposición a las resoluciones administrativas de un menor podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

d) Los derechos y deberes de cada una de las partes⁴¹.

e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora.

f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa.

g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.

h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada.

Por último, hay que señalar que, dicho la resolución y el documento anexo, una vez realizado, debe de remitirse al Ministerio Fiscal, en el plazo máximo de un mes. Se inscribirá en el Registro Civil.

5.5.- Efectos

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone, a quien lo recibe, las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Esto no significa que entre el menor y la familia de acogida se creen vínculos familiares, la ley habla exclusivamente de participación del menor en la vida de la familia. Hay que señalar que no se crean vínculos de parentesco aunque se trate de acogimiento con fines de adopción, pues cuando efectivamente cristalice la adopción, esta será, y no aquel, la que creará los citados vínculos. Lo que ocurre, tan sólo, es que existe, por parte de la Administración, una delegación de las funciones de contenido personal a la familia que ejerce la acogida, por ejemplo, velar por el menor, tenerlo en su compañía, procurarle alimentos, una educación integral, etc.

En consecuencia, los acogedores no tienen funciones de carácter patrimonial sobre los menores acogidos tales como la representación o gestión de los bienes, ya que no hay que olvidar que, en las situaciones de guarda a solicitud de los padres o tutores, estos mantienen la patria potestad, o en su caso las funciones tutelares, y que en las situaciones de desamparo, la tutela la ejerce la Administración, y es ésta la que tiene la representación legal y las facultades patrimoniales. No obstante, en el acogimiento permanente pueden delegarse en la familia de acogida facultades de tutela.

Por otro lado, en relación al derecho con la familia de origen, a relacionarse con sus hijos menores, nos remitimos a lo dicho anteriormente. La entidad pública tiene, en todo caso, el deber de vigilancia y control del acogimiento, que será revisado al menos cada seis meses (artículo 172. ter. 2).

5.6.- Guarda con fines de adopción

En estos casos, la Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en desamparo, en personas que reúnan los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y hayan prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. Para ello, la Entidad

⁴¹ Y en particular: 1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. 2.º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria.

Pública, antes de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

Con una redacción desafortunada, señala que la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva, excepto que intereses del menor se mantengan en los casos previstos en el artículo 178.4, que permite que al constituirse la adopción el Juez acuerde el mantenimiento de relación o contacto con la familia de origen. En este último caso es necesario, que conste en la declaración de idoneidad que las personas que se ofrecen en adopción aceptan adoptar a un menor que mantengan relaciones con la familia de origen. La propuesta de adopción al Juez, tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor.

Este volumen se terminó de imprimir
en la ciudad de Cuernavaca, Morelos,
en enero de 2017, con un tiraje
de mil ejemplares,
más sobrantes para reposición.