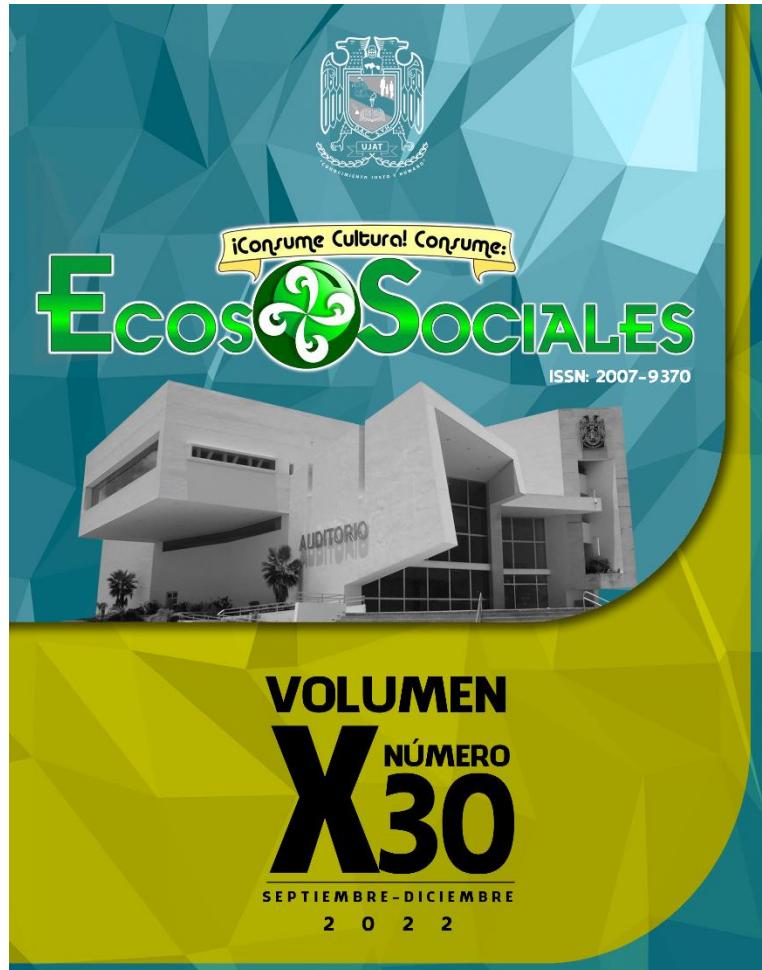


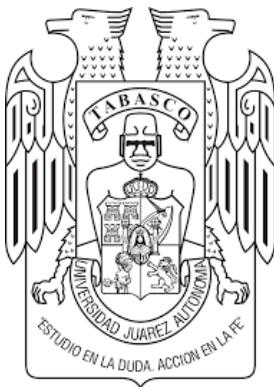
# Vol. 10 Núm. 30: 3ra. Edición septiembre-diciembre



<https://revistaecos.ujat.mx/ecosoc/es/issue/view/476>

Publicado: 2023-04-24

ISSN: 2007-9370



# UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO

“ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE”

**L.D. GUILLERMO NARVÁEZ OSORIO**

*Rector*

**DR. WILFRIDO MIGUEL CONTRERAS SÁNCHEZ**

*Secretario de Investigación, Posgrado y Vinculación*

ECOS SOCIALES, es una publicación continua editada por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Av. Universidad S/N, Zona de la Cultura, Col. Magisterial, C.P. 86040, Villahermosa Tabasco, México. <https://revistaecos.ujat.mx/ecosoc/es> [ecossociales@ujat.mx](mailto:ecossociales@ujat.mx). Editora Responsable de la Revista: Francisca Silva Hernández. Reserva de derechos al uso exclusivo 04-2013-070515001100-203, ISSN: 2007-9370, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Av. Universidad S/N, Zona de la Cultura, Col. Magisterial, Centro, Tabasco. C.P. 86040.

La División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco no efectúa cargos por procesamientos de artículos (APC); es decir, ningún autor sufraga los costos de edición, producción o publicación.

La revista electrónica Ecos Sociales, se encuentra indexada en: AmeliCA, [BASE](#), [El Instituto Internacional de Investigación Organizada \(I2OR\)](#)#7558, [CiteFactor](#), [Academic Resource Index](#), [INTERNATIONAL INNOVATIVE JOURNAL IMPACT FACTOR \(IIJIF\)](#), [Carolina University Library Academy](#) y [US Library](#) ISSN: 2007-9370

**EDITORIA EN JEFE**

**DRA. FRANCISCA SILVA HERNÁNDEZ**

*Profesora Investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco*

*(SNII, nivel I)*

**EDITOR ASOCIADO**

**DR. GERMÁN MARTÍNEZ PRATS**

*Profesor Investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco*

*(SNII, nivel I)*

**COMITÉ EDITORIAL**

**DR. JESÚS ANTONIO PIÑA GUTIÉRREZ**

*Profesor Investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco*

*(SNII, nivel I)*

**DR. JESÚS MANUEL ARGAEZ DE LOS SANTOS**

*Profesor Investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco*

*(SNII, nivel I)*

## CONTENIDO

***SIPINNA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES***

PEDRO EMMANUEL JIMÉNEZ OSOGOVIO, LETICIA PALOMEQUE CRUZ

***LA DESAPARICIÓN FORZADA Y EL ESTUDIO DE CASOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS***

JESÚS ALEXIS GONZÁLEZ RUIZ, LENIN MÉNDEZ PAZ

***CULTURA DE LOS LITIGANTES EN TABASCO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA LABORAL***

Heidi Mallerly Ricardez Castillo

***ALCANCES Y LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL***

DAVID ARMANDO ESTRADA GALLEGOS

***EL ARRENDAMIENTO COMERCIAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA Y SUS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS EN MÉXICO***

JANETT CARRILLO CERINO, ENMA ESTELA HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

***LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS***

JESÚS ANTONIO PIÑA GUTIÉRREZ

***MALTRATO INFANTIL: EL AVANCE LEGISLATIVO ACTUAL***

LEONARDO DANIEL VÁZQUEZ HERNÁNDEZ, YENY JIMÉNEZ IZQUIERDO

***MATRIMONIO IGUALITARIO: ALCANCES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS CÓDIGOS CIVILES***

SARAHY AGUILAR DE LA CRUZ, YENY JIMÉNEZ IZQUIERDO

***PROLEGÓMENOS HISTÓRICOS SOBRE EL MATRIMONIO. HISTORICAL  
PRELIMINARY ON MARRIAGE.***

ANGEL VENTA SANTOS

***ALCANCES DE LA REFORMA QUE PROHÍBE EL OUTSOURCING EN MÉXICO***

Luis Javier Torres Ponce

## **SIPINNA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

\*Pedro Emmanuel Jiménez Osogovio

\*\*Leticia Palomeque Cruz

\*División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades

\*\*Profesora Investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Artículo Recibido: 29 de septiembre de 2022. Aceptado: 05 de diciembre de 2022.

**RESUMEN.** En el presente trabajo de investigación se analizará la importancia de la implementación del SIPINNA (Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que responde a los mandatos normativos de la Convención de los Derechos del Niño, así como el artículo 1º Constitucional, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México (LDNNACDMX) y de todas las demás leyes que de ellos emanen. Este mandato se afirma en la Constitución Política de la Ciudad de México, en sus artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 9°, 10° y 11°, donde se establece que las niñas, niños y adolescentes son un grupo de atención prioritaria, así como la obligación de las autoridades para garantizar su adecuada protección a través del Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México por poner un ejemplo.

**Palabras Clave:** Sipinna; Derechos; Humanos; Niñez; Protección

### **INTRODUCCIÓN.**

Hoy en día la protección del menor representa un compromiso mundial que sin duda alguna importa a todas y cada una de las naciones alrededor del mundo, esto es debido a que la niñez resulta ser la base fundamental que permite garantizar un óptimo crecimiento de la población conforme a los derechos de los cuales todos gozamos.

Es por esto qué México ha optado por fortalecer a través de los años, un amplio compromiso qué incluya a los tres órdenes de gobierno (municipal, estatal y federal) de manera que puedan trabajar en forma conjunta para garantizar de manera general y especializada los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes.

Dicha protección va enfocada a ser un conjunto de políticas especiales que estén destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y restituir los derechos vulnerados y violentados de niñas, niños y adolescentes sin importar el sector al que pertenezcan.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y demás Organizaciones Internacionales se han pronunciado respecto de la importancia de garantizar el derecho que tienen los niños y niñas a un desarrollo integral y holístico, concepto que se vincula con la posibilidad del ejercicio y el goce efectivo del conjunto de derechos que los niños tienen reconocidos en el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Razón por la que el fenómeno de la violencia en sus diversas manifestaciones reviste una particular gravedad en el desarrollo integral de los niños puesto que no solo puede vulnerar el derecho del niño a su integridad personal, sino que puede comprometer su derecho a la vida, afectando a su vez otros derechos como el de la salud, a la educación y su derecho a un crecimiento armonioso y pleno como persona, entre otros.

Es verdad que la violencia puede presentarse en diversos contextos y ámbitos más allá de los reconocidos, tales como la familia, la comunidad, la escuela, las instituciones de protección y cuidado y los centros de justicia juvenil, entre otros, por lo que la CIDH en un intento por disminuir dicha situación, ha señalado distintas recomendaciones a los Estados para que puedan prevenir la violencia y garanticen una adecuada protección de la niñez y sus derechos.

Además, al ser México uno de los países que mayor índice de violencia presenta en los últimos años sobre niñas, niños y adolescente (UNICEF), resulta ser necesaria la aplicación de un modelo como SIPINNA, es decir, el Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en un intento por fortalecer un trabajo en conjunto de los distintos niveles de gobierno, esto en razón de las cifras tan elevadas de muertes violentas por armas de fuego en adolescentes, en especial de jóvenes pertenecientes a grupos tradicionalmente excluidos y en condición de vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos.

Dejando entrever que dicha situación se explica por una concurrencia de factores, entre los que se encuentran el elevado número de armas de fuego en manos de particulares y la existencia de grupos con vinculaciones a actividades ilícitas o delictivas, como por ejemplo con el tráfico de drogas, el tráfico y trata de personas, y la extorsión, entre otras actividades como la más reciente y que ha sido señalada por el actual Presidente de la República Andrés Manuel López Obrador, los videojuegos qué hoy en día son parte de las actividades qué comúnmente desarrollan los menores y que por falta de madurez no miden el peligro al que se exponen.

## **DESARROLLO.**

La Convención sobre los Derechos de los Niños es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1989, a través del cual se enfatiza que niñas y niños tienen los mismos derechos que las personas adultas, subrayando aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial.

Dicha convención es vinculante para México, pues este lo ratifico el 21 de octubre de 1990 y a su vez lo publico en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, por lo tanto, se comprometió a adecuar su marco normativo a los principios de la Convención y a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos.

En el año 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma más importante que se ha hecho a la Constitución que se rige desde 1917, para proteger los Derechos Humanos de todas las personas y sí esto incluye a niñas, niños y adolescentes.

Es por ello que desde ese momento los tratados internacionales están al mismo nivel que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el cual se estableció el principio pro-persona, es decir, que en caso de que un juez o autoridad tenga que elegir qué norma aplicar a un caso, deberá elegir la que más favorezca a la persona, sin importar si se trata de la Constitución, un tratado internacional o una ley.

Si bien es cierto que la protección y reconocimiento de los Derechos Humanos

de niñas, niños y adolescentes es un tema que mucho se ha hablado a nivel internacional, no fue hasta el 2015 cuando México decide crear el Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes mejor conocido como SIPINNA, mismo que responde al mandato de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), pues es la manera en que se formaliza un mecanismo que tiene como una de sus principales atribuciones, generar una nueva manera de realizar políticas públicas desde el más alto nivel de decisión gubernamental donde todas las niñas, niños y adolescentes puedan exigir y ejercer sus Derechos Humanos, ya no como objetos de protección, sino como responsables de decidir y opinar lo que consideran mejor para ellas y ellos.

Por lo que a nivel nacional, el Gobierno de la República cuenta con un marco normativo que sienta las bases que garantizan de manera efectiva los Derechos de niñas, niños y adolescentes, lo anterior desde el año 2014 con la entrada en vigor de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), la cual reconoce a este sector de la población como sujetos de

derechos y establece las obligaciones, competencias, funciones y concurrencia de los tres niveles de gobierno a fin de garantizar el cumplimiento de la misma.

Por tal motivo, el trabajo en conjunto permite un entorno favorable que no solo garantiza el pleno goce los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como titulares de éstos, sino también tiene como finalidad ejecutar acciones de manera articulada que impulsen, colaboren y gestionen al desarrollo de programas y estrategias que sean aplicables en todas las entidades federativas para así poder tener una mayor consolidación de SIPINNA en el país.

Con este enfoque, SIPINNA impulsa un cambio de paradigma para garantizar los derechos de 40 millones de niñas, niños y adolescentes, un tercio de la población mexicana, de acuerdo con el último registro obtenido, de los cuales en su mayoría enfrentan diversas problemáticas, como lo son: la violencia, la falta de convivencia familiar, problemas relacionados con la salud, obesidad y desnutrición, entre otros, muchos derivados de la pobreza. Por lo cual, es primordial garantizar no solo sus derechos

a través de unas cuantas leyes, sino garantizarlo a través de acciones, programas, instituciones, etc, que sean capaces de brindar la protección y el cuidado que ellos necesitan.

SIPINNA nace a raíz de la necesidad por regular dichos sucesos, los que afectan esencialmente a las niñas, niños y adolescentes de todo el país, por lo que dicho Sistema Nacional (SIPINNA) dentro de sus funciones podrá constituir comisiones encargadas de atender asuntos o materias específicas, cuando se identifiquen situaciones específicas de violación a los derechos de las niñas, niños o adolescentes, así como situaciones que requieran una atención especial, pues incluso aún con la implementación del mismo, no se ha podido erradicar los casos de violencia con relación al tema.

Es por esto que, la comisión que se cree para atender dichas situaciones específicas coordinará una respuesta interinstitucional para atender integralmente esta problemática, y para su conformación las comisiones procurarán respetar la integración del Sistema Nacional, por lo que deberán tener una representación plural

entre las instituciones del Poder Ejecutivo Federal, los representantes de las entidades federativas, organismos públicos y representantes de la sociedad civil, así como contar con la participación de niñas, niños y adolescentes, conforme lo establece el artículo 60 del Manual de Organización y Operación del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

Todo lo anterior como una respuesta en favor de los Derechos Humanos de los menores qué muchas veces son vulnerados y poco tomados en cuenta, sin garantizar su plenitud, funcionalidad y eficacia dentro de la jurisdicción mexicana.

En nuestro país se visibiliza un panorama que advierte la urgente necesidad de consolidar acciones de todas las autoridades de los distintos niveles y órdenes de gobierno, mismos que deberán garantizar el respeto a la dignidad y a los derechos humanos de ese sector de la población, pues como ya se ha hecho mención algunas causas de fondo son, entre otras, la pobreza, la exclusión y discriminación, la ausencia de oportunidades, la violencia e inseguridad, la desigualdad entre los géneros, los prejuicios

y estereotipos que atentan contra la integridad de las niñas, niños y adolescentes, la falta de inversión pública, así como la urgencia de sensibilizar y capacitar a las y los servidores públicos a efecto de que ciñan su actuar al nuevo paradigma de protección de los derechos de la niñez y adolescencia.

Como se ha mencionado el SIPPINA es un órgano vigilante y protector de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es importante mencionar que no solo sirve como un órgano protector si no al igual su función es de reparar el daño que se haya cometido. Cuando se menciona los derechos violentados es importante conocer cuáles son estos.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 13 reconoce un amplio catálogo de derechos de las niñas, niños y adolescentes. Entre ellos destacan los siguientes:

- Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo
- Derecho a la identidad
- Derecho a vivir en familia
- Derecho a la igualdad sustantiva
- Derecho a no ser discriminado

- Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral
  - Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal
  - Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social
  - Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad
- Derecho a la educación
- Derecho al descanso y al esparcimiento
  - Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura
  - Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información
  - Derecho de participación
  - Derecho de asociación y reunión
  - Derecho a la intimidad
  - Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso
  - Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes
  - 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 Internet. (Derechos, UNAM).

De acuerdo con el listado de estos derechos, cada uno de ellos se deben de respetar sin importar la edad, en este caso, el estado debe garantizar el efectivo cumplimiento de estos, con mecanismos adecuados para su desarrollo, todo niño, niña y adolescente debe de tener acceso sin importar la condición social, el origen étnico, la religión, etc.

Al estar en un país pluricultural, se debe tomar en cuenta que existen diferentes culturas que pueden hacer difícil el poder ingresar a estos derechos uno de ellos es el derecho a la educación debido a que ciertas comunidades no cuentan con las instalaciones adecuadas o es difícil ingresar a ellas, también cuentan con costumbres distintas, es decir, en algunos casos no se habla el idioma español, si no hablan con el dialecto del lugar donde viven.

Pero porque es importante mencionar esto, debido a que el derecho también se debe de actualizar y adecuar a las diferentes situaciones que se van presentando, para así atender todos los problemas de una manera más amplia y con el enfoque jurídico adecuado.

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF) por su parte, desempeña un papel fundamental como parte del SIPINNA, pues funge como la entidad rectora de la asistencia social en el país, teniendo el enorme reto de asegurar la atención de los grupos en situación de mayor vulnerabilidad, así como de promover la restitución integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando han sido vulnerados por situaciones de violencia, explotación, abuso, abandono, negligencia, separación familiar y migración, entre otras. En México de acuerdo con la primera parte del artículo 5 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, son niñas y niños los menores de 12 años, y adolescentes las personas de entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad.(CNDH).

Es importante conocer estos datos, debido a que así se le puede dar la atención adecuada ubicada en el rubro correspondiente y así ser válido cada uno de los derechos correspondientes sobre el menor.

El SIPINNA igual cuenta con organismos internacionales que colaboran con él los cuales son:

1. Organismos internacionales ONU
  - Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. UNICEF.
  - Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados. ACNUR.
  - Organización Internacional para las Migraciones. OIM.
  - Fondo de Población de las Naciones Unidas. UNFPA.
  - ONU Mujeres.
2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos
  - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH.
  - Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. IIN.
3. Unión Europea
  - Programa EUROSocial+ de la Comisión Europea.
4. Otros
  - Organización de Estados Iberoamericanos. OEI.
  - Banco Mundial. BM
  - Banco Interamericano de Desarrollo BID.

- Embajada de Suecia en México.

El Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes juega un papel muy importante en la protección y desarrollo de los derechos del menor, ya que a su vez cuenta con sistemas y mecanismos internacionales.

La coordinación operativa del SIPINNA recae en un órgano administrativo descentrado de la Secretaría de Gobernación y generador de conocimiento en materia de niñez y adolescencia. (art. 130, LGDNNA).

## **CONCLUSIONES.**

La aplicación de las estrategias previstas en SIPINNA contribuirá a una metodología idónea para la generación y evaluación de políticas públicas a favor de la protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en México. SIPINNA se crea como se mencionó anteriormente, como un sistema de Protección, como el mecanismo encargado de coordinar y asegurar una respuesta integral frente a los casos de violencia y otras violaciones de derechos de la infancia y la adolescencia.

Estas instancias presentan aún importantes desafíos y necesidades principalmente presupuestales para fortalecer sus capacidades y garantizar una respuesta adecuada.

México se postuló y forma parte de un grupo de 15 países pioneros de la Alianza Global para poner Fin a la Violencia Contra la Niñez; por lo que en el marco de las acciones emprendidas por el SIPINNA se ha desarrollado un plan de acción intersectorial para avanzar en ese objetivo; además existe la oportunidad de elaborar una agenda articulada hacia el cumplimiento de los ODS 2030. (UNICEF)

Durante el desarrollo del trabajo se dieron a conocer los mecanismos e instituciones a las cuales se puede acudir para atender dichos casos de violencia hacia el menor, de igual manera cuáles son sus derechos que deben ser protegidos por el estado y de que se encarga la institución del SPINNA.

Es importante hacer valer los derechos del menor, para crear un estado donde los niños, niñas y adolescentes puedan crecer en un ambiente sano, pero sobre todo justo, La niñez debe estar al centro del quehacer público, privado y social, si se quiere alcanzar un México prospero, justo e incluyente para todos.

## LITERATURA CITADA

- García, V. (2005), "El riesgo como construcción social y la construcción social de riesgos", *Desacatos*.
- García, R. (2006), *Sistemas complejos: conceptos, métodos y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Gedisa, Barcelona.
- Gobierno de México. (2021). *Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes*. 24 de octubre de 2021, de Gobierno de México Sitio web: <https://www.gob.mx/sipinna/que-hacemos>
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014. Consultado el 24 de octubre de 2021  
[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/201](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/201)

*Manual de Organización y Operación del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de marzo de 2016. Consultado el 24 de octubre de 2021: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5428443&fecha=03/03/2016](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5428443&fecha=03/03/2016)*

*SIPINNA. (2018). Consolidación de los Sistemas Nacionales de Protección Integral. México: Gobierno de la República.*

*SIPINNA. (S/A). Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. 24 de octubre de 2021, de Gobierno de México Sitio web: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/170210/Anexo\\_nico\\_25\\_al\\_25\\_-\\_SSO\\_SIPINNA.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/170210/Anexo_nico_25_al_25_-_SSO_SIPINNA.pdf)*

*SIPINNA. (S/A). ¿Qué es SIPINNA? 24 de octubre de 2021, de Gobierno de la Ciudad de México Sitio web: [http://sipinna.cdmx.gob.mx/sipinna/\\_pages/que\\_es.php](http://sipinna.cdmx.gob.mx/sipinna/_pages/que_es.php)*

*Agenda de la infancia y la adolescencia, 2019-2024 <https://www.unicef.org/mexico.com>*

## LA DESAPARICIÓN FORZADA Y EL ESTUDIO DE CASOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

\* Jesús Alexis González Ruiz

\*\* Lenin Méndez Paz

\* Egresado de la Licenciatura en Derecho, de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México.

\*\* Profesor investigador de la universidad Juárez Autónoma de Tabasco de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades.

Artículo Recibido: 02 de diciembre 2022. Aceptado: 18 de febrero 2023.

**RESUMEN.** La Corte Interamericana es la encargada de resolver las demandas que las personas ejercitan en contra de sus Estados, por lo que analizar los pronunciamientos en los que ha dictado sentencia, trae como consecuencia un cambio en la legislación nacional e internacional. La desaparición forzada es un delito con múltiples y complejos elementos, ya que, en su realización están involucrados diversas violaciones a los derechos humanos. Este artículo tiene como objetivo analizar los diversos derechos humanos violados en el delito de la desaparición forzada, por lo cual es importante, exponer casos en los que la Corte Interamericana se ha pronunciado, sus sentencias traen como resultado apreciar con objetividad los derechos humanos violados, así como, distinguir los elementos necesarios para encuadrar el tipo penal. La tipificación y doctrina de este delito, ha tenido un avance lento en nuestro ordenamiento jurídico, desde el 2001, en la que fue tipificado por primera vez.

**Palabras Clave:** autoridades; víctimas; derechos; casos; violación.

### INTRODUCCIÓN.

Existe un total de 92,617 personas desaparecidas en México, tan solo, hasta la fecha de 09 de septiembre de 2022 (Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas [RNPD], 2022). Esta cifra cambia constantemente, debido a que, la información está en un proceso continuo de actualización por parte de las autoridades de

la Federación y de las Entidades Federativas. Diversos casos de orden internacional como el de Velázquez Rodríguez vs. Honduras, La Cantuta vs. Perú, han ocasionado movilización en el estudio de las consecuencias a víctimas, familiares y sociedad, en la violación de sus derechos humanos, porque no solo afecta al

derecho de la libertad, como en un primer momento se puede pensar.

En nuestro país, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entró en vigor el 9 de mayo de 2002 (Secretaría de Relaciones Exteriores [SRE], 2022) ocasionando que nuestro ordenamiento jurídico empezará a trabajar en leyes que protegieran y cumplieran con el acuerdo firmado.

### **LA DESAPARICIÓN FORZADA: SIGNIFICADO.**

De las diferentes definiciones sobre la desaparición forzada, los cuales, se basan desde la perspectiva del derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos, de igual forma, hacen hincapié en la responsabilidad de los ejecutores, la búsqueda de las víctimas, la no repetición y las medidas de reparación.

Para comprender el tema de la desaparición forzada, en primer lugar, debemos mencionar su significado. Uno de los principales instrumentos internacionales sobre la materia, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas

Contra las Desapariciones Forzadas (2006) en su artículo 2, expone:

El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Cabe mencionar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la desaparición forzada como una de las violaciones de derechos humanos más complejas, por las características de sus elementos.

En el preámbulo de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas (1992) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, explica, se entenderá por desaparición forzada:

Cuando se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

Finalmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), en su artículo 7, sección 2: A los efectos del párrafo 1, fracción i, establece:

Se entenderá como desaparición forzada la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas

fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

De hecho, la desaparición forzada es un delito tipificado en el ámbito nacional, pero en la mayoría de los casos, se establece como un crimen de lesa humanidad (materia internacional), regulado en el derecho internacional. De igual forma, pueden ser considerados actos de lesa humanidad: el terrorismo, la tortura.

La desaparición forzada también se encuentra regulado en la legislación mexicana, a continuación, se menciona:

En nuestro sistema jurídico mexicano, a nivel federal, la desaparición forzada fue tipificada el 25 de abril de 2001 en el artículo 215-A del Código Penal Federal (Senado de la República, 2014), el cual señalaba, comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

Almaraz (2016) comenta que la definición del sujeto activo es inadecuada, por limitar únicamente a los servidores públicos como autores del presente delito, debido a que, la definición excluye a todas aquellas terceras personas que, con el apoyo, autorización o aquiescencia del estado cometan esta falta, lo correcto sería incluir el término “agente del Estado”, el cual está presente en los estándares internacionales.

Actualmente, no se encuentra tipificado en el Código Penal Federal, ya que, fue derogado en el año 2017, y dio lugar a plasmarla en la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas (LGMDFP, 2017) en su capítulo tercero, artículo 27, establece:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.

Otro de los instrumentos en materia de desaparición forzada es el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas que resulta ser uno de los instrumentos rectores de la política pública de búsqueda de personas desaparecidas en México, y su cumplimiento es obligatorio para todas las personas servidoras públicas cuya colaboración es necesaria para la búsqueda de personas desaparecidas y no localizadas. (SCJN Sistema de Consultas de Ordenamientos, 2020).

Por otra parte, La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) presentó el Manual sobre Desaparición de Personas, que busca ser una herramienta que auxilie a las y los impartidores de justicia que conozcan casos relacionados con este fenómeno, para garantizar los derechos humanos de las víctimas y sus familiares en todas las decisiones judiciales que emitan al respecto. (comunicados de prensa, 2020).

## **ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA DESAPARICIÓN FORZADA.**

En la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con fecha de entrada en vigor para México,

desde el 9 de abril de 2002 y ratificado en el mismo año, menciona los elementos que conforman el tipo penal del delito de la desaparición forzada:

Que la caracterización plurifensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada, se desprende no solo de la propia definición, sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: la privación de la libertad; la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de estos; y la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Art. 3, 1994).

Estos elementos son causantes de violaciones a los derechos humanos de las personas, y son estos mismos los que caracterizan a este fenómeno.

### 1.- La privación de la libertad.

Es la primera de las conductas constitutivas de la desaparición forzada de personas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (como se citó en Sferraza, 2015) argumenta que el elemento de la privación de la libertad:

Es aquel acto, por medio del cual se restringe o impide el ejercicio del derecho a la libertad personal de un ser humano, la privación de libertad no sólo se refiere al acto aislado en cuya virtud se priva de libertad a una persona, sino también al período de tiempo durante el cual permanece privada de libertad.

(p. 164).

Lo anterior, se contemplan dos acciones, el aislamiento de la víctima y el tiempo que puede estar privado de su libertad lo que lleva a que se cometa el delito de desaparición forzada, si se analizan los actos cometidos, la privación de la libertad debe ser entendida como el inicio de una violación compleja que se prolonga hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima.

## 2.- La intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos.

Las violaciones a los derechos humanos pueden suscitar de 3 maneras: a) por acción, b) por omisión o c) por aquiescencia. El término aquiescencia se puede entender como “cuando una afectación, vulneración, amenaza o riesgo para algún derecho de alguna persona se da por un ente particular, pero con el consentimiento, complicidad, autorización, apoyo o permisividad de alguna autoridad”. (Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia [IMDHD] 2018, p. 7).

Así mismo, los instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada se remiten a los agentes estatales y a los agentes no estatales que actúan en conexión con el estado.

Sin embargo, el artículo 3 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, señala:

Que también alude a los agentes no estatales que actúan desvinculados del estado, prescribiendo que los estados parte tomarán las medidas apropiadas

para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado y para procesar a los responsables.

## 3.- La negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada.

Este delito puede comenzar siendo una detención legal, y posteriormente convertirse en una desaparición forzada, debido a la negación por parte de la autoridad de haber cometido la detención y el ocultamiento de la persona, o de negarse a proporcionar información sobre el paradero de la víctima.

La denegación de información es uno de los principales elementos que se llevan a cabo en las desapariciones, tal como, Sferrazza (2015) menciona:

Es la conducta esencial de la desaparición forzada, consiste en la negativa u ocultamiento de la privación de libertad o de la información sobre la suerte y el paradero de la víctima. En la práctica, la denegación de información

puede ser cometida mediante un comportamiento activo, cuando deliberadamente se oculta o destruye la información o cuando se deniega ante un requerimiento formulado por un legítimo interesado. También es posible que esta conducta sea cometida de una manera omisiva, cuando la autoridad no cumple con su deber de comunicar a los legítimos interesados que una persona se encuentra detenida. La denegación de información sólo puede evitarse si la autoridad comunica la privación de libertad de una persona, especifica su paradero, esto es, la ubicación exacta del lugar en que se encuentra e informa si la persona está viva o muerta. Si la víctima ha muerto, debe informarse la localización de sus restos mortales. (pág.165).

Almaraz (2016) señala “la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales, coinciden con la caracterización indicada”. (p.12).

## **CASOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA.**

Un tribunal internacional como lo es, la Corte Interamericana, permite a las personas (sean ciudadanos o no) demandar a sus países, por actos que cometen sus funcionarios, actos que afectan sus derechos humanos, y como resultado, obtendrán una respuesta, dictada en sentencia, a lo anterior, Rodríguez (2009) añade: las sentencias de la Corte Interamericana son “vinculantes”, es decir, obligatorias en cuanto a su acatamiento, para lo cual se le otorga a los Estados un plazo de cumplimiento. (p. 17).

Es importante conocer los derechos humanos porque nos permiten vivir con dignidad, justicia, libertad y paz, todas las personas tenemos derechos por el simple hecho de serlo y deben estar garantizados para todos sin distinción alguna.

Los derechos que, en un importante número de casos de desaparición forzada se han considerado como violados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, son los siguientes: derecho a la libertad personal; derecho a la integridad personal;

derecho a la vida; y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

A continuación, se mencionarán casos de la Corte Interamericana donde se violaron algunos de los derechos, anteriormente mencionados:

### **Libertad personal**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, en la sentencia de 29 de julio de 1988, expone:

Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, "fue apresado en forma violenta y sin mediar orden judicial de captura, por elementos de la Dirección Nacional de Investigación y del G-2 (Inteligencia) de las Fuerzas Armadas de Honduras". Los denunciantes declararon que varios testigos oculares manifestaron que fue llevado junto con otros detenidos a las celdas de la Seguridad Pública, ahí fue sometido a "duras interrogaciones bajo crueles torturas, acusado de supuestos delitos políticos". En el párrafo 186, en la parte resolutiva de la sentencia, se declaró

que por obra de la desaparición, Manfredo Velásquez fue víctima de una detención arbitraria, que lo privó de su libertad física sin fundamento legal y sin ser llevado ante un juez o tribunal competente que conociera de su detención. Todo ello infringe directamente el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención [...] y constituye una violación, imputable a Honduras, de los deberes de respetarlo y garantizarlo, consagrado en el artículo 1.1 de la misma Convención. (Corte IDH, 1998).

### **Integridad personal**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, expone:

Al declarar la Corte que la integridad personal, no solo se violó a las víctimas, sino de igual forma, a los familiares, en el párrafo tercero, de los puntos resolutivos, cita "Que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el

artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de los señores...”, mientras que, en el párrafo 150, de la Sentencia de fondo, Reparaciones y Costas, alude a la violación de la integridad personal de las víctimas señalando que en el presente caso ha quedado demostrado que se violó el derecho a la integridad personal de los 19 comerciantes, ya que es razonable inferir que el trato que recibieron las presuntas víctimas durante las horas anteriores a su muerte fue agresivo en extremo, máxime si se toma en consideración que los “paramilitares” consideraban que los comerciantes colaboraban con los grupos guerrilleros. La brutalidad con que fueron tratados los cuerpos de los comerciantes después de su ejecución permite inferir que el trato que les dieron mientras estaban con vida también fue extremadamente violento, lo cual constituyó un trato cruel, inhumano y degradante. (Corte IDH, 2004).

### **Derecho a la vida**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso La Cantuta Vs. Perú.

Sentencia de 29 de noviembre de 2006, expone:

La Comisión alega que “el caso refleja los abusos cometidos por las fuerzas militares, así como la práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, realizados por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales. Mientras en el apartado de los Puntos Resolutivos, primer párrafo, menciona que el Estado violó el derecho a la vida, integridad personal y libertad personal, consagrados en los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Cónedor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana. (Corte IDH, 2006).

## Reconocimiento de la personalidad jurídica

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, expone:

En el párrafo 170, del apartado de Violaciones a los artículos 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana y I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica que respecto a la alegada violación del artículo 3 de la Convención, la Corte advierte que de acuerdo con su jurisprudencia más reciente, dado el carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, una desaparición forzada puede conllevar una violación específica del referido derecho, debido a que la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es, en conjunto con los otros elementos de la desaparición, la “sustracción de la protección de la ley” o bien la vulneración de la seguridad personal y jurídica del individuo que impide

directamente el reconocimiento de la personalidad jurídica que impide la posibilidad de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general. (CIDH, 2013).

Otros casos de diversos agravios fueron el caso Rochac Hernández vs Salvador y el caso Isaza Uribe vs Colombia donde se violaron los derechos a la integridad personal, a la vida, a la libertad personal y el reconocimiento a la personalidad jurídica.

## El derecho a la reparación del daño: Derecho de los familiares de las víctimas de desaparición forzada

Correa (como se citó en Crespo, 2019) describe las acciones que puede tomar la Corte Interamericana de Derechos humanos, en cuanto a la reparación del daño, con base en el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

El derecho humano a que el daño causado por los hechos delictivos les debe ser reparado a las víctimas, este dispositivo establece claramente tres facultades que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) puede ejercer tratándose de violaciones a los

derechos humanos: a) disponer el goce de los derechos conculcados a favor de quienes la Corte declare han sido afectados b) ordenar la reparación de los mismos c) adoptar las medidas que sean necesarias para evitar daños irreparables a las personas.

En los casos que resuelve, se han fijado los principios en que basa esta obligación, por lo que, Crespo (2019) menciona, como pueden ser descritos:

a) Violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, imputable al Estado; b) la reparación del daño consiste en la plena restitución, se entiende por esta el establecimiento de la situación al estado en que se encontraba, la reparación de las consecuencias causadas, y el pago de la indemnización, por daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluidos la moral; c) la indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en los instrumentos internacionales, y d) la indemnización debe ser fijada atendiendo a lo dispuesto en la Convención Americana y los principios

de derecho internacional aplicables, no en disposiciones de derecho interno. (pp. 336-337).

Según la interpretación del artículo 25 de la Convención Americana, los Estados están obligados a establecer en sus leyes internas recursos efectivos para las víctimas, esta medida está relacionada con el art. 63 y hace referencia a la reparación por las violaciones cometidas. Al respecto, según Crespo (2019) “tan importante han sido sus contribuciones para la regulación en materia de protección a las víctimas y el derecho a la reparación del daño integral se encuentra dispuesto en forma similar en México” (p.7).

Según la interpretación del artículo 25 de la Convención Americana, los Estados están obligados a establecer en sus leyes internas recursos efectivos para las víctimas, esta medida está relacionada con el art. 63 y hace referencia a la reparación por las violaciones cometidas. Al respecto, según Crespo (2019) “tan importante han sido sus contribuciones para la regulación en materia de protección a las víctimas y el derecho a la reparación del daño integral se encuentra dispuesto en forma similar en México” (p.7).

Es decir, las leyes nacionales e internacionales son instrumentos que regulan la desaparición forzada como un delito, el cual las personas pueden a través de ello, reclamar sus derechos que le hayan sido vulnerados.

## CONCLUSIONES.

En definitiva, la desaparición forzada es un fenómeno que causa múltiples violaciones a los derechos humanos, los más vulnerados como lo reconoce la Corte Interamericana son el derecho a la libertad personal; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en los casos como La Cantuta vs Perú o el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, la corte ha señalado a los estados como culpables e

incompetentes por haber cometido violaciones a los derechos humanos y por no cumplir con el debido proceso de llevar a cabo una investigación eficaz para la aclaración de los hechos.

Así mismo, los estándares de derechos humanos desarrollados por organismos de vigilancia y defensa como la CIDH son una herramienta muy importante para orientar y guiar a los diferentes países que no han logrado apegarse a lo establecido en los tratados internacionales, aun cuando su legislación han alcanzado el nivel requerido, para respetar, garantizar y proteger efectivamente los derechos humanos de los sujetos bajo su jurisdicción, lo cual trae como consecuencia un retroceso en la defensa de los derechos humanos.

## LITERATURA CITADA

Almaraz, I. (2016). *Desaparición Forzada: Una Grave Violación de los Derechos Humanos*. Congreso Redipal virtual. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/TEMA2/>

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 63. 7 de mayo de 1981. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion>

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. Artículo 2. 20 de diciembre del 2006. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>

*Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.*  
Artículo 3. 20 de diciembre del 2006. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>

*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Artículo 3. 9 de junio de 1994.*  
<https://www.te.gob.mx/transparencia/media/files/>

*Corte IDH. 19 comerciantes Vs. Colombia. Serie C No.109. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004.* Párr. 150

*Corte IDH. La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 162. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.* Párr. 1

*Corte IDH. Osorio Rivera y Familiares vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 274. Sentencia de 26 de noviembre de 2013.* Párr. 170

*Corte IDH. Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Serie C No. 4. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.* Párr. 186

Crespo, Y. (2019). *La reparación del daño como derecho fundamental de la víctima en el sistema acusatorio mexicano.* Responsabilidad Civil Daño Moral y Reparación Integral del Daño en Iberoamérica, 14, (43). <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/542>

*Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Preámbulo.* 18 de diciembre de 1992. <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/ced/background-international-convention-protection-all-persons-enforced-disappearance>

*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7.* 17 de julio de 1998. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/rome-statute-international-criminal-court>

*Extracto de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de agosto de 2008. (01 de enero de 2012).* Biblioteca Jurídicas Virtuales de la UNAM, 13. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/dialogo-jurisprudencial/article/view/6496/12612>

*Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia [IMDHD]. (28 de septiembre de 2018). Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos.* <https://www.imdhd.org/uncategorized/reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos/>

*Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas. Artículo 27.* 17 de noviembre de 2017. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP>

*Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas [RNPED]. (2022). Contexto general.* <https://versionpublicarnpdho.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>

*Rodríguez, V. (2009). Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: guía modelo para su lectura y análisis.* <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/58668>

Secretaría de Relaciones Exteriores [SRE]. (2022). *Tratados internacionales.* [https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado\\_nva.sre?id\\_tratado=531&depositario=](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=531&depositario=)

Senado de la República. (22 de abril de 2014). *Gaceta: LXII/2SPO-124/46884.* [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/46884](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/46884)

Sferraza, P. (2015). *Desaparición Forzada.* EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 8. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2482/1366>

Suprema corte de justicia de la nación. (5 de octubre de 2022). *comunicados de prensa.* <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7078>

Suprema corte de justicia de la nación. (6 de octubre de 2020). *sistema de consulta de ordenamientos.* <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=/HNedHfTnA2nOeiqv6hyUz0YRXrZctMs1y5RGdIcScXwaEbv8KYZTIAzRRAUDotvvaCU/mFh0/IKTnn/AGhgA==>

## CULTURA DE LOS LITIGANTES EN TABASCO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA LABORAL

Heidi Mallerly Ricardez Castillo

Licenciada en Derecho por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, egresada de la Maestría en Sistemas Alternativos de Resolución de Controversias por el Centro de Especialización Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, apoderada legal del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

Artículo Recibido: 17 de agosto 2022. Aceptado: 15 de marzo 2023.

**RESUMEN.** En la vida ordinaria y laboral, la conflictividad se resuelve principalmente entre acuerdos o consensos como resultado del dialogo entre los intervenientes; en la mayoría de los casos acudir a un Tribunal para resolver un conflicto no es la primera opción, pues representaría gastos y desgastes innecesarios; en razón de ello la presente investigación tiene como objetivo sensibilizar a los litigantes y lectores en el uso de la conciliación como mecanismo alterno a la solución de un conflicto de trabajo; desde un punto social y general, podríamos decir que, para que la reciente reforma laboral funcione y se observe un cambio notorio en la justicia laboral; los responsables de hacer esto posible, no son únicamente el trabajador y al patrón como parte del procedimiento, sino también el conciliador como garante de los derechos humanos.

**Palabras Clave:** conciliación; reforma laboral; justicia; convenio.

### INTRODUCCIÓN.

A partir de la reforma constitucional de 2008 los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) causaron impacto en el sistema de justicia penal al colocarse como un derecho humano iniciando un cambio de cultura en la impartición de justicia; Es así como la justicia alternativa alcanza su punto más alto, al establecerlo la norma constitucional como obligatoria para todas las áreas del derecho La sociedad se ha

visto afectada por una alta tendencia a la litigiosidad propiciada por factores como: la compleja y preocupante conflictividad ciudadana, la ausencia de una cultura de autocomposición de diferencias y la ausencia del debido proceso en la conciliación. Como resultado se obtuvo el rezago en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, una deficiente administración de justicia, y lo más trascendente “usencia de satisfacción de las

partes", refiriéndonos desde el trabajador que solicita la atención de su conflicto hasta el servidor público que atiende o da trámite; todos estos factores, lograron una congestión judicial, al impedir a los intervenientes resultados positivos.

La reforma constitucional publicada en 2017 tuvo como eje la modernización del Sistema de Justicia Laboral, caracterizándose por dos premisas fundamentales: la transición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a Tribunales Laborales dependientes del Poder Judicial; y la creación de un organismo especializado con funciones conciliatorias como instancia previa al órgano jurisdiccional. La principal pretensión es atender las necesidades del anterior sistema de justicia laboral para culminar de manera pronta los conflictos; por esta razón la conciliación se convierte en un requisito obligatorio para iniciar un juicio ante los Tribunales Laborales dejando dicho procedimiento a cargo de los Centros de Conciliación, cuyo principal objetivo es buscar la solución de las controversias a través del diálogo.

## ABOGADOS LITIGANTES EN TABASCO.

No existe un concepto reconocido de litigio en la legislación mexicana, coloquialmente se entiende como el ejercicio de la profesión jurídica, mientras que en otros ámbitos se distingue y se refiere únicamente a la parte contenciosa de la profesión (los pleitos). El litigio nace antes del juicio desde el momento en que una persona pretende exigir a otra el ejercicio de un derecho sea que tenga razón o no.

Podemos entender el litigio como: la actividad que realiza el abogado dentro de un conflicto judicial. Es importante aclarar que una demanda no es un litigio ni un juicio, pero sí lo son todas las controversias que se ventilan dentro de estos para su resolución. En la doctrina, Francesco Cornelutti lo define como "el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro". (Cornelutti, 1944, p. 44.).

Parte de los litigantes se mantienen en una postura de resistencia, pretendiendo continuar las malas prácticas y/o costumbres del sistema de justicia laboral tradicional que únicamente provocaron juicios largos y tediosos; y es que, más allá de lo que los

conciliadores puedan testificar, basta con escuchar lo que se menciona dentro y fuera de los Centros de Conciliación del Estado, los susurros de los abogados o representantes legales de los trabajadores, en su calidad de personas de confianza como los cataloga el artículo 684-E fracción VII de la Ley Federal del Trabajo (Ley Federal del Trabajo, 2022) coaccionando a través de sus asesorías a las partes previo ingreso a la audiencia conciliatoria a no acceder ni aceptar ningún tipo de propuesta en el proceso, esta situación infiere en que opten por un juicio por ser considerado más formal, pero lo que realmente ignoran, es el interés de los trabajadores o clientes en la solución de su conflicto, no el camino para llegar a este.

Señala Steven Rosenberg (Rosenberg, 1994) que “algunos abogados se resisten a exponer a sus clientes el procedimiento de la mediación, principalmente por la aceptación de ciertos mitos con respecto a la misma”. Los auténticos abogados litigantes no median sus asuntos, es erróneo asumir que la única manera efectiva de resolver conflictos es a través del proceso judicial; el abogado litigante eficiente debería disponer

de una variedad de técnicas y habilidades para satisfacer los intereses de su cliente.

La instancia conciliatoria para algunos resulta ser una pérdida de tiempo y dinero si no se llega a un acuerdo. Las estadísticas sobre los resultados de los procedimientos de conciliación arrojan muy altos porcentajes de acuerdo. Sin embargo, aunque no se alcance el mismo, las partes igualmente logran una mayor comprensión de los intereses y necesidades subyacentes en juego, tanto propios como de la otra parte, mejoran su comunicación, acotan las divergencias y dejan abierta la posibilidad que, aun encontrándose en juicio, se llegue a un acuerdo, siempre y cuando no haya sido dictada sentencia. Lo más importante es que el trabajador se sentirá participe e involucrado en la audiencia conciliatoria, pues en el sistema tradicional su presencia era ausente, dado que el litigante era el único que intervenía. Un cliente satisfecho volverá a requerir los servicios, e inclusive realizará recomendaciones con otros trabajadores, lo que permitirá mantener los ingresos.

La función del abogado litigante básicamente consiste en asesorar al cliente, recordemos que es éste, y no el abogado quien tendrá el

rol protagónico en el procedimiento de conciliación, para lo cual es necesario que se encuentre adecuadamente informado y asesorado, coadyuvando al trabajador en la evaluación de sus intereses y necesidades, brindándole información sobre sus posibilidades en juicio a fin de que forme una opinión lo más objetiva posible sobre su situación con la controversia, lo que le permitirá analizar adecuadamente los costos y beneficios de un posible acuerdo.

“El asesoramiento en conciliación requiere creatividad, flexibilidad, capacidad negociadora y buena disposición para resolver problemas”. (Highton & Álvarez, 1996, p.421). En este contexto, las mismas autoras mencionan “la conciliación supone una nueva cultura que se afianza sobre los principios de la búsqueda de soluciones auto compuestas de los conflictos” (pág. 400). Lo anterior, supone una opción para la resolución de conflictos que tal vez perfil una nueva especialización del abogado: el patrocinio en conciliación. Facilitará la labor del abogado litigante, una adecuada preparación y capacitación en técnicas de comunicación y de negociación.

Para los abogados litigantes, esta tarea resulta más difícil que para las demás personas dado que están acostumbrados a buscar las posiciones de las partes y aplicar la Ley por encima de la razón de las partes, sin embargo, deberán de aprender a adaptarse y prepararse en este sistema de justicia laboral, en donde lo primero que deben tomar en cuenta son los intereses y necesidades del cliente.

### **ANTECEDENTES EN LA CONCILIACIÓN.**

El tema de la conciliación como parte fundamental para este nuevo sistema parece también limitado ante la problemática que se presenta, particularmente porque no es tan novedoso hablando de justicia laboral, pues prácticamente ha estado presente en todo el desarrollo del derecho procesal del trabajo en México, incluso en la reforma de la Ley Federal del Trabajo publicada en el Diario Oficial de la Federación (2012) señala en su artículo 604 la función de las Juntas de conciliación “corresponde a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en el ámbito de su competencia, el conocimiento y la resolución de los conflictos de trabajo que se susciten entre trabajadores y patrones, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de las relaciones de trabajo o de hechos

relacionados con ellas", convirtiéndolo, en uno de los principios procesales en esta materia, siendo así que la conciliación no es un tema novedoso en el mundo del derecho, lo que sucedió es que las Juntas de Conciliación y Arbitraje no realizaban correctamente el desarrollo del mecanismo, por lo que se perdió la esencia del mismo por la ausencia de un conciliador que apoyara u orientara a las partes durante esa etapa, en consecuencia ello trajo un inmenso rezago y retardo en los procedimientos jurisdiccionales, en donde lo último que se observaba era la justicia pronta y expedita que contempla el artículo 17 constitucional.

Otras autoridades laborales como lo es la Procuraduría Federal del Trabajo (PROFEDET) tenían encomendadas funciones conciliatorias, sin embargo, esto no dio como resultado un beneficio en la impartición de justicia laboral, o por lo menos no se reflejó en las estadísticas. Ello es así, pues los representantes de las patronales no veían una obligación ni mucho menos una consecuencia por no presentarse a una cita conciliatoria que de manera extrajudicial agendaba la PROFEDET con la finalidad de dialogar y resolver el conflicto de manera amistosa y económica mediante un

convenio, los únicos que acudían a esas pláticas conciliatorias eran los propios solicitantes; actualmente, si bien es cierto las partes no están obligadas a resolver su conflicto en la instancia conciliatoria, si lo es acudir al procedimiento, inclusive la Ley Federal del Trabajo en su artículo 684-E fracción IV prevé un apercibimiento en caso de no comparecer en su primera cita por sí o por conducto de su representante legal, o bien por medio de apoderado con facultades suficientes, el primero consiste en la imposición de una multa entre 50 y 100 veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA), y el segundo tenerlo por inconforme con todo arreglo conciliatorio (Ley Federal del Trabajo, 2022).

Al introducirse la conciliación como requisito *prejudicial* para acudir a los tribunales laborales, concepto que el Diccionario de la Real Academia lo define desde una visión general como "asunto que, con carácter previo, debe resolverse por una jurisdicción distinta o por la propia que está conociendo de un proceso" (Real Academia, s.f); las partes están obligadas a agotar esta instancia. Sostienen que este deber viola el *principio de voluntariedad* al tener que acudir forzosamente a esta instancia, por el

contrario, este principio consiste en la asistencia en la participación libre de las partes de toda coacción y en la *decisión voluntaria* de resolver su conflicto a través de un convenio en esa instancia; el principio resultaría violado si existiese una obligación de resolver el conflicto en esa etapa. Néstor del Buen en su obra Derecho Procesal del Trabajo, menciona que “la conciliación requerirá siempre la presencia personal y directa de las partes en la relación procesal, y sugiere que de alguna manera esa comparecencia debería convertirse en un requisito con prevención o amenaza con afectación a alguna de las partes en caso de incomparecencia, considerando que, la conciliación es un procedimiento para poner fin a los conflictos laborales, jurídicos y de intereses, individuales y colectivos” ( Del Buen, 2011, p. 573).

## **MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN LOS CONFLICTOS LABORALES.**

Existe incertidumbre por parte de operadores jurídicos, al considerar que “deben de ser tomados en cuenta otros MASC en materia de trabajo, y no tener con la conciliación una especie de *numerus clausus* en este rubro” (Zavala, 2017, p. 241), sugieren incluso un Centro de Justicia Alternativa en Materia

Laboral sin embargo dejan a un lado la diferencia entre los distintos métodos que forman parte de los MASC, olvidando así que utilizar un mecanismo distinto pondría en riesgo los derechos laborales de los trabajadores.

Lo anterior ocurre debido a que los conflictos laborales requieren de una persona con amplios conocimientos en materia de trabajo; en esta parte resalta la diferencia entre resolver un conflicto laboral con un mediador y con un conciliador. Aunque el mediador fuese un experto en materia del trabajo, dicho conocimiento no le concede la facultad de proponer una solución a las partes pues esta figura como puente de comunicación para que sean las partes quienes den la solución al conflicto en base a sus propias propuestas e intereses; circunstancia que podría resultar ventajosa para el patrón. El conciliador, aparte de facilitar la comunicación entre las partes, tiene la facultad de proponer una solución justa en donde no exista una renuncia de derechos del trabajador, ni se vulneren los del patrón.

El procedimiento de conciliación consiste en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera

expedita (LFT, 2022). Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto. La ley establece las reglas para que los convenios laborales adquieran condición de cosa juzgada, así como para su ejecución (DOF, 2019).

## REFORMA.

Uno de los mayores problemas que afectan la impartición de justicia laboral es la existencia de mecanismos y factores desfasados a la realidad del país. En ese sentido, la iniciativa fue enfática en eliminar todo elemento que convierta a la justicia laboral en lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable, así como en combatir la parcialidad, la simulación, la discrecionalidad y la opacidad. El modelo de conciliación, en lo que respecta al ámbito constitucional no cambia, solo adquiere una naturaleza administrativa diferente.

Lo anterior, atendiendo a uno de los principales objetivos de la conciliación, y en general de los MASC, es la *modernización* del Sistema de Impartición de Justicia a través de lo que se conoce como *descongestión judicial*.

La responsabilidad de garantizar que no se vulneren los derechos del trabajador, además de evitar que este quede en estado de indefensión frente al empleador o sus representantes, fueron temas que no pasaron desapercibidos en la reforma laboral pero, si nos preguntamos en este momento, ¿Quién de los intervenientes durante una audiencia conciliatoria consideras que desempeña el papel más importante?, antes de emitir tu respuesta piensa desde que papel emitirás respuesta, y con ello me refiero si es como litigante, trabajador, representante de una patronal o ciudadano; ahora bien, de todas estas figuras mencionadas, si estuvieses en los zapatos de cada uno de ellos, ¿Tu respuesta sería la misma o cambiaria?. Un trabajador y un litigante no tendrían respuestas iguales o similares, ya que cada parte emite su opinión en base a sus conocimientos, experiencias e intereses. Desde un punto general, podríamos decir que, para que la reforma funcione y se observe un cambio notorio en la justicia laboral; los responsables de hacer esto posible son precisamente quienes intervienen en el proceso y con ello no solo se hace referencia al trabajador y al patrón, sino también al conciliador. Todos ellos deben ser de mente abierta durante su

participación, de tal manera que sean flexibles y transigentes con los demás, con sus ideas y opiniones; no tengan problema en salir de su zona de confort y con la disposición de hacer o ver las cosas de una manera diferente, contrario a ello, si quienes intervienen son personas con una mente cerrada, evitarán salir de sus parámetros sociales, provocando que sus ideas y opiniones sean inflexibles y sin interés por conocer o experimentar cosas nuevas y temiendo al cambio o a lo diferente, en caso de permanecer en esta postura, complicarían llegar a un acuerdo.

## **CONCLUSIONES.**

Dentro de los aspectos diferenciadores de la conciliación y los convenios que las partes puedan celebrar, destaca la seguridad que presentan, pues están debidamente enmarcados en las normas constitucionales. Más allá de ejecutar el proceso formal, logran que las partes vean la importancia y profundidad de su relación para así dirimir sus diferencias mediante un proceso que logra en gran medida reestablecer el tejido social, el que las partes se expresen con libertad y se escuchen con respeto, permite

encontrar las causas y probables soluciones de un planteamiento o problema específico, logrando generar acuerdos con un alto nivel de eficacia y confiabilidad.

El conciliador es el personaje más importante de la reforma laboral, pues dicho funcionario, más allá de dar a conocer el mecanismo y las ventajas del mismo, deberá de demostrar que es posible resolver un conflicto en esa etapa. Su principal objetivo debe ser evitar la dilación del conflicto, en otras palabras, lograr que el conflicto se resuelva; esto evitaría el rezago de expedientes en tribunales, pues la carga de trabajo ha demostrado ser un obstáculo en los juicios y en su resolución dentro de los tiempos que establece la Ley Federal del Trabajo.

La conciliación, resulta ser el MASC ideal para resolver las controversias suscitadas entre trabajadores y empleadores a través de personas con conocimientos jurídicos en materia del trabajo y con una gran capacidad de persuasión, es por ello que el conciliador es quien jugará el rol más importante durante esta etapa prejudicial.

## LITERATURA CITADA

De Buen, N. (2011). *Derecho Procesal del Trabajo*.

*Diario Oficial de la Federación*, 2012, 30 de noviembre [en línea]. 06 de marzo de 2023. DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo.

*Diario Oficial de la Federación*, 2019, 01 de mayo [en línea]. 06 de marzo de 2023. DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva.

*Diccionario de la Lengua Española* (s.f). [en línea]. 06 de marzo de 2023.

Francesco Cornelutti (1944) *Sistema de derecho procesal civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA, Buenos Aires.

Gladys Álvarez y Elena Highton (1996) *Mediación para Resolver conflictos*.

*Ley Federal del Trabajo*, 2012 [en línea], 06 de marzo de 2023.

*Ley Federal del Trabajo*, 2022 [en línea], 06 de marzo de 2023.

Steven Rosenberg (1994), *Real litigators don't eat quiche an other myths about Mediation*, *Newsletter of the Litigation Section of the State Bar of California*, Vol. 4, No. 2, Spring.

Zavala, O. (2017). *Limitaciones de la conciliación en los conflictos del trabajo. Comentario a partir de la reforma al sistema de justicia laboral*. México.

## ALCANCES Y LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

David Armando Estrada Gallegos

Miembro del Sistema Estatal de Investigadores de Tabasco

ORCID: 0000-0002-8610-9183

Artículo Recibido:15 de Marzo 2022. Aceptado:13 de Agosto 2022.

**RESUMEN.** La Supremacía de toda Constitución debe ser garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales que se sustanciarán ante el órgano que la propia Constitución le dé la potestad de interpretar y hacer cumplir con lo que en ella se establece. En el sistema jurídico mexicano, es la Suprema Corte la encargada de realizar esta labor en cuanto a la norma suprema federal, no así para las constituciones locales. Para no monopolizar la justicia constitucional en México, se deben crear garantías normativas e institucionales en el ámbito federal y local que distribuyan de forma clara la competencia de cada poder. Así, lo que se debe entender a partir del presente trabajo es que tanto la justicia constitucional federal y estatal, no deben excluirse, sino complementarse.

**Palabras Clave:** justicia constitucional local; federalismo judicial; suprema corte de justicia de la nación.

### INTRODUCCIÓN.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo tribunal del país, tiene como encomienda principal garantizar la supremacía de la Constitución Política de México. Siendo el juicio de amparo, la

controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, los mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales dirime los conflictos constitucionales que se les presenta. Ahora bien, uno de los problemas

que constantemente han aqueja a la Suprema Corte es el gran número de asuntos que llegan a su conocimiento. Para resolver esta problemática, en el siglo pasado se hicieran reformas constitucionales a la estructura orgánica del Poder Judicial de la Federación, teniendo como resultado la creación de los tribunales colegiados de circuito. Sin embargo, el problema de alguna u otra forma ha persistido, pues en su informe anual de labores 2022, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación informó que ésta había resuelto 2,874 asuntos y que habían quedado 1,358 asuntos pendientes por resolver. El ingente número de casos que llegan a la Suprema Corte y el acaparamiento de la competencia para resolver conflictos constitucionales por parte del Poder Judicial de la Federación hacen pensar en un indebido monopolio de la justicia constitucional en México.

Una de las cuestiones que se han planteado para combatir estos puntos, consiste en que la Federación reconozca de forma expresa en el texto constitucional la autonomía que tienen los estados de la Republica para garantizar la defensa de sus respectivas constituciones a través de la creación de

tribunales constitucionales estatales que conozcan y resuelvan los problemas que se presenten en el régimen constitucional local. En lo que sigue de este artículo, se analizará los caminos que se han seguido para implementar los mecanismos de control constitucional en el ámbito de las entidades federativas y en el estado de Tabasco, así como los alcances y límites de ésta.

## **OBJETIVO GENERAL**

Describir el panorama actual de la justicia constitucional federal con relación a la justicia constitucional local, centrándonos de forma especial en el desarrollo que ésta ha tenido en Tabasco con el fin de hacer un balance y enunciar los alcances y límites en torno a este tema en el sistema constitucional mexicano.

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

En el presente trabajo se empleó el método deductivo, yendo de lo general –Constitución Política de México–, hasta llegar al análisis particular de la Constitución del Estado de Tabasco. Asimismo, dentro de los materiales utilizados, podemos mencionar la consulta de libros especializados en el tema y la

jurisprudencia y tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## RESULTADOS

### PANORAMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FEDERAL

La Constitución Política Federal es la norma que fundamenta y da validez a todo el sistema jurídico mexicano, por tal motivo ocupa la cúspide dentro de la estructura piramidal kelsiana. Esta posición jerárquica que ocupa obliga a que todos los gobernantes ciñan su actuación a lo expresamente señalado en la norma fundamental, y a que ninguna ley sea contraria a la misma. Previendo que los gobernantes se excedan en las facultades conferidas, y que se promulguen leyes que sean contrarias a los principios constitucionales, la misma Constitución establece mecanismos jurisdiccionales (el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción abstracta de inconstitucionalidad) para mantener incólume el texto constitucional, es decir, los derechos fundamentales, la división de poderes y la supremacía constitucional.

Siendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el órgano ante el cual se sustanciarán dichos instrumentos procesales.

Ahora bien, en México existen 32 entidades federativas que, de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución General de la República, se unen para formar una federación. Esta forma de gobierno adoptada en las constituciones de 1824, 1857 y la actual de 1917, permite que en el territorio nacional coexistan dos órdenes de gobierno: el federal y el estatal, el cual, por disposición expresa del artículo 41 constitucional, no puede contravenir el pacto federal. Empero, lo que sí pueden hacer los estados de la República con base en la autonomía que poseen, es otorgarse “libremente su Constitución en la que organizan su estructura de gobierno” (Carpizo & Madrazo, 1991, pág. 36), y establecer un catálogo de derechos humanos no reconocidos en la Constitución Federal. Así lo ha establecido la Suprema Corte al señalar que el “federalismo constitucional autoriza que las constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos (P./J. 68/2010).

## LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

### GENERALIDADES

Como se mencionó en el apartado anterior, el artículo 41 de la Constitución Federal reconoce el derecho que tienen los estados para otorgarse su propia Constitución en lo que respecta a su ámbito interno, procurando que ésta no contravenga el pacto federal. Al respecto Barceló Rojas menciona que:

La Constitución Federal no sólo no niega el carácter supremo de la respectiva Constitución Estatal en el ámbito interno de un estado, sino que afirma expresamente el principio de supremacía de las Constituciones de los estados (...) en consecuencia la Constitución Federal asume que las Constituciones de los estados establecerán sus propios mecanismos de defensa para su protección contra el ejercicio anticonstitucional de los poderes reservados por las autoridades del estado y los municipios (Barceló Rojas, 2016, pág. 35 y 36).

Esta tendencia de introducir mecanismos jurisdiccionales para la defensa de las Constituciones estatales se ha desarrolla con

las reformas que se hicieron en el año 2000 a la Constitución del estado de Veracruz (Fix Zamudio, 2005, pág. 359). Misma tendencia que siguieron los estados de Coahuila, Chiapas, Tlaxcala, Quintana Roo, por mencionar algunos.

Ahora bien, el análisis normativo de la evolución de la justicia constitucional local debe complementarse a partir de los pronunciamientos que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su jurisprudencia constitucional. En este punto, debemos señalar dos momentos importantes para entender los alcances y límites de la justicia constitucional local. Así, en un primer momento, cuando se reformó la Constitución del estado de Veracruz para introducir en ella diversos medios de control constitucional, se interpusieron controversias constitucionales contra estas reformas, pues se tildaba que éstas eran inconstitucionales al invadir esferas competenciales propias de la justicia federal en cuanto a la protección de los derechos humanos. En el caso particular, la Suprema Corte determinó que los congresos locales estaban facultados para crear mecanismos de control jurisdiccional para proteger los derechos reconocidos en

sus constituciones locales (Piña Gutiérrez, 2019, p. 73).

Un segundo momento en la delimitación de los contornos de la justicia constitucional local fue determinado por la Suprema Corte a través de la Contradicción de tesis 350/2009, de 2010, en la cual se estimó que es procedente el juicio de amparo directo contra las sentencias de las salas y tribunales constitucionales locales, cuando en estas se vulneraran las garantías esenciales de los derechos humanos reconocidos en la Constitución federal, pues se debe partir de que el orden local está supeditado al orden federal (Ferrer, 2014, p.657).

La limitante en cuanto a la competencia de los tribunales constitucionales locales también ha abarcado al objeto de su protección, pues como lo ha señalado la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación, “a pesar de que diversas Constituciones Locales establecen un contenido propio en materia de derechos fundamentales -en tanto no contradigan la Constitución Federal-, así como un medio jurisdiccional local para su protección, esta

circunstancia es insuficiente para que los tribunales locales sean competentes para conocer de asuntos relacionados con violaciones a la Ley Suprema, pues el texto fundamental vigente sigue asignando esa facultad exclusivamente al Poder Judicial de la Federación” (1a XXXVIII/2016 10a).

## LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE TABASCO

En el ámbito local, el tema de la justicia constitucional no es totalmente desconocido, ya que la Constitución tabasqueña de 1857 facultaba al Tribunal Superior de Justicia para amparar a toda persona que se viera perjudicada en el goce sus derechos por motivo de la actuación irregular de las autoridades públicas. Por otra parte, ya en vigencia la Constitución tabasqueña de 1919, el Tribunal Superior de Justicia contaba con la facultad de dirimir los conflictos de carácter jurídico que pudieran surgir entre los municipios y el Poder Ejecutivo local o el legislativo estatal. Asimismo, los Ayuntamientos tenían la facultad de ejercer ante el Pleno del Tribunal la Acción de Revisión Constitucional, la cual tenía por objeto reclamar la posible contradicción entre un acto o una norma

emitida por el cabildo con alguna disposición del texto constitucional local (Piña, 2019, p. 72).

A pesar de esos primeros pasos en el diseño de mecanismos de defensa constitucional local, el verdadero modelo de control constitucional en Tabasco se crea a partir de las reformas publicadas en el Periódico Oficial del Estado el 1 de agosto de 2015, cuando se retoma la idea de integrar en la Constitución mecanismos jurisdiccionales para salvaguardar el orden constitucional local.

Con la reforma en comento son cuatro los medios jurisdiccionales que se encuentran en la Constitución local, a saber: a) la controversia constitucional estatal, b) la acción de inconstitucionalidad estatal, c) } las opiniones consultivas de control previo de constitucionalidad estatal de la materia de una consulta popular, y d) el recurso por violación de derechos fundamentales; siendo el Tribunal Superior de Justicia del Tabasco, a través de la Sala Especial Constitucional el órgano garante de la supremacía de la Constitución del Tabasco.

Por otra parte, resulta interesante el modelo de interpretación constitucional que deben seguir los jueces al momento de conocer y resolver los conflictos constitucionales que se les planteen a través de los mecanismos de control constitucional. Así, en los párrafos dos y tres del artículo 82 de la ley de control constitucional de Tabasco se señala que la interpretación de los derechos y normas de la Constitución local se hará respetando la jurisprudencia o las sentencias vinculantes de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación. En ningún caso la Sala Especial Constitucional podrá atribuir a un derecho fundamental de la Constitución del Estado de Tabasco un significado autónomo y distinto al que tiene el derecho fundamental homólogo de la Constitución Federal, con la salvedad de aquellos casos en que los propios órganos jurisdiccionales federales competentes expresamente determinan un margen de interpretación para los Estados.

Este método de interpretación introducido en la ley secundaria es lo que Barceló Rojas ha denominado como “método de precedentes bloqueado” el cual obliga a los jueces a seguir el precedente multinivel (Barceló

Rojas, 2016, p. 409). Es decir, dentro del parámetro de control de regularidad constitucional que debe seguir, el juez queda circunscrito a los precedentes verticales conformados por la Suprema Corte, la Corte Interamericana de Derechos y Humanos y los tribunales colegiados.

Finalmente, en el 2018 entró en vigor la ley que regula los mecanismos de control constitucional de Tabasco, precisándose los alcances de estos, los supuestos de procedencia, los sujetos legitimados para interponerlos, entre otros aspectos. Con esta ley se contribuirá, como bien menciona Arteaga Nava, “a defender la autonomía local, revitalizar a los poderes locales, fortalecer el sistema federal, evitar injerencias indebidas por parte del Poder Judicial Federal y reducir el trabajo de éste” (Arteaga Nava, 2002, p. 1068).

## CONCLUSIONES

**Primera:** En el sistema federal mexicano, en virtud de la dualidad de ordenamientos constitucionales y como parte de la autonomía constitucional con la que gozan las entidades federativas en el ámbito de su

competencia, se han creado mecanismos de control y salas constitucionales para garantizar la supremacía de sus textos fundamentales. Sin embargo, la práctica de la justicia constitucional local está lejos de ser una realidad en México, ello, en virtud de factores como la cultura política y constitucional de las sociedades, la desconfianza hacia los poderes locales y los criterios jurisprudenciales limitantes que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**Segunda:** La tendencia que ha imperado en México respecto a la justicia constitucional, es que ésta ha estado monopolizada por parte del Poder Judicial de la Federación, negando de forma implícita que los poderes judiciales estatales sean los que interpreten y apliquen las constituciones de los respectivos estados en última instancia. Sin embargo, se debe entender que la justicia constitucional federal no debe desconocer el trabajo que hacen las entidades federativas para garantizar sus textos constitucionales, ya que el reconocimiento de este esfuerzo coadyuvará a descongestionar el cúmulo de trabajo que hoy en día absorbe a la Suprema Corte.

## LITERATURA CITADA

Arteaga Nava, E. (2002). La constitución local y su defensa. Elementos para una teoría del control de la constitucionalidad. En E. Ferrer Mc-Gregor, *Derecho Procesal constitucional* (pág. 1068). México: Porrúa.

Barceló Rojas, D. A. (2016). *Teoría del federalismo y del derecho constitucional mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Carpizo, J., & Madrazo, J. (1991). *Derecho constitucional*. México: UNAM.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2006). La regulación de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas. En M. González Oropeza, & E. Ferrer Mac-Gregor, *La justicia constitucional en las entidades federativas* (pág. 1068). México: Porrúa.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, México, Porrúa-Marcial Pons.

Fix Zamudio, H. (2005). *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*. México: Porrúa.

Piña Gutiérrez, Jesús Antonio. (2019) Los contornos de la justicia constitucional local en el ordenamiento jurídico mexicano. En Luis Andrés Cucarrella Galiana, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

P./J. 68/2010, *Semanario Judicial y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto 2010, p. 5.

1a. XXXVIII/2016 (10a.), *Semanario Judicial y su Gaceta*, Décima Época, número de registro digital 2010978.

## EL ARRENDAMIENTO COMERCIAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA Y SUS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS EN MÉXICO

Janett Carrillo Cerino

\*Enma Estela Hernández Domínguez

Egresada del Doctorado en Estudios Jurídicos por la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Programa de Posgrado reconocido por el Sistema Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

\*Profesora investigadora de tiempo completo en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, coordina la maestría en Estudios Jurídicos de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, miembro del Cuerpo Académico Estudios de Derecho Civil. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores nivel I de CONACYT.

Artículo Recibido: 17 de Mayo 2022. Aceptado: 15 de Agosto 2022.

**RESUMEN.** La paralización forzosa de las actividades económicas consideradas no esenciales en el país, ocasionó en la mayor parte de los contratos onerosos, bilaterales y de trato sucesivo, un desequilibrio entre las prestaciones, el confinamiento de la población a causa de los decretos aprobados por el Consejo General de Salubridad y el Gobierno del Estado de Tabasco, (por ello, el objetivo de este artículo consiste en analizar la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de arrendamiento de local comercial en el marco jurídico mexicano). La perspectiva de esta investigación es cuantitativa, en apoyo del método de doctrina analítica, derecho comparado y el análisis e interpretación de la Encuesta sobre el impacto generado por COVID-19 en las empresas realizada por el INEGI en 2020.

**Palabras Clave:** *rebus sic stantibus*; arrendamiento;comercial;renegociación; COVID-19.

## INTRODUCCIÓN.

Con motivo de la declaratoria de emergencia sanitaria ocurrida en México en fecha 31 de marzo de 2020 a raíz del virus SARS-CoV2 (Covid-19), el Consejo General de Salubridad y el Gobierno del Estado de Tabasco decretaron una serie de medidas dirigidas a la población que señalan el inicio de una nueva normalidad que impacta una diversidad de actividades sociales, de salud pública e incluso económicas.

Es relevante analizar las consecuencias que se han presentado en el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas a través de los contratos (onerosos, bilaterales y de trato sucesivo) ante las recientes prácticas que se encuentran presentes en los decretos y acuerdos establecidos, tales como las medidas de distanciamiento dentro del local comercial, características y especie de productos que pueden ofrecerse, los horarios y días legales de prestación de servicios al consumidor y otros tipos de restricciones que deben asumir los comerciantes, los cuales han percibido un déficit en la salud financiera de un gran

número de establecimientos comerciales en México y especialmente en entidades federativas del sureste mexicano como es el caso de Tabasco.

Este artículo tiene como objetivo general analizar la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de arrendamiento de local comercial en el marco jurídico mexicano para garantizar la equivalencia de las contraprestaciones (excesiva onerosidad para una de las partes) ante la alteración de las circunstancias que afecta la finalidad económica del contrato.

Para alcanzar este objetivo es necesario apoyarnos de los métodos contemporáneos de investigación jurídica tales como el método analítico descubriendo y construyendo objetos de conocimiento<sup>1</sup> a efectos de aportar una visión interdisciplinaria del fenómeno objeto del presente estudio a través de la descripción integral de la figura, mediante la revisión de la doctrina especializada y el marco jurídico mexicano, la sociología jurídica para realizar

<sup>1</sup> Witker Velásquez, J. Hacia una investigación jurídica, Porrúa, México, 2019, p. 89

una investigación empírica, no solamente teórica en la que se estudien las consecuencias de las normas y protocolos relacionados, por último, el derecho comparado con el propósito de evaluar el desarrollo de la protección jurídica del arrendatario comercial, en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*.

La hipótesis consiste en demostrar que, en una sociedad inmersa en la modernidad líquida<sup>2</sup>, los escenarios comerciales ya no son estáticos, por lo que es frecuente se presenten acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que impiden el cumplimiento de las obligaciones asumidas en un contrato de arrendamiento, por tal motivo es necesario repensar la renegociación contractual a partir de la cláusula *rebus sic stantibus* que surge a partir de la teoría de la imprevisión, para garantizar la equivalencia de las

*El arrendamiento comercial en tiempos de pandemia y sus consecuencias económicas en México*

Janett Carrillo Cerino

Enma Estela Hernández Domínguez

Año 10, No. 30; 2022

contraprestaciones ante la alteración de las circunstancias que afecta la finalidad económica del contrato.

## II. Antecedentes

En fecha el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud, declaró emergencia mundial de salud pública la actual pandemia con motivo del virus SARS-CoV2 (Covid-19).<sup>3</sup> En México, la pandemia ha ocasionado 308,141 defunciones según informe de la Secretaría de Salud al 03 de febrero de 2022.<sup>4</sup>

Lamentablemente, esta situación ha generado implicaciones que han afectado a la persona en todas sus dimensiones biológica y social pero especialmente en situaciones económicas y jurídicas.

<sup>2</sup> La diferencia entre los sólidos y los fluidos es que en tanto los primeros permanecen quietos, estables, inmutables, los segundos fluyen, avanzan no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos a cambiarla. Sufren un continuo cambio cuando se los somete a tensión.” La modernidad líquida es una teoría del sociólogo Zygmunt Bauman, en la apuesta para explicar la “fluidez” como una metáfora regente de la etapa actual de la era posmoderna, es decir, se basa en la idea de que en los últimos años hemos pasado de una sociedad moderna a otra posmoderna. “Mientras que la sociedad moderna era racional y rígida, la

sociedad posmoderna se considera más irracional y flexible.” Al respecto, véase: Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 3ra ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp. 7-21.

<sup>3</sup> Organización Mundial de la Salud. Fecha de consulta: el 06 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es>

<sup>4</sup> Secretaría de Salud. Informe técnico diario Covid-19 México. Fecha de consulta: el 03 de febrero de 2022.

<https://www.gob.mx/salud/documentos/coronavirus-covid-19-comunicado-tecnico-diario-238449>

El 31 de marzo de 2020, el Consejo de Salubridad General en México publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el Virus SARS-CoV2, en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general, para combatir la enfermedad considerada grave de atención prioritaria, restringiendo las actividades comerciales, catalogándolas en esenciales y no esenciales hasta el 30 de abril de 2020<sup>5</sup>.

Más tarde, el Acuerdo fue ampliado al 30 de mayo de 2020, por diverso publicado el 21 de abril del mismo año<sup>6</sup>, estableciendo como una de las acciones extraordinarias que, al finalizar el periodo de vigencia de dicho acuerdo, se establecería un regreso ordenado, escalonado e incluso

regionalizado a las actividades laborales, económicas y sociales en el país a excepción de aquellos municipios del territorio nacional que presenten baja o nula transmisión del virus.

La entidad federativa de Tabasco, con motivo del alto índice de casos de contagios registrados, fue clasificado entre las entidades federativas en semáforo rojo, cuya estrategia en la reapertura de actividades de manera gradual, ordenada y escalonada inició el 1 de junio de 2020.<sup>7</sup>

En fecha 14 de diciembre de 2020 el Gobierno del Estado de Tabasco publicó en el Periódico Oficial del Estado el decreto<sup>8</sup> en el cual se establecen limitaciones a los establecimientos no esenciales entre los cuales destaca las restricciones de

<sup>5</sup> Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2020.

<sup>6</sup> Acuerdo por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el SARS-CoV2. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de abril de 2020.

<sup>7</sup> Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de

semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 2020.

<sup>8</sup> Decreto por el que se establecen medidas y acciones extraordinarias de inmediata ejecución para atender la emergencia sanitaria generada por el Virus SARS-CoV2 (COVID-19). Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 14 de diciembre de 2020.

operaciones únicamente de lunes a viernes hasta las 17:00 horas del día.

Lo anterior, ocasiona una circunstancia que genera la pérdida de los ingresos regulares que se estimaban en las planeaciones de los establecimientos comerciales necesarios para satisfacer el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, como es el caso de los contratos de arrendamiento de local comercial o con proveedores.

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) a través de la Encuesta Demográfica de Negocios<sup>9</sup> permite dar a conocer la movilidad de los establecimientos identificando que en el Censo Económico del 2019, se registraron 4,857,007 establecimientos (entre los cuales se encuentran establecimientos micro, pequeños y medianos de los sectores de manufacturas, comercio y servicios privados no financieros), sin embargo, en el periodo de mayo de 2019 a septiembre de 2020, se crearon 619,443 establecimientos pero

*El arrendamiento comercial en tiempos de pandemia y sus consecuencias económicas en México*

*Janett Carrillo Cerino*

*Enma Estela Hernández Domínguez*

*Año 10, No. 30; 2022*

murieron 1,010,857 establecimientos en el contexto de la pandemia por Covid-19.

Por otra parte, la Encuesta sobre el impacto generado por COVID-19 en las empresas<sup>10</sup> realizado por el INEGI permite observar las afectaciones que la contingencia originada por la actual pandemia, ha generado en las empresas de México, destacando los siguientes hallazgos del fenómeno objeto de estudio en las siguientes variables:

Medidas sanitarias llevadas a cabo. Un total de 88.6% de las empresas implementaron medidas sanitarias, destacando la dotación de elementos de protección al personal, la desinfección de instalaciones y áreas comunes. Otras medidas sanitarias fueron aquellas relacionadas entre clientes y proveedores, control de acceso a instalaciones, campaña de información o prevención e incluso motivar comunicación virtual.

Acciones operativas instrumentadas. El 60.2% de las empresas instrumentó

<sup>9</sup> INEGI. Estudio sobre la Demografía de los Negocios (EDN) 2020. Fecha de consulta 12 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/edn/2020/doc/EDN2020Pres.pdf>

<sup>10</sup> INEGI. Encuestas sobre el impacto económico generado por COVID-19 a las empresas en México. Fecha de consulta: 13 de enero de 2021. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ecovidie/2020/doc/presentacion\\_ECOVIDIE.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ecovidie/2020/doc/presentacion_ECOVIDIE.pdf)

acciones operativas, principalmente la entrega de pedidos a domicilio en un 45%, destaca que las empresas grandes promovieron el trabajo en casa o “home office” en el 94.7%, otras alternativas estuvieron relacionadas con promociones especiales, venta por Internet, crédito o financiamiento de emergencia y ofertar nuevos productos o servicios.

Días de paro o cierre temporal. El 59.6% de las empresas instrumentó paros técnicos o cierres temporales, de los cuales, el 93.4% fueron Microempresas, 5.9% PyMES y 0.7% grandes empresas. La mayoría tuvo una duración de 21 días o más.

Afectaciones por la contingencia. Respecto al tipo y nivel de afectación a la empresa por contingencia sanitaria, un total de 93.2 % de empresas resultaron afectadas en aspectos relacionados con disminución de los ingresos, baja demanda de productos y/o servicios y escasez de insumos y/o productos, reducción del personal, reducción de remuneraciones y/o prestaciones.

Disminución en las principales variables económicas. El 46.9% de las empresas

prevén que sus ingresos disminuirán los próximos seis meses respecto del mismo periodo del año pasado. 32.6% consideran que se mantendrán igual y 20.5% que se incrementarán.

Políticas necesarias de apoyo a las empresas. Sólo un total de 7.8% de las empresas recibió algún apoyo durante abril o mayo relacionados con acceso a créditos nuevos, transferencia de efectivo, aplazamiento de pagos por servicios, préstamos con tasas de interés subsidiadas, apoyos fiscales y subsidios a la nómina. Las empresas declaran que se deben implementar acciones para reactivar la economía, entre la cual destaca el aplazamiento del pago de servicios en un 47%.

Es evidente que las medidas restrictivas establecidas por el Consejo General de Salubridad y por los gobiernos de las entidades federativas han propiciado eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impacta a la persona en sus relaciones económicas y jurídicas.

Ante este panorama que acontece en México y especialmente en Tabasco, una de las entidades federativas del sureste mexicano con alta incidencia de casos de contagios, se han registrado una gran cantidad de cierre de establecimientos, en otros casos, una diversidad de establecimientos ha resentido una pérdida extraordinaria en sus ingresos, lo que les ha generado dificultades para responder las obligaciones de pago de renta del local comercial. En Tabasco la crisis por la pandemia llevó a que mil “seiscientos setenta y siete micro, pequeñas y medianas empresas cerraran definitivamente”.<sup>11</sup>

Resulta importante analizar, si la emergencia sanitaria podría constituir un caso fortuito (pandemia) o de fuerza mayor (paralización de actividades económicas consideradas no esenciales por disposiciones gubernamentales), considerando que la doctrina especializada señala por caso fortuito o fuerza mayor todo acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, impredecible o bien inevitable, al que no puede resistir,

que le impide cumplir definitiva y totalmente la obligación asumida o le impone un retardo en el cumplimiento, y que causa daños al acreedor.<sup>12</sup> Sin embargo, la doctrina jurídica especializada se pronuncia al señalar que el caso fortuito o fuerza mayor operan principalmente en el plano de la responsabilidad contractual, por lo que no es posible manifestarla para conseguir extinguir las obligaciones basadas en la finalidad económica del contrato.<sup>13</sup>

De común acuerdo con la abogada Adriana Martín, la contingencia sanitaria que ha ocasionado circunstancias extraordinarias, distorsionando el equilibrio de las prestaciones recíprocas en un contrato de arrendamiento comercial, no puede caracterizarse como caso fortuito exoneratorio al no producir la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de que se trata. El ámbito de aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” se circumscribe a aquellos casos en los que el deudor no

<sup>11</sup> Informe en conferencia de prensa de Manuel Antonio Miranda Hernández. Presidente de la Cámara Nacional de Comercio local en Villahermosa. Diciembre de 2020.

<sup>12</sup> Bejarano Sánchez M., *Obligaciones civiles*, 5ta ed., Oxford, México, 1999, p. 235.

<sup>13</sup> Al respecto, véase: A. Fuentes-Lojo Rius, “Alteración de circunstancias e incumplimiento de obligaciones contractuales. Algunos conceptos clave”, en Alejandro Fuentes-Lojo Rius, et al., *Cuestiones jurídicas entorno a la cláusula rebus sic stantibus*, La ley, España, 2020, pp. 11-12.

puede hacer valer ninguna otra fórmula exoneratoria.<sup>14</sup>

Un ejemplo a simple vista se observa en los actos jurídicos relacionados con los contratos especiales, sobre el suministro y arrendamiento comercial respecto al incumplimiento de las prestaciones, a consecuencia de la alteración de circunstancias en donde además pueden manifestarse inejecuciones por fuerza mayor, desequilibrio económico y excesiva onerosidad de la prestación.

Es evidente que este impacto en los compromisos de las partes, pactados en diversos actos jurídicos y contratos celebrados en circunstancias diversas a la que transcurre en tiempos de la nueva normalidad, se encuentran en riesgo de ejecución.

Atendiendo a las circunstancias del caso ¿procede invocar una renegociación del

pacto contractual o una rescisión del contrato? ¿De qué manera se pueden frenar los perjuicios graves y excesivamente onerosos para una de las partes? ¿Qué fórmula jurídica se podrá invocar para flexibilizar el principio *pacta sunt servanda*? Lo que se pretende es ofrecer una respuesta para lograr una armonía en el equilibrio de las prestaciones entre las partes de un contrato de arrendamiento en México, en dónde las pérdidas y ganancias se distribuyan de manera justa y equitativa. Para como señala Enrique Varsi<sup>15</sup>, estar en condiciones de encontrar en las instituciones del Derecho Civil la protección y mecanismos de tutela ante esta categoría de eventualidades.

### **III. Marco doctrinal y legislativo de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos de arrendamiento comercial**

Este apartado tiene el objetivo específico estudiar los contratos de arrendamiento

<sup>14</sup> Martín, A. y Aguera, S. "La cláusula *rebus sic stantibus* y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia", *Aranzadi Insings*, núm. 1, 2014, pp. 1-9. Disponible en: <https://www.perezllorca.com/actualidad/articulo/la-clausula-rebus-sic-stantibus-y-otras-formulas-alternativas-utilizadas-en-la-jurisprudencia/> Fecha de consulta: 06 de febrero de 2021.

<sup>15</sup> Al respecto, véase: E. Varsi Rospigliosi, N. Rosenvald, Nelson y M. A. Torres Maldonado, "La pandemia de la covid-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual", *Acta bioethica*, núm. 1, vol. 26, mayo de 2020. p. 30.

comercial, el caso fortuito, la fuerza mayor y la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, para diagnosticar de qué manera la doctrina y el marco jurídico mexicano ofrecen mecanismos de tutela en materia contractual, que tengan previsto garantizar y proteger los derechos de la persona ante eventualidades extraordinarias e imprevisibles que distorsionen la finalidad económica del contrato.

#### **A. Marco teórico y conceptual del contrato de arrendamiento**

En la doctrina jurídica especializada, el arrendamiento es el contrato por el cual una persona, denominada arrendador, se obliga a transmitir el uso o goce temporal de un bien a otra, llamada arrendatario, quien se compromete, a su vez, a pagar un precio cierto por dicho uso o goce.<sup>16</sup>

Para el profesor Mario de la Madrid Andrade, señala que, el arrendatario es un poseedor de la cosa arrendada quien se compromete a pagar por ella un precio cierto. En ese sentido, la transmisión del goce del bien

comporta la posibilidad de usar y aprovechar los frutos que este produzca,<sup>17</sup> Es conocido que el arrendamiento es un contrato de características bilaterial, oneroso, sinalagmático funcional (por cuanto a que el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes debe mantenerse durante la vigencia del contrato), comutativo, principal y de duración (de trato sucesivo). Es, asimismo un contrato formal porque requiere la forma escrita para su validez, así como consensual por oposición a real.<sup>18</sup>

Este peculiar contrato se distingue de otros, atendiendo el objeto sobre el que recae el precio establecido por las partes, es decir, será arrendamiento si el precio se fija por unidad de tiempo y será compraventa si el precio se fija por unidad de frutos o de productos que se perciban.<sup>19</sup>

Por su parte, el contrato de arrendamiento de inmuebles en centros comerciales son un contrato atípico mixto, en virtud de que se concede al arrendatario el uso o goce de un local comercial a cambio de una renta que

<sup>16</sup> De la Madrid Andrade, M. Los contratos civiles, Porrúa, México, 2016, p. 1.

<sup>17</sup> *Ibíd*

<sup>18</sup> *Ibíd* pp. 2-3

<sup>19</sup> Sánchez Medal, R. De los contratos civiles, 25<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2013, p. 243.

deberá pagarse al administrador del centro comercial.<sup>20</sup>

En este tipo de contratos deben asumirse una serie de obligaciones como por ejemplo sujetarse a los horarios establecidos, abrir los locales comerciales, someterse a la planificación realizada por el administrador y observar el reglamento interno del centro comercial, que en el caso que nos ocupa, han sido modificados en atención a los acuerdos y decretos emitidos por el Consejo General de Salubridad del país y los emitidos por los gobiernos de las entidades federativas.

### **B. Marco teórico, legislativo y jurisprudencial de la cláusula *rebus in stantibus* en el sistema jurídico mexicano**

El principal antecedente de una aproximación preliminar a un ajuste a las condiciones económicas existentes en un procedimiento judicial en México, se encuentra al resolverse la contradicción de tesis 350/2013, sustentadas por el Sexto

Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito.

En este caso, la Primera Sala de la Suprema Corte realizó una interpretación conforme entre el artículo 21 apartado 3 del Pacto de San José y el artículo 174 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la cual resolvió que la prohibición de usura, además de aquella que proviene de un vicio de la voluntad (lesión), “comprende cualquier caso en el que una persona obtenga, en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo”<sup>21</sup>, por lo tanto, el juez modificó el interés establecido en un título de crédito para ajustarlo sobre bases racionales y conforme a las condiciones económicas existentes.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> De la Madrid Andrade, M. Los contratos civiles, *cit*, pp. 14-15.

<sup>21</sup> Contradicción de Tesis 350/2013. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*Semanario Judicial de la Federación*, décima época, junio de 2014.

<sup>22</sup> Al respecto, véase: J. Araiza Hernández, “Pandemia, controversias mercantiles y derechos

fundamentales: teoría de la imprevisión”, *Derecho en acción*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Fecha de consulta: 06 de febrero de 2020. Disponible en: <https://derechoenaccion.cide.edu/pandemia-controversias-mercantiles-y-derechos-fundamentales-teoria-de-la-imprevision/>

Otro dato relevante es la inclusión de la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad superviniente en el marco del principio de la buena fe en el cumplimiento del contrato, sin embargo, para Rafael Soler y Javier Ramírez, no existen bases sólidas en el derecho civil federal para la aplicación del principio, puesto que la buena fe no puede ir más allá del clausulado expreso en el contrato, señalando que, cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, salvo precepto legal que en forma expresa exceptúe el principio.<sup>23</sup>

Lo anterior, se exemplifica observando el artículo 2455 del Código Civil, relativo al arrendamiento de fincas rústicas, en el cual se establece la reducción del precio del arrendamiento por pérdidas a consecuencia de casos fortuitos extraordinarios.

A partir de una revisión de los Códigos Civiles de las entidades federativas de México, con el objetivo de diagnosticar supuestos susceptibles de aplicación ante la presencia de circunstancias extraordinarias

e imprevistas que alteren la finalidad económica de un contrato de arrendamiento, se presentan los principales hallazgos sobresalientes:

Tabla 1. Cuadro comparativo de supuestos y soluciones en el Código Civil

Código Civil	Supuesto	Solución
Estado de México	Variación las circunstancias de un contrato con prestaciones periódicas o continuas por acontecimientos extraordinarios sobrevenidos y el cumplimiento de la obligación resulta oneroso para una de las partes.	Rescisión, nulidad relativa del contrato o reducción equitativa de la obligación. No expresa en el art. 7.35 la aplicación en contingencia nacional por emergencia sanitaria de salud pública.
Guanajuato	Cuando la prestación de	Rescisión del contrato.

<sup>23</sup> Soler Suástequi, R. y Ramírez Escamilla, J. "El COVID-19 y la teoría de la imprevisión", *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, núm. 2, 2020, pp. 233-243.

Fecha de consulta: 06 de febrero de 2020.

Disponible en:

<https://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/1698>

	<p>una de las partes resulte excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ajenos a su voluntad y a la ejecución normal del contrato.</p>	<p>En las causales expuestas en el art. 1349 no hace referencia a una contingencia nacional por emergencia sanitaria de salud pública. Sólo hace referencia al caso fortuito o fuerza mayor que haga imposible el cumplimiento del contrato.</p>		<p>os extraordinarios no previstos.</p>	<p>la inclusión de la teoría de la imprevisión en el Código Civil. Pero no la hace expresa en ningún artículo.</p>
<b>Guerrero</b>	<p>Cuando la prestación de una de las partes de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico, diferido o aleatorio llegue a ser excesivamente onerosa por acontecimient</p>	<p>Rescisión del negocio o modificación equitativa en el monto, la forma o modalidades de la ejecución. Art. 2012. En su exposición de motivos hace referencia a</p>	<b>Jalisco</b>	<p>Si en un contrato de arrendamiento, por caso fortuito o fuerza mayor se impide al arrendatario el uso o goce del bien arrendado.</p>	<p>Rescisión del contrato sin responsabilidad para el arrendatario o reducción proporcional de la renta a juicio de peritos. Art. 2012 y 2013. No hace referencia a ninguna característica de la teoría de la imprevisión.</p>
			<b>Quintana Roo</b>	<p>Cuando la prestación de una de las partes en un contrato bilateral de cumplimiento</p>	<p>Rescisión del negocio o una modificación equitativa en la forma y modalidades de la</p>

	continuo, periódico o diferido hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios no previstos.	ejecución. Art. 378.		
<b>San Luis Potosí</b>	En un contrato de arrendamiento, si se impide total o parcialmente el uso de la cosa arrendada al arrendatario por caso fortuito o fuerza mayor.	No se causará renta mientras dure el impedimento, y si éste dura más de dos meses podrá pedir la rescisión del contrato o reducción parcial de la renta a juicio de peritos. Art. 2260 y 2261.	<b>Veracruz</b>	arrendada al arrendatario por caso fortuito o fuerza mayor. pedir la rescisión del contrato o reducción parcial de la renta a juicio de peritos. Art. 2313 y 2314.
<b>Sinaloa</b>	En un contrato de arrendamiento, si se impide total o parcialmente el uso de la cosa	No se causará renta mientras dure el impedimento, y si éste dura más de dos meses podrá		No se causará renta mientras dure el impedimento, y si éste dura más de dos meses podrá pedir la rescisión del contrato o reducción parcial de la renta a juicio de peritos. Art. 2364 y 2365.

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla comparativa que antecede se muestran los supuestos que se encuentran en los Códigos Civiles de las entidades federativas de Estado de México<sup>24</sup>,

<sup>24</sup> Código Civil del Estado de México publicado en la Gaceta de Gobierno el 07 de junio de 2002, última

reforma publicada en la Gaceta de Gobierno el 22 de junio de 2015.

Guanajuato<sup>25</sup>, Guerrero<sup>26</sup>, Jalisco<sup>27</sup>, Quintana Roo<sup>28</sup>, San Luis Potosí<sup>29</sup>, Sinaloa<sup>30</sup> y Veracruz<sup>31</sup>, como resultado se observa que la gran mayoría de los Códigos Civiles presentan la inclusión activa de la teoría de la excesiva onerosidad, otros acusan a la presencia de un caso fortuito o fuerza mayor y de manera exclusiva, el Código Civil del Estado de Guerrero, hace alusión a la teoría de la imprevisión, sin embargo, es muy silencioso al presentar los elementos necesarios que la doctrina exige para invocar la fórmula de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Un caso muy cuestionado por los especialistas en la materia es la reciente reforma al Código Civil para el Distrito Federal, publicada el 22 de enero de 2010 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, en la cual se incorpora la teoría de la imprevisión al establecer la excepción de cumplimiento

<sup>25</sup> Código Civil para el Estado de Guanajuato, publicada en el Periódico Oficial el 14 de mayo de 1967, última reforma publicada el 24 de septiembre de 2018.

<sup>26</sup> Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, publicado en el Periódico Oficial el 2 de marzo de 1993, última reforma el 02 de marzo de 1998.

<sup>27</sup> Código Civil Para el Estado de Jalisco, Publicada en el Periódico Oficial el 25 de febrero de 1995, última reforma publicada el 28 de diciembre de 2017.

para los contratos sujetos a plazo, condición o de trato sucesivo con motivo de acontecimientos extraordinarios de carácter nacional, imprevistos, onerosos para una de las partes cumplir con sus obligaciones y la posibilidad de pedir la modificación del contrato.

Sin embargo, aunque en el artículo 1796 Bis, señala el procedimiento previsto, el cual deberá realizarse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios, la cuestión hace referencia a la oscuridad al señalar si es procedente su aplicación ante terremotos, inundaciones, epidemias, crisis económicas, guerra mundial y pandemias.

Para el profesor Jaime Araiza Hernández, los jueces no pueden basarse en paradigmas

<sup>28</sup> Código Civil para el Estado de Quintana Roo, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 30 de noviembre de 2020.

<sup>29</sup> Código Civil para el Estado de San Luis Potosí. Publicado en el Periódico Oficial el 18 de abril de 1946, última reforma publicada el 07 de junio de 2018.

<sup>30</sup> Código Civil para el Estado de Sinaloa, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 06 de febrero de 2013.

<sup>31</sup> Código Civil para el Estado de Veracruz, publicado en el Periódico Oficial el 15 de diciembre de 1932, última reforma publicada el 7 de octubre de 2020.

del siglo XIX<sup>32</sup>, en un Estado Constitucional y de Derecho, deben resolver las controversias atendiendo a principios constitucionales y al sistema de protección de los derechos humanos.<sup>33</sup>

Así las cosas, el profesor Jaime Araiza, propone que para la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho mexicano se requiere de dos ejercicios interpretativos:

“Un análisis casuístico, para determinar si se presentan los supuestos tanto para considerar que existe abuso y desequilibrio desproporcionado (explotación patrimonial), como la presencia de los elementos para la

aplicación de la teoría de la imprevisión.

Una interpretación conforme del artículo 1796 del Código Civil Federal para armonizarlo con la prohibición establecida en el artículo 21 apartado 3 del Pacto de San José<sup>34</sup>, para que, mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión, se impida la explotación de uno de los contratantes hacia otro.”<sup>35</sup>

La doctrina señala que la cláusula *rebus sic stantibus* se presenta cuando las condiciones económicas motivan el

<sup>32</sup> El autor señala que en el siglo XIX existía un conflicto entre la regla fundamental de la obligatoriedad de los contratos “*pacta sunt servanda*” y la cláusula “*rebus sic stantibus*”, la cual fue resuelta en favor de la primera. Al respecto, véase: J. Chirino Castillo, “Teoría de la Imprevisión”, en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (Coords.) *Conmemoración de los 80 años de vigencia del Código Civil*, México, Facultad de Derecho de la UNAM – Colegio de Profesores de Derecho Civil, 2012, pp. 319-324.

<sup>33</sup> Araiza Hernández, J. “Pandemia, controversias mercantiles y derechos fundamentales: teoría de la imprevisión”, *Derecho en acción*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Fecha de consulta: 06 de febrero de 2020. Disponible en: <https://derechoenaccion.cide.edu/pandemia-controversias-mercantiles-y-derechos-fundamentales-teoria-de-la-imprevision/>

<sup>34</sup> El apartado 3 del artículo 21 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), textualmente establece lo siguiente: “Artículo 21: “Derecho a la Propiedad Privada [...] 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.” Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1981.

<sup>35</sup> Araiza Hernández, J. “Pandemia, controversias mercantiles y derechos fundamentales: teoría de la imprevisión”, *Derecho en acción*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Fecha de consulta: 06 de febrero de 2020. Disponible en: <https://derechoenaccion.cide.edu/pandemia-controversias-mercantiles-y-derechos-fundamentales-teoria-de-la-imprevision/>

incumplimiento de la obligación, por lo que requiere la necesidad de revisar las condiciones económicas pactadas, al no haber previsto la alteración de las condiciones económicas que quedan fuera del alcance de los contratantes y a efectos de buscar el equilibrio de las contraprestaciones recurriendo ante los Tribunales, ante el cambio de las condiciones económicas y las contraprestaciones que ocasionan onerosidad para alguna de las partes.

Para la profesora Elva Leonor Cárdenas Miranda, la teoría de la imprevisión busca la equidad y la justicia ante una situación imprevista, extraordinaria, que ocasiona una excesiva onerosidad y genera desequilibrio en la relación contractual.<sup>36</sup>

Por su parte, profesor Manuel Borja Soriano, la cláusula que deriva de la teoría de la imprevisión consiste en sostener que los Tribunales tienen el derecho de suprimir o de modificar las obligaciones contractuales,

<sup>36</sup> Cárdenas Miranda, E. L. "Efectos de la pandemia por el virus SARS-COV2 (COVID-19) en los contratos civiles de carácter sucesivo", en Adame Goddard, Jorge, González Martín, Nuria y Velázquez Arroyo, Laura Mercedes, (Coords.) *Emergencia sanitaria por COVID-19*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020. p. 21.

cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación".<sup>37</sup>

Todo contrato cuyo cumplimiento no sea inmediato expone al deudor a eventualidades favorables o desfavorables, como consecuencia de variaciones en las circunstancias de hecho que condicionan su cumplimiento. Por ejemplo, en un arrendamiento por largo plazo, el precio pactado puede, como consecuencia del encarecimiento general de la vida, resultar en determinada fecha muy inferior al precio corriente de la vivienda y aun a los gastos de conservación del inmueble.<sup>38</sup>

#### **IV. Nexo causal de las implicaciones económicas en los contratos de arrendamiento derivadas de nuevos escenarios de relaciones comerciales.**

<sup>37</sup> Al respecto, véase: M. Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 1989.

<sup>38</sup> Al respecto, véase: A. Platero Alcón, , "La COVID-19 como factor determinante en la resurrección de la cláusula rebus sic stantibus: análisis de su aplicabilidad en la situación actual", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 278-2, 2018, pp. 889-914.

En el presente caso es menester tomar en consideración que, para acudir a la imprevisión no toda alteración de circunstancias permite que las obligaciones asumidas en un contrato no sean exigibles. Es decir, los motivos individuales de una de las partes no permitirán justificar la aplicación de la imprevisión como es el caso de una crisis económica<sup>39</sup>, es necesario que se trate de presuposiciones que ambas partes comparten en común.

En primer lugar, para invocar la cláusula *rebus sic stantibus* es necesaria la presencia de la alteración de las circunstancias en el contrato de arrendamiento comercial a causa de un suceso imprevisible como es el caso de la paralización de las actividades económicas de establecimientos comerciales considerados no esenciales en virtud de un mandato gubernamental, pues es evidente que se ha frustrado la finalidad

económica del contrato. Sea el caso de un local comercial arrendado con el objeto de realizar actividades académicas presenciales (escuelas de idiomas, deportes, cultura) o ventas de algún producto que sólo se puede ofertar y demandar en una temporada específica. Como se exemplifica, la circunstancia alterada se encuentra conectada con la causa del contrato y la base del negocio, así las cosas, estamos en presencia de una presuposición imprevisible que ambas partes comparten en común, puesto que las partes incorporaron como presupuesto (las ventas de temporada o de alguna actividad presencial, etc.) determinante del pacto contractual (el objetivo para el que ambos pretendían dar y obtener en arrendamiento el local comercial).

En segundo lugar, es necesario que se trate de una cuestión de excesiva onerosidad para una de las partes. Al respecto, el artículo

<sup>39</sup> Para el profesor Nicolas Serrano, atendiendo a la jurisprudencia española STS 156/2020, de 6 de marzo de 2020 señala que “una crisis económica y particular de manera aislada no podrá dar lugar a invocar la cláusula. Pues a la luz de la jurisprudencia no logra crear una situación prolongada de excesiva onerosidad; sin embargo, si podría darse la fuerza mayor con suspensión temporal de los efectos, no tanto por la pandemia en sí, sino por las normas legales que establecen el confinamiento, aunque la fuerza mayor no puede aplicarse a las obligaciones

consistentes en pagar una cantidad de dinero, incluso aunque sea sucesiva durante años, de forma mensual, por lo que cuanto menos lo será cuando sean solo algunos meses.” Serrano de Nicolas, Ángel, “Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19”, en Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, et al., *Cuestiones jurídicas entorno a la cláusula *rebus sic stantibus*, La ley*, España,2020, p. 21.

6.2.2 de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocida por su acrónimo en inglés UNIDROIT, define el concepto de excesiva onerosidad en los términos siguientes:

“Hay excesiva onerosidad cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato, b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en

desventaja en el momento de celebrarse el contrato, c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja, y d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.<sup>40</sup>

Con base en lo anterior, la alteración de las circunstancias derivadas de la actual pandemia provoca una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada, en este caso se trata del arrendatario del local comercial y dueño del establecimiento, esto se justifica a través de una pericial que demuestre que la finalidad económica del contrato ya no resulta viable, evidenciando una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones, es decir, que una proporción de prestaciones desaparece o se destruye, de manera que, no puede hablarse de prestación y contraprestación<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Principios sobre los Contratos Comerciales. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Fecha de consulta: 10 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

<sup>41</sup> Respecto a la alteración en la relación de equivalencia de las contraprestaciones, la profesora

Ester Mocholí señala que la finalidad económica de un contrato presenta un beneficio retributivo que se obtiene a partir de una prestación: “Desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las

El especialista en contratos Alejandro Fuentes-Lojo Rius, citando la Jurisprudencia de Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 señala que para que se presente una alteración en la relación de equivalencia de las contraprestaciones necesariamente “la excesiva onerosidad debe reflejar un substancial incremento del coste de la prestación, o la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida”.<sup>42</sup>

Por lo tanto, el desequilibrio del cual se ha estado haciendo referencia a lo largo de toda esta investigación debe producirse necesariamente en la economía del contrato de arrendamiento, y no en la economía del arrendador perjudicado, esto quiere decir que la excesiva onerosidad debe tratarse de carácter estrictamente objetivo con independencia de las circunstancias particulares de la parte perjudicada.

---

circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación”. Al respecto, véase: E. Mocholí, “Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19”, en Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, et al., *Cuestiones jurídicas entorno a la*

## V. Estudio de caso de la sentencia 1/2021 de fecha 8 de enero de 2021 sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Para una mejor comprensión del caso, se procederá a precisar algunos de los hechos ocurridos, los cuales fueron extraídos de la Sentencia de Jurisprudencia de Primera Instancia 1/2021 del Juzgado de Primera Instancia con sede en Barcelona, España referente al Procedimiento ordinario con motivo de la demanda de revisión o adaptación de contrato de arrendamiento de industria hotelera, cuyos antecedentes se encuentran en la versión pública.

### A. Hechos

Los hechos comenzaron entre los meses de julio y diciembre de 2018 y en marzo de 2019 cuando el establecimiento mercantil VENPRE SL representada por Ma. Carmen Fuentes Milán celebró con el señor Maximino 27 contratos de arrendamiento destinados al

cláusula *rebus sic stantibus*, *La ley*, España, 2020, p. 43.

<sup>42</sup> Al respecto, véase: A. Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, “Alteración de circunstancias e incumplimiento de obligaciones contractuales. Algunos conceptos clave”, en Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, et al., *Cuestiones jurídicas entorno a la cláusula *rebus sic stantibus*, La ley*, España, 2020, pp. 9-10.

alojamiento turístico, asumiendo el pago de una renta mensual de 40.877,55 Euros, cuya fecha de terminación del contrato sería hasta el 31 de marzo de 2021.

A partir del Real Decreto 463/2020 con motivo de la declaración de emergencia sanitaria en el país, el establecimiento mercantil tuvo que suspender sus actividades, situación que le provocó una serie de pérdidas en el negocio.

Ante tales acontecimientos, como primera propuesta, el establecimiento mercantil solicitó a la arrendadora adaptar el contrato a las nuevas condiciones, pero solo se le ofreció al establecimiento mercantil una moratoria en el pago parcial de la renta que no se podía asumir.

La segunda propuesta del establecimiento mercantil fue ofrecerle a la arrendadora reducir en un 50% el precio de la renta desde abril de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, dar resolución al contrato y suprimir la cuota

de IVA. Ambas propuestas fueron rechazadas por la arrendadora.

#### Etapa judicial

#### Contenido de la demanda:

En fecha 1 de julio de 2020 el Juzgado de Primera Instancia con sede en Barcelona, admitió a trámite la demanda presentada por el establecimiento mercantil VENPRE SL representada por Ma. Carmen Fuentes Milán en contra de Maximino.

En el escrito de demanda, el establecimiento mercantil alegó que la suspensión de la actividad de alojamiento turístico había imposibilitado la explotación del negocio arrendado, de tal manera que frustra la causa de los contratos de arrendamiento suscritos por las partes. Por tal motivo el establecimiento mercantil suspendió la entrega de la renta pactada correspondiente a los meses de abril a junio, oponiendo la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Es un principio general de derecho contractual que hace alusión al cumplimiento simultáneo de las obligaciones reciprocas y que implica que una parte puede negarse al cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla. Al respecto, véase: *Exceptio non adimpleti contractus*, disponible en

[https://guiasjuridicaswolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjMzMTtbLUouLM\\_DxblwMDcwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApTR-eTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicaswolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjMzMTtbLUouLM_DxblwMDcwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApTR-eTUAAAA=WKE) Fecha de consulta 25 de enero de 2021.

En tales circunstancias, el establecimiento mercantil solicitó que se declare que se ha producido una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial y que dicha alteración genera un desequilibrio de las prestaciones a cargo de la actora (establecimiento mercantil).

Por tal motivo solicitaba:

Se declare como nueva renta exigible mensual de los contratos de arrendamiento de industria sobre las 27 unidades y con efectos desde el mes de abril de 2020 la cantidad de 600 euros más IVA, más 8,81 euros por gastos de mantenimiento al mes.

En caso que no se adecuara la modificación del contrato, el establecimiento mercantil solicitaba que se declarase la resolución de la totalidad de los contratos de arrendamiento de industria sin coste ni penalización de ningún tipo con efectos desde el 15 de marzo de 2020 ante la imposibilidad involuntaria del establecimiento mercantil de continuar con el negocio en las condiciones pactadas originalmente.

Se declare que Don Maximino no tiene derecho a exigir indemnización alguna por la resolución anticipada de los contratos de arrendamiento de industria sobre las 27 unidades.

Se condene a Don Maximino a abonar al establecimiento mercantil VENPRE, S.L., los importes percibidos en concepto de rentas y demás cantidades a cargo del arrendamiento correspondientes a periodos de tiempo posteriores a 15 de marzo de 2020, y que ascienden hasta la fecha a un total de OCHENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS EUROS CON TREINTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (81.936,33 €).

Contestación de la demanda:

En su contestación de demanda, el arrendador señalaba que, tras la pandemia, se había dictado el Real Decreto Ley 15/2020, el cual establece que, en los contratos de arrendamiento de industria, el arrendatario podía solicitar del arrendador, en el plazo de un mes desde su entrada en vigor la moratoria establecida en el artículo 3.2, moratoria que el arrendador tenía obligación de aceptar si no se llegaba a otro acuerdo. En dicha regulación se establecía una moratoria que se aplicaría de manera

automática mientras durase el estado de alarma y sus prórrogas. Dicho decreto establecía también una serie de medidas a las que podían acceder los arrendatarios y, en todo caso, exigía que el arrendatario acreditase los requisitos que se indicaban mediante la documentación recogida en el artículo 4. Manifestaba que el arrendatario no había aplicado este Real Decreto Ley al no haberle solicitado la moratoria que establece ni había cumplido tampoco con los requisitos que se fijaban en dicha normativa. Por tanto, “la arrendataria no tenía derecho a una moratoria y menos a una rebaja en la renta como pretendía.”

Negaba que se hubiese producido ningún incumplimiento por parte de la demandada ya que en su conducta no había ningún tipo de culpa que impidiese disfrutar del objeto arrendado. La razón era una orden gubernamental como consecuencia de la pandemia. El demandado seguía poniendo a disposición del arrendatario los bienes como se acreditaba porque los seguía explotando y si era con menos ingresos que los previstos era un riesgo que tenía que asumir el empresario sin que pudiese asociarle en las

pérdidas cuando no le había asociado en las ganancias.

Respecto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* decía que no era de aplicación automática en todos los contratos de arrendamiento, teniendo que ir caso por caso, y teniendo en cuenta que en el arrendamiento que nos ocupa las consecuencias de la pandemia estaban ya prevista en una norma con rango de Ley. Manifestaba que se tenían que tener en cuenta los pactos a los que llegaban las partes, la duración pactada siendo la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de larga duración que son los más sensibles a que se produzca un evento que altere las circunstancias. En todo caso concluía indicando que el legislador había considerado la pandemia como una circunstancia excepcional y equivalente a una guerra, determinándose en la legislación que se había dictado las consecuencias sobre los contratos de arrendamiento para evitar tener que acudir a un procedimiento judicial.

Audiencia previa:

En fecha 25 de noviembre de 2020 se celebró la audiencia previa a la que

comparecieron los representantes de ambas partes, sin embargo, no fue posible llegar a ningún acuerdo.

El establecimiento comercial indicó que había seguido abonando la mitad de la renta y ponía de manifiesto la existencia de nuevas medidas restrictivas adoptadas por el Gobierno.

Se convocó a las partes para el juicio que se celebró el 21 de diciembre de 2020.

Fallo:

Finalmente, el Juzgado de Primera Instancia declaró que se ha producido una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial y que dicha alteración genera un desequilibrio de las prestaciones a cargo de la actora.

Declaró que la nueva renta de los contratos de arrendamiento de industria sobre las 27 unidades es de SEISCIENTOS EUROS (600€) más IVA y el resto de cantidades mensuales a cargo del arrendatario ascienden a un total de OCHO EUROS CON OCIENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO (8,81 €), con efectos desde el 1 de abril de

2020 hasta 31 de marzo de 2021, e impuso las costas del procedimiento a la demandada.

## **B. legislación y doctrina controvertida**

Legislación:

Código Civil. Respecto a la norma que autoriza el principio de autonomía de la voluntad y el respeto y cumplimiento de los pactos celebrados.

Artículo 7.1. *“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.*

Artículo 1258. *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.*

Artículo 1091. *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”.*

Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Artículo 10.4. Respecto a las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales. *“Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio”.*

Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril sobre medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Artículo 3.2. Respecto al caso de contrato de arrendamiento de inmueble afecto a la actividad económica desarrollada por una pyme. *“Que su actividad haya quedado suspendida como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, o por órdenes dictadas por la Autoridad competente y las Autoridades competentes delegadas al amparo del referido real decreto”* Y *“en el supuesto de que su actividad no se vea directamente suspendida en virtud de lo previsto en el Real Decreto 463/2020, se deberá acreditar la reducción de su facturación del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento en, al menos, un 75*

*por ciento, en relación con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior”.*

Artículo 4. *“La reducción de actividad se acreditará inicialmente mediante la presentación de una declaración responsable en la que, en base a la información contable y de ingresos y gastos, se haga constar la reducción de la facturación mensual en, al menos, un 75 por ciento, en relación con la facturación media mensual del trimestre del año anterior. En todo caso, cuando el arrendador lo requiera, el arrendatario tendrá que mostrar sus libros contables al arrendador para acreditar la reducción de la actividad”.* Y *“La suspensión de actividad, se acreditará mediante certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado”.*

Principios de Derecho Europeo de los Contratos

Artículo 6:111. Cambio de circunstancias.

(1) *Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

(2) *Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:*

(a) *Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.*

(b) *En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.*

(c) *A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.*

(3) *Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:*

(a) *Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.*

(b) *O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.*

*En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.*

#### Doctrina:

La aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. La cláusula es una figura de creación jurisprudencial, que literalmente significa “mientras duren las cosas”, es una moderación del principio “*pacta sunt servanda*” que permite modificar el contenido del contrato cuando concurren determinadas circunstancias sobrevenidas, excepcionales e imprevistas para las partes en el momento de establecer las condiciones del contrato, y que implican una alteración substancial de la base del negocio sobre la que se formó la voluntad contractual.

El principio *pacta sunt servanda*. Este principio del derecho contractual manifiesta que las obligaciones que se celebren en un

contrato, tienen fuerza vinculante y deben cumplirse al tenor de los mismos.

### **C. Argumentos y contraargumentos**

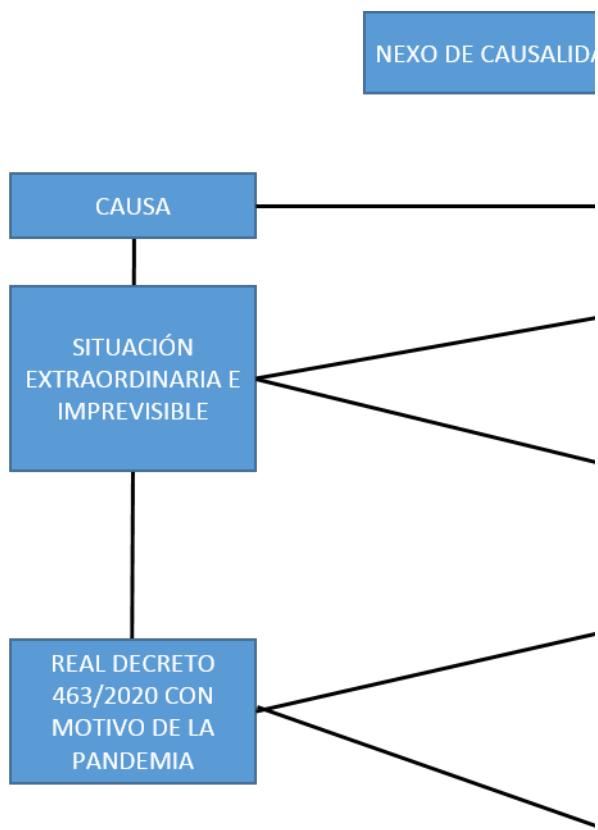
El demandado considera que, con independencia de que se den los presupuestos o no para aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, esta no se puede aplicar en este caso porque el legislador ya ha previsto las consecuencias concretas de un contrato de arrendamiento de industria con un gran tenedor que se ve afectado por la situación de pandemia en el Real Decreto Ley 15/2020. Sobre la existencia de incumplimiento por el arrendador respecto a la obligación de garantizar que el negocio sea útil.

Al efecto, el demandado señala que una figura de creación jurisprudencial funge únicamente para apoyar el ordenamiento jurídico, hace alusión a que el único sistema de normas que el Código Civil reconoce es la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Sin embargo, en el derecho español, la cláusula *rebus sic stantibus* no es solo una creación jurisprudencial, sino que es la

plasmación de un principio general del derecho en materia de obligaciones y contratos como se constata en el hecho de estar recogida la posibilidad de modificar el contrato ante un cambio sobrevenido e imprevisible de las circunstancias en el artículo 6.111 de los Principios Europeos de Derecho Contractual. Al respecto, el artículo 1.4 del Código Civil señala que los principios generales del derecho se aplicarán a falta de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del marco jurídico, por ello, como principio general de las obligaciones también es fuente del derecho.

Figura 1. Nexo de causalidad en el contrato de arrendamiento de industria hotelera



Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos de la versión pública de la sentencia 01/2021 del Juzgado de Primera Instancia con sede en Barcelona, España, de fecha 8 de enero de 2021.

**Finalidad del contrato:** El objeto se concibe de la siguiente forma, se trata de un arrendamiento de un inmueble para ser destinado a arrendamiento de tipo turístico y/o de temporada que inicia entre julio y diciembre de 2018 y marzo de 2019 para finalizar el 31 de marzo de 2020.

**Base del negocio:** La base es que el arrendador cobre la renta, en los importes indicados y que el arrendador obtenga un beneficio con dicho arrendamiento. En este caso, la sentencia da luz y deja en evidencia una diferenciación entre el beneficio percibido por ambas partes del contrato. Por un lado, el beneficio del establecimiento mercantil está sometido al dinamismo de las circunstancias del sector y a perdidas eventuales, en este caso se presenta déficit en su beneficio a causa de la situación extraordinaria e imprevisible como la pandemia. Sin embargo, el beneficio del arrendador (Don Maximino) cuando realiza el negocio siempre percibe la renta que ha pactado, la sentencia señala “estando solamente sometido a la incertidumbre de que el arrendatario no le pague la renta”.

**Factores que contribuyeron a la disminución de ingresos:** Con motivo del Real Decreto Ley 463/2020, dieron surgimiento a las siguientes causas de disminución de ingresos:

- La caída en picada del turismo
- Restricciones de movilidad
- Dificultad de desplazamiento

- Disminución del transporte aéreo comercial de personas
- Recomendaciones sanitarias de no viajar a Barcelona
- Exigibilidad de confinamiento y cuarentena
- Restricción de aforos en establecimientos comerciales
- Cierre de negocios o actividades ligadas al turismo

### **Perjuicio grave y excesivamente oneroso**

Tabla 2. Cuadro comparativo de ingresos y pérdidas

Análisis de ingresos y pérdidas			
2019 (Enero-Diciembre)		2020 (Enero-Septiembre)	
Beneficio neto	173.151,68 €	Pérdidas	212.784,71 €
		Previsión pérdidas Enero-Diciembre	273.369,01 €
Ingresos en el mes de septiembre			
Septiembre 2019		Septiembre 2020	
		618.210 €	174.634 €
Disminución de 443.576 €			

Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos de la versión pública de la sentencia 01/2021 del Juzgado de Primera Instancia con sede en Barcelona, España, de fecha 8 de enero de 2021.

Como se observa en la tabla, se reducen los beneficios que se pretendían obtener lo que implica que el contrato sea excesivamente oneroso tomando en consideración la tasa de esfuerzo, es decir, el índice porcentual en el gasto de alquiler y la facturación de los inmuebles o los ingresos que se destinaban a pagar los alquileres.

Tabla 3. Tasa de esfuerzo

Tasa de esfuerzo		
2019	2020	Observación
53%	197,04 %	Un aumento de 144.04 %
Previsión de la tasa de esfuerzo correspondiente al primer trimestre de 2021		
151.25 %		

Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos de la versión pública de la sentencia 01/2021 del Juzgado de Primera Instancia con sede en Barcelona, España, de fecha 8 de enero de 2021.

Mediante los datos presentados en las tablas de ingresos y pérdidas de los beneficios netos, y la tasa de esfuerzo, se puede

acreditar el grado de alteración de la base del negocio de industria hotelera como consecuencia de la situación extraordinaria e imprevisible que surgió con motivo de las medidas restrictivas impuestas por el Real Decreto 463/2020 derivado de la actual pandemia.

En este caso, la presencia y existencia del principio de buena fe y de equidad se justifica a partir de los intentos de negociación entre las partes comunicando la situación de desequilibrio para obtener una solución equitativa y posteriormente por el abono del 50% del alquiler que el establecimiento mercantil otorgaba al arrendador de manera mensual, por lo tanto, estas circunstancias propiciaron la viabilidad de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

#### **D. Comentario jurídico**

En el presente caso, el establecimiento comercial no quería eludir sus obligaciones, sin embargo, la pandemia del coronavirus provocó que el 14 de marzo se dictara el Real Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma y estableció el confinamiento domiciliario y la suspensión del ejercicio de la actividad de alquiler turístico.

Las partes al celebrar el contrato no podían prever la existencia de esta situación extraordinaria que impactó la economía mundial, situación extraordinaria e imprevisible que alteró la base del negocio produciendo la frustración de la finalidad del contrato o un perjuicio grave y excesivamente oneroso para cada una de las partes.

La previsión del establecimiento mercantil advirtió que hasta diciembre de 2020 perdería 165.933.32 euros, siendo los ingresos previstos inferiores al importe de la renta del contrato de arrendamiento. Por lo que se puso de evidencia la onerosidad sobrevenida.

En este caso, uno de los hechos para que pudiera ser aplicable la cláusula fue la negociación previa entre las partes ocurrida el 14 de mayo de 2020, es decir, cuando el establecimiento mercantil comunicó al arrendador la situación de desequilibrio para intentar una solución, la sentencia señala “*puesto que, si la buena fe es uno de los presupuestos de aplicación de esta cláusula, si no se actúa con buena fe, difícilmente se puede justificar su aplicación*”.

Entre las propuestas del establecimiento comercial, se observan otras características que permitieron la aplicación de la cláusula, pues se perseguía poner fin al contrato en caso que no se pudiera llegar a modificar las obligaciones en términos del actual contexto económico. Siendo propuestas equitativas.

La Sentencia de Primera Instancia del Juzgado de Barcelona determinó, que, para apelar la aplicación de la cláusula, además de tratarse de actos jurídicos a largo plazo, o de cumplimiento periódico, es necesaria la manifestación de los supuestos que permitan justificar la modificación del contenido de las obligaciones de un contrato comunitativo y de trato sucesivo: 1) Que se haya producido una alteración extraordinaria e imprevisible de los elementos tenidos en cuenta al firmar el contrato. 2) Que la alteración de la base del negocio produzca o bien a frustración de la propia finalidad del contrato o perjuicio grave y excesivamente oneroso a una de las partes. 3) Que las partes hayan intentado negociar la modificación del contrato y no se haya llegado a un acuerdo sobre la cuestión y, 4) Que la solución que se persiga sea poner fin al contrato o modificarlo, de manera que las pérdidas y ganancias que se deriven

del cambio se distribuya entre las partes de forma equitativa y justa.

## **CONCLUSIONES.**

La actual contingencia derivada de la emergencia nacional de salud pública ha obligado a la persona a apostar por un criterio jurídico y de acción basado en la resiliencia, es decir, debemos adaptar nuestras instituciones jurídicas para superar las circunstancias sospechosas e incipientes que presenta esta nueva normalidad.

Ante el interés de algunas entidades federativas para modernizar sus Códigos Civiles mediante la inclusión de la teoría de la imprevisión, en la mayoría de los casos se olvida hacer alusión a los requisitos fundamentales de procedencia, mismos que se nos permitió observar a partir del estudio de caso de la sentencia a efectos de invocar de manera correcta esta cláusula.

Es menester que todas las características se manifiesten de manera común y al mismo tiempo, la causa imprevisible que frustra la finalidad del contrato a la vez que genera un problema económico a los beneficios de ambas partes, por lo que, al no resultar viable

el fin económico, se insta hacer del conocimiento a la otra parte de la excesiva onerosidad que a partir del nuevo contexto de circunstancias le genera a la salud del establecimiento comercial, por lo tanto resulta necesario adecuar las obligaciones al nuevo escenario o rescindir la fuente de las obligaciones, todo ello en el marco de la buena fe y equidad entre las partes.

La propuesta consiste en no perder de vista que la actual pandemia ha venido a recordar que las relaciones contractuales son susceptibles de encontrarse inmersas en

cualquier momento en un área de incertidumbre en el futuro, situación que hace menester flexibilizar el principio *pacta sunt servanda*, a partir de la investigación básica y aplicada que permitan formular políticas públicas para generar nuevas prácticas en la creación y renegociación de contratos de manera que sea posible repensar las formas de garantizar la equivalencia de las contraprestaciones ante la alteración de circunstancias que afecten la finalidad económica de un contrato.

## LITERATURA CITADA

ARAIZA HERNÁNDEZ, Jaime, “Pandemia, controversias mercantiles y derechos fundamentales: teoría de la imprevisión”, *Derecho en acción*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Disponible en: <https://derechoenaccion.cide.edu/pandemia-controversias-mercantiles-y-derechos-fundamentales-teoria-de-la-imprevision/> Fecha de consulta: 06 de febrero de 2020.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Porrúa, 1989.

CÁRDENAS MIRANDA, Elba Leonor, “Efectos de la pandemia por el virus SARS-COV2 (COVID-19) en los contratos civiles de carácter sucesivo”, en Adame Goddard, Jorge, González Martín, Nuria y Velázquez Arroyo, Laura Mercedes, (Coords.) *Emergencia sanitaria por COVID-19*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020.

CHIRINO CASTILLO, Joel, “Teoría de la Imprevisión”, en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (Coords.) *Conmemoración de los 80 años de vigencia del Código Civil*, México, Facultad de Derecho de la UNAM – Colegio de Profesores de Derecho Civil, 2012.

DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *Los contratos civiles*, México, Porrúa, 2016.

Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, “Alteración de circunstancias e incumplimiento de obligaciones contractuales. Algunos conceptos clave”, en Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, et al., *Cuestiones jurídicas entorno a la cláusula rebus sic stantibus*, España, La ley, 2020.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2015.

MARTÍN, Adriana y AGUERA Sergio, “La cláusula *rebus sic stantibus* y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia”, *Aranzadi Insings*, núm. 1, 2014, pp. 1-9. Disponible en: <https://www.perezllorca.com/actualidad/articulo/la-clausula-rebus-sic-stantibus-y-otras-formulas-alternativas-utilizadas-en-la-jurisprudencia/> Fecha de consulta: 06 de febrero de 2021.

MÉJAN, Luis Manuel C., *Contratos civiles*, México, Oxford, 2015.

MOCHOLÍ, Ester, “Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19”, en Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, *et al.*, *Cuestiones jurídicas entorno a la cláusula rebus sic stantibus*, España, La ley, 2020.

MOLL DE ALBA, Chantal, “¿Es la cláusula *rebus sic stantibus* la solución a todos los problemas jurídicos del Covid-19?”, en Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, *et al.*, *Cuestiones jurídicas entorno a la cláusula rebus sic stantibus*, España, La ley, 2020.

PLATERO ALCÓN, Alejandro, “La COVID-19 como factor determinante en la resurrección de la cláusula *rebus sic stantibus*: análisis de su aplicabilidad en la situación actual”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 278-2, 2018, pp. 889-914.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 25<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2013.

SERRANO DE NICOLAS, Ángel, “Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19”, en Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, *et al.*, *Cuestiones jurídicas entorno a la cláusula rebus sic stantibus*, España, La ley, 2020.

SOLER SUÁSTEGUI, Rafael y RAMÍREZ ESCAMILLA, Javier, “El COVID-19 y la teoría de la imprevisión”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, núm. 2, 2020, pp. 233-243. Fecha de consulta: 06 de febrero de 2020. Disponible en: <https://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/1698>

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. ROSENVALD, Nelson y TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “La pandemia de la covid-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual”, *Acta bioethica*, núm. 1, vol. 26, mayo de 2020. Fecha de consulta: 12 de enero de 2021. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v26n1/1726-569X-abioeth-26-01-29.pdf>

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, *Hacia una investigación jurídica*, Porrúa, México, 2019

## Legislación nacional y jurisprudencia

Código Civil para el Estado de Tabasco. Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 09 de abril de 1997, última reforma el 13 de enero de 2019.

Código Civil para el Estado de Guanajuato, publicada en el Periódico Oficial el 14 de mayo de 1967, última reforma publicada el 24 de septiembre de 2018.

Código Civil Para el Estado de Jalisco, Publicada en el Periódico Oficial el 25 de febrero de 1995, última reforma publicada el 28 de diciembre de 2017.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 30 de noviembre de 2020.

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí. Publicado en el Periódico Oficial el 18 de abril de 1946, última reforma publicada el 07 de junio de 2018.

Código Civil para el Estado de Sinaloa, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 06 de febrero de 2013.

Código Civil para el Estado de Veracruz, publicado en el Periódico Oficial el 15 de diciembre de 1932, última reforma publicada el 7 de octubre de 2020.

Código Civil del Estado de México publicado en la Gaceta de Gobierno el 07 de junio de 2002, última reforma publicada en la Gaceta de Gobierno el 22 de junio de 2015.

Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, publicado en el Periódico Oficial el 2 de marzo de 1993, última reforma el 02 de marzo de 1998.

Código Civil del Distrito Federal (Ciudad de México), publicada en la Gaceta Oficial el 22 de enero de 2010.

### **Sentencias extranjeras**

Sentencia 1/2021 del Juzgado de Primera Instancia con sede en Barcelona, resolución de fecha 8 de enero de 2021.

### **Documentos y estudios consultados en internet**

Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-Cov2. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2020.

Acuerdo por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el SARS-Cov2. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de abril de 2020.

Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar

semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 2020.

Decreto por el que se establecen medidas y acciones extraordinarias de inmediata ejecución para atender la emergencia sanitaria generada por el Virus SARS-COV2 (COVID-19). Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 14 de diciembre de 2020.

INEGI. Estudio sobre la Demografía de los Negocios (EDN) 2020. Fecha de consulta 12 de enero de 2020. Disponible en:

<https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/edn/2020/doc/EDN2020Pres.pdf>

INEGI. Encuestas sobre el impacto económico generado por COVID-19 a las empresas en México. Fecha de consulta: 13 de enero de 2021. Disponible en:

[https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ecovidie/2020/doc/presentacion\\_ECOVIDIE.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ecovidie/2020/doc/presentacion_ECOVIDIE.pdf)

Informe en conferencia de prensa de Manuel Antonio Miranda Hernández, Presidente de la Cámara Nacional de Comercio local en Villahermosa. Diciembre de 2020.

Organización Mundial de la Salud, fecha de consulta: el 06 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es>

Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Disponible en:

<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

Fecha de consulta: 13 de enero de 2021.

## LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dr. Jesús Antonio Piña Gutiérrez

Artículo Recibido: 17 de Abril 2022. Aceptado: 03 de Agosto 2022.

ORCID: 0000-0002-4506-3115

**RESUMEN.** México vive procesos migratorios cada vez más complejos que requieren del actuar decidido y serio por parte de los poderes públicos. Para regular la situación de miles de migrantes que transitan por el territorio del país, es necesario que se diseñen e implementen políticas públicas integrales e incluyentes, para que toda persona migrante pueda gozar de una serie básica de derechos. En este punto, el corpus iuris internacional es una fuente valiosa de acciones, derechos, deberes y obligaciones que se deben de seguir y respetar a la hora de realizar toda acción enfocada en la protección de los derechos de este grupo de personas. Así, en este artículo se analiza y se detallan las implicaciones que tienen estas normas internacionales para garantizar que los procesos migratorios se regulen en aras de la vigencia de los derechos humanos.

**Palabras Clave:** derechos humanos; migrantes; derecho internacional de los derechos humanos.

### INTRODUCCIÓN.

La migración es un fenómeno volátil que incide en la forma en que deben actuar las autoridades para atender este fenómeno social. Primero, porque en torno a estos grupos gravitan intereses criminales que mueven los hilos de la migración. Segundo, porque representa uno de los mayores retos respecto a la eficacia y universalidad de los derechos humanos, ello es así, pues no todos los migrantes suelen gozar con un mínimo de derechos fundamentales que les permita tener una vida digna. Si nos centramos en este último

aspecto, en donde el flujo de información y datos suele ser más abundante, podemos ir bosquejando la magnitud real de esta situación.

Así, en México, de acuerdo con los datos presentados por la Unidad de Política Migratoria, durante enero de 2023 se registraron 36 mil 147 eventos de personas en situación irregular, 54.6% más que en el mismo periodo de 2022. De la totalidad de estas personas registradas, 66.2% eran hombre y 33.8% mujeres. Siendo Tabasco, Chiapas y Coahuila los principales estados en

donde se presenta el mayor número de detenciones (SEGOB, 2023). El incremento de estos flujos migratorios, no propios de México, no solo obliga a pensar en nuevos esquemas de respuestas por parte de todas las autoridades nacionales e internacionales, sino también a analizar las respuestas que hasta el momento se han dado respecto a esta situación. Esto es así ya que, por ejemplo, el acceso a los servicios de salud ha cambiado a partir de la pandemia de COVID-19, pues esta crisis sanitaria evidenció los problemas estructurales que viven muchos países (entre ellos México), razón por la cual hay que replantearse la forma en que se venía trabajando en este rubro.

Por otra parte, el marco de respuestas que debe ofrecer cada país igual evoluciona en razón de los nuevos estudios que se presentan y, particularmente en el caso de México, por las obligaciones y compromisos contraídos a nivel internacional, pues el marco jurídico de protección de las personas migrantes se nutre por todo el corpus iuris internacional, el cual se renueva ante cada sentencia u opinión consultiva que emiten los principales organismos pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos.

Así, en este trabajo se pretende hacer un análisis de las implicaciones que ha tenido el marco convencional de los derechos humanos en las acciones de los poderes públicos del Estado

mexicano a favor de los migrantes. El análisis que se haga de ello nos permitirá entender el estado actual en el que nos encontramos y señalar algunos retos que tiene México ante los derechos de las personas migrantes.

## **LAS IMPLICACIONES DEL SISTEMA AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS**

El avance en la protección y promoción de los derechos humanos en México no se entendería si no tomáramos en cuenta las aportaciones que se han dado desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ello va desde la asunción de compromisos al suscribir los diversos instrumentos internacionales que contemplan derechos civiles, políticos y sociales, hasta el acatamiento de las sentencias de los organismos internacionales ante las condenas que nuestro país ha recibido al determinarse la existencia de violaciones sistemáticas y graves a los derechos humanos.

En este sentido, el cambio más significativo en la protección de los derechos humanos vino con la reforma constitucional de 2011, que permitió crear un bloque común de derechos conformado por los que están reconocidos en la propia Constitución Federal, así como aquellos que se encuentran en los tratados internacionales que México ha suscrito. Es este marco común conformado por derechos, deberes y

obligaciones el que debe irradiar en todo el sistema jurídico mexicano, pues como bien lo ha mencionado César Astudillo, el bloque de constitucionalidad representa la obligación de todos los poderes públicos del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos existentes que impiden el adecuado disfrute de los derechos reconocidos en él. Por ello, a partir de desglosar cada una estas obligaciones podamos ir marcando las directrices que deben seguir todas las autoridades ya sea administrativa, legislativa o jurisdiccional en el ámbito de su competencia (Astudillo, 2014, p.157).

Así, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en

un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos. (Pleno de la SCJN)

En este punto cabe precisar que el Poder Judicial Federal ha determinado en sus criterios que las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no gozan de esta obligatoriedad que le dio la Suprema Corte a las sentencias emitidas por el tribunal interamericano. Sin embargo, el que no tengan efectos vinculantes en las decisiones de los jueces nacionales, no implica que estas opiniones no puedan servir para dotar de contenido interpretativo a las disposiciones de la Convención Americana y usarlos para reforzar los argumentos que vierten en sus sentencias. (8o.1 CS 10a.)

Por otra parte, es necesario puntualizar que las garantías de los derechos humanos no se agotan en el ámbito jurisdiccional, pues estas solo son una parte de ellas. Así, para dotar de vigencia a los derechos fundamentales, estos deben estar en toda política pública como garantía

institucional en manos de la administración pública. Esto es congruente con lo dispuesto por el párrafo tercero de la Constitución Federal, en el cual se señala que todas las autoridades en su ámbito de competencia tienen la obligación de proteger, garantizar, respetar y promover los derechos humanos. De esta forma, al construir políticas públicas desde un enfoque de derechos humanos el Estado mexicano estaría dando cumplimiento a sus obligaciones internacionales (Caballero y Vázquez, 2014, p.149).

En lo que sigue, desglosaremos estos puntos hasta ahora señalados para analizar las respuestas que el Estado mexicano ha dado en la protección de los derechos humanos de los grupos migrantes que ingresan y transitan por el país.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES A PARTIR DE LA INTEGRACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Las personas migrantes que transitan de forma irregular por el país han representado un grupo en especial situación de vulnerabilidad que debe estar en el centro de atención del Estado mexicano, en especial mujeres y niños que salen de sus países para buscar mejores condiciones de vida, trabajo y servicios sociales. Los problemas que presentan son variados y

complejos, pues no sólo derivan de actos emanadas de las autoridades sino también de grupos criminales

Para muestra de la compleja situación antes señalada, se destacan los siguientes datos presentados por Naciones Unidas. Así, según el Proyecto Migrantes Desaparecidos de la OIM, entre 2014 y 2021 más de 47 296 personas han muerto en viajes migratorios en todo el mundo. Por otra parte, se ha señalado que la pandemia de Covid-19 afectó significativamente el acceso al trabajo de estos colectivos, así como su seguridad personal, sus recursos financieros y su bienestar social y mental. En cuanto al acceso a la salud, muchas de estas personas no acudían a dichos servicios de salud durante la pandemia ya sea por falta de recursos económicos o bien por miedo a ser deportados (OMS, 2022, p.13).

Es ante este panorama social que se vuelve necesario trabajar de forma conjunta con diversos organismos internacionales y sociedades civiles para garantizar y dotar de protección los derechos de toda persona que se vea en la necesidad de salir de su país de origen por diversas circunstancias. Así, a partir de ello debemos entender que el cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales requieren, además de normas y políticas públicas orientadas a garantizar estos derechos, de cambios actitudinales y conductuales por parte de servidores públicos, pues estos tienen la

obligación no solo de conocer el marco internacional de los derechos humanos, sino también de aplicarlos siempre en aras del mayor beneficio de las personas (principio pro persona), de no seguir este parámetro conductual, el reconocimiento y acceso al goce de los derechos sería ilusorio para toda persona.

En este caso, esclarecedor lo que se ha sentado la primera Sala de la Suprema Corte al señalar que la garantía de un derecho implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para "remover" los obstáculos que puedan existir, para que los individuos disfruten y efectivamente ejerzan los derechos fundamentales reconocidos. En atención a la dimensión formal o instrumental del derecho a la personalidad jurídica y al principio de interdependencia de los derechos fundamentales, no es posible ser titular de derechos económicos, sociales y culturales si se carece de las condiciones propicias para adquirirlos, ejercerlos y exigirlos. En esta relación subyace el deber de los Estados de adoptar medidas generales de manera progresiva y medidas de carácter inmediato para asegurar la garantía de los derechos reconocidos. Por lo tanto, alcanzar la efectividad de los derechos no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, sino que los Estados deben realizar actividades concretas para que las personas bajo su

jurisdicción puedan disfrutar y ejercer sus derechos. (SCJN, 1a./J. 81/2022 (11a.))

Otro aspecto que vulnera la dignidad y derechos de las personas migrantes son las condiciones de hacinamiento en las que se encuentran alojadas en los recintos migratorios. Para superar esta situación, las autoridades migratorias al momento de establecer estaciones migratorias deben velar porque estas cuenten, además de espacios suficientes, con alimentos, dormitorios, baños, acceso a actividades recreativas e higiene óptimas para que las personas que extraordinariamente deban ser alojadas desarrollem su vida con respeto a su dignidad, en tanto se resuelve su situación migratoria. Sin estos elementos señalados para una estancia adecuada, sería tanto como permitir la violación a los derechos humanos establecidos tanto en el marco jurídico nacional como en el internacional, lo que es incompatible con el respeto a su libertad (IV.1o.A.21 A (11a.))

## CONCLUSIONES.

La totalidad de las disposiciones y criterios emanados del derecho internacional de los derechos humanos representan una fuente valiosa para entender la vigencia y respeto de los derechos de toda persona; sin embargo, la tarea del Estado mexicano para garantizar el goce pleno de los derechos humanos es aún grande, pues como señalamos líneas arriba, la dinámica

que presentan los procesos migratorios que se viven en la actualidad se vuelven cada día más complejos. Al ser un grupo en especial situación de vulnerabilidad, se requiere de políticas públicas integrales e incluyentes, coordinadas en su elaboración y ejecución por autoridades municipales, locales y federales, así como por

organismos e instituciones internacionales. A partir de esta institucionalidad, los trabajos entre organismos nacionales e internacionales tendrán un mayor entendimiento y efectividad a la hora de crear mecanismos que garanticen los derechos fundamentales básicos.

## LITERATURA CITADA

Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de control de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo blanch, 2014.

Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional en materias de derechos humanos. Una guía conceptual*, México, IIJ-UNAM, 2014.

Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la salud de los refugiados y los migrantes: resumen*, 2022.

Unidad de Política Migratoria, Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2023, disponible en [http://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines\\_Estadisticos/2023/Boletin\\_2023.pdf](http://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2023/Boletin_2023.pdf)

P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial y su Gaceta*, Décima Época, Pleno de la SCJN, Jurisprudencia.

(I Región)80.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época

Tesis de jurisprudencia, Primera Sala de la Suprema Corte, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, Registro digital: 2024786, Tesis: 1a./J. 81/2022 (11a.).

Tesis aislada, Tribunales Colegidos de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis: IV.1o.A.21 A (11a.).

## **MALTRATO INFANTIL: EL AVANCE LEGISLATIVO ACTUAL**

\* Leonardo Daniel Vázquez Hernández

\*\* Yeny Jiménez Izquierdo

\* Estudiante de la licenciatura en derecho, de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México.

\*\* Doctora en Administración Educativa. Profesora Investigadora de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Artículo Recibido: 05 de enero 2023. Aceptado: 16 de febrero 2023.

**RESUMEN.** El maltrato infantil existe en el entorno de la familia como una causa de disciplina, por una situación de violencia desmedida u otros factores que son determinantes para que surja. Se realizó una revisión de la literatura, leyes y códigos con el objetivo de identificar la legislación que regula el maltrato infantil en México. Se encontró que pocos estados tienen normalizado el maltrato infantil en sus códigos penales, por lo que abordan concretamente a toda la familia y no hay distinción entre los distintos sujetos que la conforman, especialmente con los menores de edad. En conclusión, es necesario clasificar y diferenciar los sujetos que pueden ser agresores de los menores, concienciar sobre el maltrato infantil y actualizar las bases de datos y estadísticas en relación con este tema.

**Palabras Clave:** abuso infantil; legislación; maltrato infantil.

### **INTRODUCCIÓN.**

El maltrato infantil está profundamente arraigado en diversas áreas, como, por ejemplo, Pérez-Contreras (2013) menciona que existe maltrato infantil cuando un menor de 18 años es violentado en su salud física, psicológica, sexual o su seguridad por parte de parientes u otras personas responsables de su cuidado, generándose por acción y negligencia. Además, la Organización Mundial de la Salud (2022) contempla el

maltrato infantil como un factor que causa daños a la salud, el desarrollo o la dignidad del niño en el contexto familiar, o en una relación de confianza o poder. Por otra parte, la Organización Panamericana de la Salud (2020) considera que puede llegar a ser un tipo de violencia que acabe en muerte u homicidio.

En la actualidad se distinguen cuatro tipos de maltrato infantil: a) maltrato físico; b) maltrato psicológico o emocional; c) abuso sexual, y d) negligencia. Aun conociendo los distintos tipos de maltrato infantil, es importante identificar los diferentes factores que se asocian al maltrato infantil, hasta convertirlo en un problema, no solo para la sociedad, también para el ámbito jurídico, que debe regular estas conductas y velar por el interés superior del niño, el desarrollo de la familia y la integridad de los menores que conforman esta (Álvarez de Lara, 2013).

La literatura científica demuestra que existen factores que afectan el desarrollo del menor en una familia, como el género, ya que se relaciona con el abuso sexual, las niñas son más propensas a este tipo de abuso (Martínez, 2016), las características socio demográficas de la madre (nivel económico, nivel escolar y la edad) que permiten conocer y entender el desequilibrio que se vive en las familias (Meza-Cueto, & Navarro-Villamizar 2022).

La disciplina es importante en la educación de un menor, pero cuando se usa para causar daños físicos o psicológicos, esta puede afectar el estado de vida en su

infancia. Los resultados de un estudio sugieren que las correcciones disciplinarias parecen una cuestión de costumbre o una práctica que usan los padres de forma correctiva para desarrollar disciplina en los menores, un factor que puede asociarse al maltrato infantil dentro del hogar de manera indirecta (Salvador, 2022). Según algunos estudios, los padres no son conscientes de que la disciplina que ejercen puede ser determinante para el maltrato infantil (Padilla, & Rojas, 2022; Salvador, 2022).

El hecho de que el castigo corporal sea considerado como algo normal en la sociedad, no significa necesariamente que las personas adultas tengan la intención de causar daño. Las percepciones sociales indican que se usa porque se cree necesario para un fin legítimo, incluso como deber jurídico vinculado con la patria potestad, tutela, custodia o labores de cuidado. De este modo resulta complejo su erradicación, pero también su ruta para la transformación social. (González, 2022).

Un estudio demuestra que el maltrato infantil es un factor para el surgimiento de trastornos mentales en los menores de edad, la situación en torno a los menores de edad que

están sujetos al maltrato en su familia está arraigado a una cuestión de costumbres, calidad de vida y un deterioro psicológico y emocional que puede acarrear problemas en su edad adulta, por lo tanto, afecta el principio del interés superior del niño (Riquelme, Bustos, & Parada, 2020).

Fry et al (2021) destacan con apoyo de Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia o más conocido como Unicef que, en Colombia, El Salvador, Haití, y Honduras, el tipo de violencia que más presencia tiene en los menores es la violencia física (31%), mientras que, la violencia sexual (14%) tanto para niñas como niños. Se ha señalado que muchos países no cuentan con datos actualizados sobre el abuso sexual, lo que refuerza en ser la menos medida en las encuestas, seguida por la emocional (13%) en niños y niñas. Sin embargo, si se relaciona el maltrato psicológico junto al castigo físico, hay una prevalencia (54%) en niñas y niños respecto a todos los países de los que se recogieron los datos.

En la investigación realizada por Fry et al (2021) en distintos países y años se encontró que el castigo físico tuvo una escala alta en los últimos años en determinados países,

como Surinam en 2018, en el caso de los niños (65.3%) y niñas (59.8%). Por el contrario, en 2019, Cuba, el maltrato en niños (34.1%) y niñas (32.1%) fue menor. De acuerdo a México, los datos recopilados referentes al año 2015, el castigo físico es mayor en niños (45.3%) así como también en niñas (42.2%).

Unicef (2019) informa que un porcentaje de niñas y niños de 1 a 14 años de edad experimentaron algunos métodos de disciplina infantil de los cuales se tiene conocimiento la agresión psicológica, el castigo físico cualquiera y el castigo físico severo, separados por sexo y edad; por el sexo se encuentra que la agresión psicológica está más presente en las niñas que en los niños por un pequeño margen. El estudio indica que de 3 a 9 años serán los más afectados en agresiones psicológicas con (60%), en cualquier tipo de violencia física las principales edades son de 3 a 4 años de edad con un (63%), mientras que las edades de 10 a 14 años son de (33%), de un (20% a 33%) recibieron medidas disciplinarias no violentas, la más baja fue el castigo físico.

La Secretaría de Gobernación (2021) ha estimado que la pandemia y el confinamiento por COVID-19 aumentó el maltrato infantil en la vivienda (77.58%) en los meses de enero a julio del 2021, las cifras más altas para las niñas y adolescentes. El tipo de violencia más frecuente fue la violencia sexual contra las niñas y adolescentes (92,81%), seguido de la violencia psicológica (92,33%), la violencia económica (89,73%), el abandono o la negligencia (72,69%) y la violencia física (54,44%). Los niños y adolescentes sufren violencia física en un 45,56% de los casos, y en un 73,29% de los casos, el principal responsable de estos actos de violencia es alguien con parentesco a la víctima.

En este contexto, se plantea la siguiente pregunta ¿Qué leyes regulan el maltrato infantil en México?, y ¿Cómo protegen estas leyes los derechos del menor en relación con el maltrato? Para responder a las preguntas, el objetivo principal es identificar la legislación mexicana en relación con el maltrato infantil, así como la protección jurídica de los derechos del menor ante la problemática. Se analizaron leyes, códigos y textos jurídicos para comprender desde el enfoque legislativo la problemática.

## EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA SOBRE MALTRATO INFANTIL.

Uno de los instrumentos jurídicos internacionales es la Convención sobre los Derechos del Niño (Unicef, 2006), en el artículo 19 se establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. México modificó su sistema jurídico para recoger los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y revisar sus propios ordenamientos para ofrecer sistemas más amplios y efectivos de protección de los menores, atendiendo siempre al principio general de dar prioridad, en todos los casos, al interés y beneficio del menor. Se reformó el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2004, p. 5) “los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.”

En 2000 se publicó la Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LDNNA), que, aunque tuvo un efecto positivo en algunos casos de violencia familiar, no fue suficiente para cambiar la legislación familiar y, en concreto, la referente al maltrato infantil (González 2022).

Las ideas que prevalecían en México sobre los niños eran que no tenían ningún tipo de derecho, razón por la cual, con las reformas constitucionales del 2011, con la que se incorporan los derechos humanos, se enfatizó la participación activa y moderada del niño en las actuaciones y diligencias que le atañen, debiendo el juzgador darle valor prevalente a lo expuesto por la niña o niño (Venegas, 2020).

En ese sentido, se añadieron y modificaron diferentes párrafos del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2022) y el sexto párrafo pasó a ser el noveno párrafo quedando de la siguiente manera:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena

sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez (p. 10).

La reforma constitucional del artículo 73, provocó la aprobación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niñas y Adolescentes (LGDNNA, 2022), la creación del Sistema Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA) y de la Procuraduría de Protección federal, así como la aprobación de leyes estatales, sistemas y Procuradurías Estatales y Municipales (González, 2022).

### **LEGISLACIÓN ACTUAL SOBRE MALTRATO INFANTIL.**

El Artículo 46 de la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (2022) establece que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que se resguarde su integridad personal, a fin de lograr las mejores condiciones de

bienestar y el libre desarrollo de su personalidad. En su artículo 47 se menciona que las autoridades federales, de las entidades federativas y municipales, están obligadas a tomar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos en que niños, niñas y adolescentes sufran afectaciones “por descuido, negligencia, abandono o abuso físico, psicológico o sexual” (p. 26).

Las leyes de derechos de los niños, niñas y adolescentes de las entidades federativas contemplan la misma clasificación de los tipos de maltrato. Sin embargo, la Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de Nuevo León (2022) en su artículo 150 hace una distinción más específica sobre los tipos de maltrato, contemplando entre ellos el abandono y el trato negligente, el abuso sexual, la explotación, el maltrato físico y el maltrato psicológico o emocional.

De las 32 entidades federativas, sólo 6 tienen tipificado el maltrato infantil o maltrato contra personas menores de edad: Sonora, Jalisco, Veracruz, Chihuahua, Tlaxcala y Colima. Los 26 casos restantes están penados por la violencia familiar o violencia intrafamiliar. El

Código Penal de Sonora (2022) en el artículo 234 D establece los tipos de maltrato físico y psicológico, en cambio los códigos de Jalisco, Veracruz y Colima prevén maltrato físico y psicológico. El Código Penal de Tlaxcala (2022) especifica las omisiones o conductas de agresión física, psicológica, económica, patrimonial o sexual, mientras que el Código Penal de Chihuahua (2022) en el artículo 184 Ter incluye acto abusivo de poder u omisión intencional que agrede física, psicológica, emocional o sexual.

Las entidades federativas como Tlaxcala, Ciudad de México, Jalisco, Durango, Campeche, Oaxaca y Chihuahua, afirman en sus respectivos códigos penales que las correcciones disciplinarias no son formas de justificación de maltrato, por poner un ejemplo, el Código Penal del Estado de Campeche (2022) indica en su artículo 224, párrafo cuarto “la educación o formación del menor de edad o incapaz no será, en ningún caso, considerada justificante de maltrato” (p. 58).

El Código Penal para el Estado de Aguascalientes (2022) considera como delito el abuso sexual o el atentado al pudor (art. 115) y todos los Códigos Penales de las

entidades federativas tienen un apartado expreso sobre el abuso sexual a menores de edad o que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho, como lo estipula el Código Penal Federal (2021), en su artículo 261:

A quien cometa el delito de abuso sexual en una persona menor de quince años de edad o en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, aun con su consentimiento, o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo en sí o en otra persona, se le impondrá una pena de seis a trece años de prisión y hasta quinientos días multa (p. 99).

El tema de la violencia infantil se encuentra en la agenda de la LXIV Legislatura. No obstante, hay pocas propuestas de reforma constitucional para garantizar el derecho a una vida libre de violencia (Gómez, 2020).

## **CONCLUSIÓN.**

De conformidad con el objetivo, se identificó la legislación mexicana en cuanto al maltrato infantil, así como la protección jurídica de los derechos del menor. El Estado fomenta la

creación de leyes y reformas que permitan la protección de los menores de edad, pero la legislación vigente está más centrada en la protección de la familia y no en los sujetos que la conforman, como es el caso de los menores de edad, siendo pocas las Entidades Federativas que prevén.

La literatura demuestra que las correcciones disciplinarias y el uso de la violencia como un método correctivo y educativo para los menores pueden concluir en maltrato infantil, pero los padres no tienen soporte a esta situación, lo que genera una cadena de violencia de padres a hijos, por lo que la concientización puede ser el camino por el cual optar para la erradicación del maltrato infantil.

De los datos obtenidos de otras investigaciones se puede deducir que la estadística sobre el maltrato infantil es poco analizada y obtenida en los países de Latinoamérica, siendo los datos desactualizados, por consiguiente, es difícil dar una estimación concreta sobre la situación de la problemática y más en concreto, en México, con una brecha de aproximadamente 6 años sobre la estadística sobre el maltrato infantil.

Se revisó el código penal federal, la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, junto a las referentes de cada entidad federativa. En vista de las similitudes que se encontraban en las distintas legislaciones se tomaron a modo de ejemplo determinados códigos penales y leyes DNNA para la representación de la problemática planteada, de igual modo se agregó un anexo referente a las entidades federativas que contempla.

Es necesario identificar y clasificar los agresores de los distintos sujetos que conforman la familia, en especial, los referentes a menores de edad; concientizar los derechos de los menores en la ciudadanía, puede dar hincapié a un cambio respectivo al maltrato infantil, sobre todo si se aborda como una problemática que genera una cadena de violencia entre padres a hijos y los problemas que esta puede ocasionar; actualizar las bases para que esto suceda.

## LITERATURA CITADA

Álvarez de Lara, R., M. (2013). *Marco teórico conceptual: violencia contra niños, niñas y adolescentes*. En M. C. Macías, M. M. Pérez, N. González & S. Rodríguez (Eds.), *Marco teórico conceptual: violencia contra niños, niñas y adolescentes*, (pp. 17-20), Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12478>

Código Penal para el Estado de Aguascalientes. (2022). Artículo 115. <https://eservicios2.aguascalientes.gob.mx/NormatecaAdministrador/archivos/EDO-4-11.pdf>

Código Penal del Estado de Campeche. (2022). Artículo 224, párrafo cuarto. <https://legislacion.congresocam.gob.mx/index.php/leyes-focalizadas/anticorrupcion/6-codigo-penal-del-estado-de-campeche>

Código Penal para el Estado de Chihuahua. (2022). Artículo 184.Ter <http://www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/codigos/archivosCodigos/64.pdf>

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (2022). Artículo 358 Bis. <https://congresodetlaxcala.gob.mx/legislacion/>

Código Penal del Estado de Sonora. (2022), artículo 234 D. <http://www.congresoson.gob.mx/Transparencia/Leyes#>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2004). Artículo 4, párrafo sexto. <https://www.sspc.chiapas.gob.mx/documentos/constitucion-mexico.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2022). Artículo 4, párrafo noveno.  
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Código Penal Federal. (2021). Artículo 261.  
[https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Codigo\\_Penal\\_Federal.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf)

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2006). Convención Sobre los Derechos del Niño.  
<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2019). Panorama estadístico de la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México.  
<https://www.unicef.org/mexico/media/1731/file/UNICEF%20PanoramaEstadistico.pdf>

Fry, D., Padilla, K., Germanio, A., Lu, M., Srividya, I., & Vindrola, S. (2021). Violencia contra niños, niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe 2015-2021: una revisión sistemática – Resumen ejecutivo, UNICEF, 5-24. <https://www.unicef.org/lac/media/29031/file/Violencia-contra-ninos-ninas-y-adolescentes-en-America-Latina-y-el-Caribe-2015-2021.pdf>

Gómez, C. (2020). Cuadro analítico de propuestas Legislativas, Instituto Belisario Domínguez Senado de la República, 40, 1-12.  
[http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4819/CA\\_40.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4819/CA_40.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

González, M. (2022). Curso de derecho y familia. En Treviño S., C. & Ibarra, A., M. (Eds.). violencia hacia niños, niñas y adolescentes en contextos familiares. s Tirant Lo Blanch.  
<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-10/Curso%20de%20derechoyfamilia.pdf>

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2022). Artículo 46 y 47.  
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf>

Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de Nuevo León (2022). Artículo 150.  
[https://www.hcndl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/leyes/leyes/ley\\_de\\_los\\_derechos\\_de\\_ninas\\_ninos\\_y\\_adolescentes\\_para\\_el\\_estado\\_de\\_nuevo\\_leon/](https://www.hcndl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/leyes/ley_de_los_derechos_de_ninas_ninos_y_adolescentes_para_el_estado_de_nuevo_leon/)

Martínez, Y., (2016). Maltrato infantil. ¿Un problema de género?, Revista Cubana de Medicina General Integral, 32(1), 28-35. <http://www.revmgi.sld.cu/index.php/mgi/article/view/147/47>

Meza-Cueto, L., & Navarro-Villamizar, D., (2022). Maltrato infantil según las características sociodemográficas de las madres en Sucre, Colombia. *Ipsa Scientia, Revista Científica Multidisciplinaria*, 7(2), 24-35 <https://doi.org/10.25214/27114406.1410>.

Padilla, S. A., & Rojas, A. L. (2022). *La orientación familiar para el tratamiento al maltrato infantil en niños de educación inicial*. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 5(2), 126-133. <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/508>

Pérez-Contreras, M., M. (2013). *Marco teórico conceptual: violencia contra niños, niñas y adolescentes*. En M. C. Macías, M. M. Pérez, N. González &, S. Rodríguez (Eds.), *Marco teórico conceptual: violencia contra niños, niñas y adolescentes*, (pp. 1-17), Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12478>

Salvador, S. (2022). *La crianza permisiva como factor de riesgo para el maltrato infantil disciplinario*, *Revistas Unison*, 3(449), 2-27. <https://doi.org/10.36793/psicumex.v12i1.449>

Secretaría de Gobernación. (2021). *Impacto de la pandemia en niñas y niños*. [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/661827/Segob\\_Impacto\\_pandemia\\_en\\_nin\\_as\\_y\\_nin\\_os\\_13\\_ago21.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/661827/Segob_Impacto_pandemia_en_nin_as_y_nin_os_13_ago21.pdf)

Organización Mundial de la Salud. (2022, 19 de septiembre). *Maltrato Infantil*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>

Organización Panamericana de la Salud. (2020). *Violencia contra las niñas y los niños*. <https://www.paho.org/es/temas/violencia-contra-ninas-ninos>

Riquelme, N., Bustos, C. & Vicente, B. (2020). *Impacto del maltrato infantil en la prevalencia de trastornos mentales en niños y adolescentes chilenos*. *Ciencia y Enfermería*, 26(19), 1-11. <https://doi.org/10.29393/CE26-12IMNC30012>

Venegas, J. (2020). *Nuevo régimen legal sobre derechos de las niñas y niños. ¿Se alcanza la protección de ellos con su aplicación? Un enfoque analítico*, *Derecho Global. Estudios sobre derecho y Justicia*, 6(16), 107.129. <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v6i16.287>

Anexos

Tabla 1. Códigos penales que regulan el maltrato infantil en México

Estado	En que consiste
Sonora	<p>Previsto en el capítulo 6 en delitos en contra de la familia como maltrato infantil.</p> <p>Tipificado en el artículo 234-D</p> <p>Art 234-E pena de 1 a 12 años y 1000 a 3000 unidades de medida y actualización.</p> <p>Se duplicará la pena cuando el imputado haya obtenido los beneficios de los acuerdos reparatorios y los haya incumplido</p> <p>234-F se incrementa una tercera parte la pena cuando el sujeto pasivo sea menor de 12 años, el sujeto pasivo tenga una discapacidad, el sujeto activo utilice contra el menor algún objeto o instrumento y sea cometido por una persona que labore en una institución asistencial publica o privada y tenga la guarda, cuidado o custodia temporal.</p>
Jalisco	<p>Previsto en el artículo 142-N</p> <p>Pena de 5 meses a 5 años de prisión</p> <p>No se considera maltrato infantil el derecho de corrección que prevé el código civil de jalisco en su art 580 fracción 4</p>
Veracruz	Previsto en el Artículo 249 Bis se le impondrán de tres a siete años de prisión y multa de hasta 500 días
Chihuahua	<p>184 ter comete el delito de maltrato infantil cualquier persona indistinta al agente de la violencia familiar... que ejerza algún acto abusivo de poder u omisión intencional que agrede física, psicológica, emocional o sexual a una persona menor de dieciocho años que este sujeta a custodia, vigilancia, educación, enseñanza o cuidado.</p> <p>Pena de prisión de uno a cuatro años y de cien a trescientos días de multa y se persigue de oficio</p>
Tlaxcala	<p>Maltrato contra personas menores de edad</p> <p>Art 358 Bis A quien por cualquier medio o forma lleve a cabo omisiones o conductas de agresión física, psicológica, económica, patrimonial o sexual, en contra de una persona menor de edad que esté sujeta a su patria potestad, custodia, tutela, curatela, vigilancia, educación, enseñanza o cuidado, se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión y multa de ochenta y seis a trescientos treinta y ocho días de salario.</p> <p>La educación o formación de la persona menor de edad no será en ningún caso justificación como forma de maltrato.</p> <p>Art 358 ter Se incrementará en una tercera parte la pena correspondiente a este delito, cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>I. El sujeto pasivo tenga una discapacidad, y</li> <li>II. El sujeto activo utilice contra el menor de edad algún arma, instrumento u objeto punzocortante.</li> </ul>
Colima	Art 179 bis A cualquier persona que prive de sus derechos y su bienestar a una persona menor de 18 años o le inflija deterioro a su integridad física o psicológica, se le impondrá de tres años a seis años de prisión y multa por el importe equivalente de doscientas a trescientas unidades de medida y actualización.

## MATRIMONIO IGUALITARIO: ALCANCES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS CÓDIGOS CIVILES

\* Sarahy Aguilar de la Cruz

\*\* Yeny Jiménez Izquierdo

\* Estudiante de la licenciatura en derecho, de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México.

\*\* Doctora en Administración Educativa. Profesora Investigadora de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Artículo Recibido: 06 de enero 2023. Aceptado: 16 de febrero 2023.

**RESUMEN.** En este artículo se analiza la Ley de Seguridad Social y los Códigos Civiles de las entidades federativas mexicanas en torno a los derechos de las parejas del mismo sexo. Se llevó a cabo una revisión de literatura internacional, nacional y el análisis del marco jurídico mexicano, llegó al análisis e identificación de las violaciones que sufren los derechos de estos miembros de la sociedad. Los resultados demostraron la necesidad que tienen los legisladores mexicanos no solo en la legalización del matrimonio igualitario, sino también, en la protección de los derechos que se adquieren con el contrato matrimonial. En conclusión, los legisladores mexicanos tienen la obligación de estudiar detenidamente cada ley del Estado mexicano para identificar sus deficiencias y proponer las modificaciones necesarias para integrar la protección de las minorías.

**Palabras Clave:** matrimonio igualitario; legislación; discriminación.

### INTRODUCCIÓN.

La evolución de las sociedades ha propiciado la integración de todos los miembros de la sociedad. Este proceso se reflejó no solo en la concepción del matrimonio, sino también en las modificaciones realizadas a las legislaciones para la protección de los derechos humanos de las minorías discriminadas. Se definía el matrimonio como un acto exclusivo de las parejas

hombre y mujer, unidos por medio de la ley o ritos espirituales, con la finalidad de que los dos integrantes de la pareja dieran su consentimiento para su validación, siempre y cuando se tratara de personas de diferente sexo (Callahan, 1970; Real Academia Española, 2022; Ugarte, 1989).

En la actualidad, además de existir una definición general del matrimonio, donde se integran las parejas del mismo sexo, se tiene una conceptualización personal de estos matrimonios. Los matrimonios, son actos reconocidos legales y sociales en los que dos personas adultas pueden unirse sin distinción de orientación sexual o identidad de género (Araya & González 2019; López, 2018; Quiroga, 2013).

Aunque existen leyes que amparan los derechos de las personas pertenecientes a la comunidad de Lesbianas, gay, bisexuales, transexuales, intersexuales, queer, entre otros, (en adelante LGBTIQ+) se vulnera el artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1981), en los que se enmarca el artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1981), que:

Reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecida en esta Convención (p.9).

El Principio 24 de Yogyakarta (2006) menciona 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 (p.29).

## **REVISIÓN DE LA LITERATURA A NIVEL INTERNACIONAL.**

Se encontró que la investigación documental y el método jurídico cualitativo se empleaban con frecuencia para el estudio del matrimonio igualitario. De la misma manera, una aproximación a las leyes tanto internas de los países estudiados como de las leyes internacionales. Como resultado de la revisión, se ha detectado un vacío en la Constitución Política del Ecuador:

En la Carta Fundamental de 1967 amparada por el Código Sustantivo Civil “el matrimonio se establece en el libre consentimiento de los

contrayentes y en la igualdad especial de los cónyuges”; lo que relativamente ya en ese entonces se pudo haber interpretado como una definición un poco más amplia en la cual se podía incluir el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero, es lógico entender que en la indicada realidad histórica, no existía ni la demanda social de inconstitucionalidad de norma, ni el análisis de derechos que sobre el tema se tiene en la actualidad (Nevárez & Bósquez, 2020, p.649).

El estudio de Jacóme y Guerra (2022) presenta una propuesta que consta de una serie de fases que contribuyen a la reforma constitucional y de las normas anexas que permitan establecer de forma definitiva el matrimonio igualitario en Ecuador. Por esa razón, es preciso realizar acciones colectivas que permitan visibilizar mediáticamente a las minorías sexuales, con ello incluir la demanda de reforma en la agenda legislativa de la Asamblea Nacional. La modificación de la Constitución hace que todas las leyes en orden jerárquico tomen como referencia en caso de contradicción, lo que garantizará que el derecho al matrimonio no sea vulnerado en ninguna instancia legal.

La Corte Constitucional, en Ecuador, es el máximo órgano de interpretación de la Constitución y debe cumplir sus funciones sin ignorar ninguna de ellas e inmiscuirse en otras obligaciones que no le competen. Su papel se centra en controlar el respeto a la Norma Suprema, el matrimonio igualitario es cuestionable y en efecto su negación vulnera derechos humanos (Durango, 2020; Santamaría, Espinosa & Llerena, 2022).

Algunos estudios en países como Estados Unidos de América, reportan resultados que indican la relación que hay entre el amplio sentimiento de seguridad entre las parejas y la legalización del matrimonio igualitario. Kennedy y Dallab (2020), afirman que:

El matrimonio parece ser beneficioso para el bienestar individual y relacional de las personas con relaciones homosexuales. El matrimonio aumenta la seguridad al ofrecer protección legal y económica. El matrimonio honra y refuerza el compromiso y el vínculo de los miembros con su cónyuge. El matrimonio también aumentó su sentido de legitimidad y relevancia

dentro de la sociedad en general (p. 87).

La investigación de Kennedy y Dallab (2020) muestra cómo los habitantes de las regiones con desigualdad legal y social no estaban protegidos. Los participantes del estudio indicaron que se sentían inseguros en sus relaciones debido a que no se encuentran amparados por las leyes vigentes en el lugar en el que viven.

En 2017, la lucha persistía en el país canadiense, los sujetos de un estudio perciben que, pese a la aceptación de sus derechos de manera individual, existía una afectación social, indicando que:

El matrimonio, en su expresión pública, desplazó el espacio de contestación a la esfera pública y cambió la dinámica de un ciudadano privado que reclama derechos individuales a la de un ciudadano colectivo que reclama los derechos públicos de la ciudadanía social. Este nuevo reconocimiento del estatus contribuyó a dar a los participantes el valor y la capacidad de actuar, de verse a sí mismos como actores de un

movimiento social. La naturaleza colectiva del diálogo público facilitó una sensación de derecho que, para algunos, no existía anteriormente. Como reflexionó Joan, 'creo que, más bien a nivel psicosocial, me siento más atrevida' (Onishenko, 2016, p.88).

## REVISIÓN DE LA LITERATURA A NIVEL NACIONAL.

En el marco jurídico mexicano, se encontró jurisprudencia que permite identificar la validez y aceptación sobre la legalización del matrimonio igualitario. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reconoce la lucha de los derechos por un matrimonio igualitario y su posterior legalización.

Salinas (2017) asegura que a partir de las resoluciones de la SCJN descritas y con base en los principios de igualdad establecidos constitucionalmente, en 2012 dio inicio una estrategia de tipo judicial con la intención de forzar a los gobiernos locales a reconocer la figura. Esta estrategia, promovida por una asociación denominada 'México Igualitario', consistió en promover el

matrimonio igualitario vía amparo, alegando, el derecho reconocido en las tesis jurisprudenciales de la SCJN respecto a la Ciudad de México. De esta manera, en cada caso y con base en lo establecido por la Corte, los jueces y magistrados resolvieron favorablemente cada amparo (p.99).

La aceptación del matrimonio igualitario es una realidad que orienta a la sociedad hacia el respeto de la diversidad y los principios de la democracia. Caballero (2014) sostiene que:

Parafraseando la campaña de apoyo al matrimonio igualitario en Argentina, deben ser 'los mismos derechos con el mismo nombre'. Pero, creo que vamos por el camino correcto en un sentido de progresividad de estas figuras; porque el contenido constitucional/convencional del modelo de familia diversa que debe ser tutelado por la ley mediante garantías institucionales incluyentes, es ya muy claro (p.18).

El presente ensayo tiene como objetivo analizar la protección legal de las parejas del mismo sexo en el marco normativo

mexicano. El análisis de la información permitirá identificar la violación de los derechos de las personas del mismo sexo en materia de las leyes de Seguridad Social y los Códigos Civiles de las entidades federativas mexicanas.

### **MARCO JURÍDICO MEXICANO.**

El papel relevante que tuvo la SCJN en el año 2015, fue impulsar el reconocimiento del matrimonio igualitario, mediante la jurisprudencia 43/2015, estableciendo que toda ley estatal que impidiera el matrimonio entre personas del mismo sexo se consideran inconstitucionales, al asegurar que la finalidad del matrimonio se reduce a la procreación, discriminan a las personas por su orientación sexual (Salinas, 2017).

Al respecto, la SCJN emitió diversas jurisprudencias sobre la aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo, entre ellas destacan (a) matrimonio, la ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquel es la procreación o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional; (b) matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón constitucional para no reconocer el

matrimonio entre personas del mismo sexo; (c) matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que impiden a las parejas homosexuales contraer matrimonio, provocan una doble discriminación, al privar a las parejas homosexuales de los beneficios materiales y expresivos que se otorgan mediante dicha institución.

De acuerdo con las resoluciones mencionadas, cada entidad federativa del Estado mexicano fue requerida a validar los matrimonios entre parejas del mismo sexo, incluso si las leyes internas no contenían la adecuada regulación para la unión de estos miembros de la sociedad. Como resultado, el 26 de octubre del 2022, México se convirtió en uno de los países que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La protección a las garantías individuales de la comunidad LGBTTTIQ+, las instituciones reafirman el apoyo que obligatoriamente deben proporcionar a estos miembros de la sociedad, cuestiones como la afiliación al seguro social o recibir la herencia que dejan los cónyuges fallecidos, deberán ser otorgados a las parejas del mismo sexo por el hecho mismo de contraer nupcias, permitiéndoles adecuarse a los derechos y

obligaciones señalados para las parejas heterosexuales (Tecotl, 2017).

### **ANÁLISIS CRÍTICO A LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL Y CÓDIGOS CIVILES.**

La discriminación arbitraria del matrimonio entre personas del mismo sexo es un problema que enfrenta México, particularmente en el ámbito religioso. No obstante, el matrimonio entre personas del mismo sexo obtuvo un fallo a favor y, como resultado, las parejas igualitarias tienen el derecho de contraer matrimonio de la misma forma que las parejas heterosexuales. Si bien el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho a la igualdad ante la ley, así como instituciones públicas, como el Instituto Mexicano de Seguro Social (IMSS), todavía tienen la responsabilidad de modificar las leyes que rigen su ejercicio.

En su caso, la SCJN emitió una sentencia respecto a las leyes en materia de seguridad social, que prohíben la aplicación de derechos y obligaciones únicamente a los matrimonios heterosexuales. La tesis 2a. XXIV/2019 (10a.) declara que:

Dado que el derecho a la seguridad social a favor del trabajador suele incluir en forma extensiva a los familiares de aquél, entre los cuales están los parientes por afinidad que incluyen al cónyuge o concubino(a) del trabajador(a), entonces, en principio, para acceder a esas prestaciones basta demostrar la calidad de cónyuge o concubino(a) respecto del trabajador(a); sin embargo, si las normas respectivas condicionan el acceso a esos beneficios a fórmulas que impliquen la diferencia de sexo entre el trabajador(a) y su cónyuge o concubino(a) –como ocurre al usar expresiones como ‘la cónyuge del trabajador’, ‘el cónyuge de la trabajadora’, ‘la concubina del trabajador’ o ‘el concubino de la trabajadora’–, esas normas son violatorias de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la familia y la seguridad social, en razón de estar construidas sobre estructuras gramaticales referidas a un modelo de familia generado a partir de un concepto restringido (a pesar de que el artículo 4o. de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene un concepto amplio) y, por tanto, impedir el acceso a la seguridad social a las parejas del mismo sexo, quienes gozan de los derechos a la seguridad social cuando constituyeron un matrimonio o concubinato (p.1348).

Al respecto, la Ley de Seguro Social establece en su artículo 84, fracción tercera, que:

La esposa del asegurado o, a falta de esta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a la protección (2022, p.29).

En el mismo artículo se menciona que:

La esposa del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de esposa, la concubina si se reúnen los requisitos

de la fracción III. Del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o a falta de éste el concubinario, si reúne los requisitos de la fracción III (2022, p.29).

El artículo 130 reafirma que el matrimonio hombre-mujer:

Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión (2022, p.39)

Los matrimonios entre personas del mismo sexo se ven discriminados en materia de seguridad social, además se les niegan los

derechos a la formación de una familia y a la afiliación de los hijos nacidos por medios de la reproducción asistida. Por ejemplo, en 2016, en Yucatán, una pareja que se había casado mediante un amparo intentó registrar a su hijo concebido mediante fertilización in vitro con los apellidos de ambos padres, pero su solicitud fue denegada porque el Código Civil del Estado no contemplaba dicha figura. Se pudo proceder a la filiación del infante, pero necesitaron recurrir a amparos para que la situación diera lugar.

## CONCLUSIÓN.

La legalización del matrimonio igualitario en todo el territorio nacional representa un avance significativo para la comunidad LGBTTIQ+, sin embargo, la normativa mexicana aún no ha modificado aquellas adquiridas en sus códigos civiles, siendo indispensable para la adquisición de los derechos otorgados con el matrimonio. Esto se puede observar en la negación de los derechos de afiliación adquiridos por sus padres, entre otros, y consecuentemente se violan los derechos a formar una familia con el espaciamiento que sus padres decidan tener.

La evolución del matrimonio igualitario debe verse reflejada en la práctica, a través de la resolución de casos, que permita celebrar y disfrutar de los derechos que cada persona tiene como habitante de México. Sin embargo, se discrimina a los clientes por poner como norma los códigos locales y justifican sus acciones en las mismas. Corresponde a los legisladores modificar las leyes relativas al matrimonio igualitario y a los múltiples derechos y obligaciones que éste conlleva.

El artículo se limitó a los cambios realizados en los códigos civiles de cada Estado que legalizan el matrimonio igualitario, pero no hacen un cambio en las leyes internas de las instituciones. Se recomienda que las investigaciones futuras se centren en el estudio de cada una de las leyes del estado mexicano, en materia de salud, los códigos civiles, y la adopción y filiación parental, con el fin de subsanar las deficiencias que aún se siguen presentando que violan los derechos de las minorías.

## LITERATURA CITADA

Araya, S. C., & González, R. J. (2019). *Valoraciones discursivas en torno a la discusión acerca del matrimonio igualitario en Chile. Literatura y lingüística*, 251-274. <http://dx.doi.org/10.29344/0717621x.39.2013>

Caballero, O. J. (2014). *Temas selectos de derecho internacional privado y derechos humanos*.

Callahan, P.J. (1970). *The Law of separation and divorce*. (4<sup>a</sup> ed.). Oceana Publications

Convención Americana de Derechos Humanos, 7 de mayo, 1981, [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion\\_ADH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf)

Durango, C. R. (2020). *Same Sex Marriage: The Inappropriate Way in the Search for Equal Equality*. *Ius Humani*, 9(1), 139-157. <https://doi.org/https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.213>

Jácome, N. I., & Guerra, C. M. (2022). *El matrimonio igualitario ecuador. Dominio de las ciencias*, 08, 521-547. <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v8i41.2507>

Kennedy, R. H., & Dalla, L.R. (2020). "It may be legal, but it is not treated equally": marriage equality and well-being implications for same-sex couples. *Journal of Gay & Lesbian Social Services*, 32(1), 67-98. <http://dx.doi.org/10.1080/10538720.2019.1681340>

Ley del Seguro Social [L.S.S], reformada, Diario Oficial de la Federación [D.O.F], 18 de Mayo de 2022 (México).

López, R. J. (2018). Matrimonio igualitario una lucha interminable en México. *Hechos y Derechos*, 44. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12220/13870>

**MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO**, Primera sala de la suprema corte de justicia [S.C.J.N], *Gaceta del semanario judicial de la federación, Décima Época, tomo I, Septiembre de 2015, Tesis 1a./J. 46/2015*, página 253 (México).

**MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN**, Primera Sala de la suprema corte de justicia [S.C.J.N], *Gaceta del semanario judicial de la federación, Décima Época, tomo I, Diciembre de 2015, Tesis 1a./J. 86/2015*, página 187 (México.).

**MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL**, Primera sala de la suprema corte de justicia [S.C.J.N], *Gaceta del Semanario Judicial de la federación, Décima Época, tomo I, Junio de 2015, Tesis 1a./J. 43/2015*, página 536 (México.).

Nevárez, M. J., & Bósquez, P. J. (2020). Legalización del matrimonio igualitario en el Ecuador [Edición especial]. *Iustitia socialis*, 5(3). <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i3.1139>

Onishenko, D. (2016). *Equal Rights/Equal Marriage: Creating Spaces for Jurisgenerative Praxis*. *Humboldt Journal of Social Relations*, 38, 79–93. <http://www.jstor.org/stable/humjsocrel.38.79>

Principios de Yogyakarta, noviembre, 2006, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

Quiroga, A. F. (2013). *Significado del matrimonio igualitario atribuido por líderes y activistas en la localidad de Rafael Uribe Uribe* [Tesis de maestría, Universidad de LaSalle]. *ciencia.lasalle*. [https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=maest\\_gestion\\_desarrollo](https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=maest_gestion_desarrollo)

Real Academia Española. (2022). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 20 de octubre de 2022 de <https://dle.rae.es>

Salinas, H. H. (2017). Matrimonio igualitario en México: la pugna por el Estado laico y la igualdad de derechos. *El cotidiano*, 202, 95-104.

Santamaría, V. J., Espinosa, V. M., & Llerena, R. I. (2022) *Matrimonio igualitario, Reforma constitucional y las facultades de la corte constitucional*. *Polo del conocimiento*, 7(2), 74-91. <http://10.23857/pc.v7i2.3573>

**SEGURIDAD SOCIAL. LAS NORMAS QUE CONDICIONAN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES EN ESTE ÁMBITO A QUE SE TRATE DE MATRIMONIOS O CONCUBINATOS CONSTITUIDOS POR PERSONAS DE SEXOS DIFERENTES ENTRE SÍ, VIOLAN LOS DERECHOS A LA IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y PROTECCIÓN A LA FAMILIA**. Segunda sala de la suprema corte de justicia

[S.C.J.N], *Gaceta del semanario judicial de la federación, Décima Época, tomo II, Abril de 2019, Tesis 2a. XXIV/2019, página 1348, (México.).*

*Sentencia Recaída al Amparo en revisión 553/2018, primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 21 de noviembre del 2018.*

Tecotl, G. L. (2017). *El matrimonio entre personas de mismo sexo ante la disonancia del marco jurídico mexicano.* Primera Instancia, 4(8), 31-49. <https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2017/04/EL-MATRIMONIO-ENTRE-PERSONAS-DEL-MISMO-SEXO-ANTE-LA-DISONANCIA-DEL-MARCO-JUR%C3%88DICO-MEXICANO.-Lorena-Tecotl-Guti%C3%A9rez.pdf>

Ugarte, G. J. (1989). *El matrimonio. Notas sobre su concepto, naturaleza y régimen.* Revista chilena de Derecho, 16(3), 753-761. <file:///C:/Users/UJAT/Downloads/Dialnet-ElMatrimonioNotasSobreSuConceptoNaturalezaYRegimen-2649658.pdf>

## PROLEGÓMENOS HISTÓRICOS SOBRE EL MATRIMONIO.

### HISTORICAL PRELIMINARY ON MARRIAGE.

Angel Venta Santos

Division Academica de Ciencias Sociales y Humanidades

ORCID: 0000-0003-2334-8336.

Artículo Recibido: Junio de 2022. Aceptado: Noviembre de 2022.

**RESUMEN.** El presente artículo forma parte de la continuación investigativa de mi tesis doctoral, misma que se circunscribe bajo el tema del matrimonio, partiendo de su sustento teórico-metodológico a partir del marco histórico de dicha unión en las diferentes etapas históricas, tanto a nivel internacional, como local. A lo largo de la historia de la humanidad, han existido diferentes formas de interacción, las cuales representan los intereses de los participantes de cada grupo. Así tenemos que la institución jurídica, natural, cambiante como lo es el matrimonio, tan antiguo como el despertar social de los individuos, ha ido desarrollándose con el paso del tiempo, en las diferentes etapas, representando un tema tabú, de dinámica social y el desarrollo de las formas de relaciones interpersonales, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, las uniones de hecho, la sociedad de convivencia humana, concubinato, y sentimientos como el amor.

**Palabras Clave:** matrimonio; historia; contrato.

**ABSTRACT.** This article is part of the investigative continuation of my doctoral thesis, which is circumscribed under the theme of marriage, based on its theoretical-methodological support from the historical framework of said union in the different historical stages, both internationally, as local. Throughout the history of humanity, there have been different forms of interaction, which represent the interests of the participants of each group. Thus we have that the legal, natural, changing institution such as marriage, as old as the social awakening of individuals, has been developing over time, in different stages, representing a taboo subject, of social dynamics and the development of the forms of interpersonal relationships, based on the free development of the personality, de facto unions, the society of human coexistence, concubinage, and feelings such as love.

**Keywords:** marriage; history; contract.

## INTRODUCCIÓN.

El matrimonio, tan antiguo como la humanidad misma, representa la forma de interacción humana por excelencia, formadora de familias, la cual es considerada por diversos especialistas, no solo en el campo del derecho, sino también por otros estudiosos en el ámbito de la psicología, la antropología, y la sociología, como un pacto personal, una unión de derecho, voluntaria, libre, un contrato, una relación civil, entre otros, que ha sufrido una serie de cambios con el devenir del tiempo, desde la Época Antigua, donde el hombre era nómada, con la agricultura se vuelve sedentario y empieza a formar las primeras familias; el Derecho Romano, donde se dan los primeros requisitos para contraerlo, como la edad mínima y el consentimiento; la Edad Media, en la que el matrimonio se daba para mantener alianzas entre familias, a través de la mujer, vínculo que generaba acierto prestigio social; el Cristianismo, en el cual se otorgaba el carácter sacramental al matrimonio, con ideas de indisolubilidad y de monogamia dentro del mismo; la Época Moderna, institucionalizando al matrimonio, secularizándolo de la iglesia y el Estado; y en la época Contemporánea, buscando la

igualada de derecho, considerándolo inclusive como un contrato; además de lo acontecido en el caso México, durante la época prehispánica o precolombina, en el que la familia era patriarcal, y el matrimonio representaba un acto religioso, existía la poligamia, y la edad mínima para contraerlo; en la Nueva España el matrimonio incluye aspectos teológicos y sacramentales, dándose alianzas (arreglos) entre familias, hasta llegar al México Independiente con la secularización del matrimonio y las diversas regulaciones jurídicas, periodos diversos que se desarrollan a continuación.

## DESARROLLO.

El matrimonio en la época antigua, surge derivado de la necesidad de satisfacer placeres sexuales, y que, de acuerdo con la gestación, se conformaron las primeras familias. Una perspectiva sociológica o antropológica, más que jurídica, precisa que la idea de conformar una familia, se debía a cumplimentar necesidades primarias de subsistencia, como la alimentación, además de ir conformando los primeros grupos, como resultaban los clanes.

Se dice que las sociedades primitivas se estructuraban en función del matriarcado, la promiscuidad que prevalecía en el grupo excluía la posibilidad de concebir el matrimonio con las características que le son propias; pero que la evolución de dichos grupos familiares y quizás los incipientes principios de eugenesia, orientaron a los varones de esas tribus a buscar mujeres de otros grupos, llegando a concebirse el matrimonio colectivo. (Magallón, 2006).

Al respecto, cabe hacer mención que, de acuerdo con las necesidades propias de un grupo, en este caso con las de la sociedad primitiva, los matrimonios se desarrollaban para obtener lo mejor dentro de sus participantes, por ende, las mujeres llevaban el mando, y se desenvolvían alianzas grupales.

Fundar una familia era de gran importancia en la sociedad egipcia, de ahí que se consideraba que las edades adecuadas para casarse serían 20 años para el hombre y entre 14 y 18 para la mujer. Estos enlaces solían ser concertados por los padres, generalmente por motivos económicos o para la consolidación de alianzas y siempre dentro de la misma clase social. Los padres

de la novia recibían presentes del futuro esposo, aunque se desconoce si previamente había un acuerdo entre la pareja. El permiso del padre para llevar a cabo la boda era un requisito. (Abundis, 2010).

Situación anterior que podría quebrantar ciertos derechos que hoy en día se regulan, como el libre desarrollo de la personalidad, pero que en la antigüedad era visto como un entorno normal, y en el que el interés económico prevalecía para generar prestigio social entre las familias a través del matrimonio.

Concertado este, se procedía a la redacción de un contrato matrimonial verbal en el que se incluían las aportaciones y los derechos de ambos cónyuges, en términos de igualdad. Los pocos contratos de matrimonio que han sobrevivido al tiempo demuestran que los derechos de las mujeres eran respetados. Para la celebración del matrimonio no hay testimonios de ninguna ceremonia legal o religiosa para formalizar el vínculo. (Castillos, 1994,).

Pudiendo observar que desde la antigüedad el matrimonio ya era considerado un

contrato, en atención a las contribuciones de los consortes, lo que buscaba cierta correspondencia de derechos, y la formalidad social y jurídica que dicha unión marital representa.

Para el hombre egipcio era normal introducir concubinas en su hogar y no era penado como delito de adulterio, pero para la mujer tal falta era un delito muy grave, y podía ser castigada con la amputación de la nariz o con la muerte, porque el propósito del matrimonio o de la pareja era tener muchos hijos y el hombre quería estar seguro de que era el padre, especialmente cuando los hijos nacidos de esa unión tenían derechos legales de herencia. No es sorprendente que la infidelidad femenina fuera condenada duramente y que fuera condenado el hombre que mantenía relaciones con una mujer casada. En caso de esterilidad, el esposo podía engendrar hijos con una concubina, para que su esposa posteriormente los adoptase como propios. Así se aseguraba la continuación de la familia y el buen nombre de la mujer. (Peyrallo, 1999,).

Aquí aparece la unión personal de hecho que es el concubinato en el mundo egipcio, estimado como un matrimonio sin contraerlo

con las formalidades que la ley exige, haciendo vida en común, e inclusive teniendo hijos, en el que, existiendo un patriarcado, los beneficios de interacción y desarrollo personal eran favorecidos hacia el varón, en detrimento de las féminas.

Por otro lado, en Grecia y Roma representan dos grandes civilizaciones en la historia de la humanidad, lo que se exemplifica en diversos rubros, por lo que hace al derecho familiar, y en particular a la institución jurídica del matrimonio, este se llevaba a cabo a través de arreglos maritales, con determinados requisitos, como la edad mínima para contraerlo, el propósito de gestación, es decir, el poder del padre por encima de la voluntad de las esposas, con la finalidad de establecer cierto estatus social, mediante una ceremonia o ritual, lo que le daba un grado de solemnidad, reconocimiento y aceptación social.

En este orden de ideas, el matrimonio en Roma de manera inicial se basaba en la atención de las partes para contraerlo, en una simple unión entre un solo hombre y una sola mujer, la cual posteriormente fue regulada por la ley civil de la época.

Durante la vigencia de la Ley de las XII Tablas, el matrimonio romano no revestía forma jurídica alguna y en su celebración no intervenía el Estado, por estar considerado fuera del *ius civile*, en virtud de que el mero matrimonio no producía modificación alguna en la distribución de cosas o personas entre las diversas *domus*. (Floris, 1991).

La esencia inicial del matrimonio en Roma era la idea de alianza entre sus contrayentes, sin requerir la participación o regulación por parte del Estado para llevarlo a cabo.

El carácter del matrimonio en Roma, a diferencia de otros pueblos, siempre fue monógamo. A finales de la república era considerado como una situación de hecho y no una relación de derecho, que no obstante producía diversas consecuencias jurídicas. Era un acto informal, el consentimiento era manifiesto, no había ninguna fórmula oral, acto o ceremonia religiosa o civil formales, sólo los usuales ritos sociales que no conferían validez al matrimonio, pero sí daban testimonio de él. Esta forma estaba tan arraigada en la tradición, que persistió hasta el reinado de los emperadores cristianos, y finalmente fue abolida por Justiniano. (Petit, 2007).

Siguiendo en este periodo histórico, el matrimonio se institucionalizó por razones políticas, debiendo cubrir ciertos requisitos, referentes a la capacidad natural y jurídica, pues no se podía celebrar el matrimonio entre impúberes, para poder hacerlo los varones tenían que ser mayores de 14 años y las mujeres 12, debían de ser libres y ciudadanos, es decir, el *status civitatis* y *linertatis*. (Ayala, 2001).

Dos exigencias significativas en el espacio histórico estudiado, que eran la edad mínima para casarse, y la calidad de ser ciudadanos romanos libres.

Realizadas las anteriores precisiones sobre las distintas características que revistió el matrimonio en los pueblos más antiguos, resulta conveniente efectuar algunas consideraciones sobre el matrimonio griego y el romano, en razón de que tradicionalmente se les ha considerados como los pueblos más avanzados o desarrollados de la Antigüedad, aunque desde mi punto de vista ese desarrollo no implica sino un proceso de transformación de las relaciones y medios necesarios para forjarse como civilizaciones urbanas y políticas. (Abundis, 2010).

Por su parte, el cristianismo ha tenido una influencia fundamental en la transformación de la familia en las culturas que han profesado esta religión, infundiéndo valores eminentemente éticos en las costumbres familiares. Elevó al matrimonio a la dignidad de sacramento; proclamó los principios de la igualdad y dignidad de los esposos y la indisolubilidad del vínculo matrimonial (...) (Floris, 1991).

De acuerdo con el cristianismo, y con sus postulados, se otorga al matrimonio la naturaleza sacramental a dicha unión, considerándolo a la par o más allá de la unión legal entre sus participantes, lo que reviste de importancia para su celebración, requisitos, consumación y disolución.

La Edad Media, periodo histórico que abraza del siglo V al XV, un periodo con grandes avances en distintos cambios, y en materia del matrimonio no es la excepción.

La regulación jurídica del matrimonio como ente familias se dio a través de la tradición jurídica romana, pero aparte de dicha legislación, como la posibilidad del divorcio, fueron suprimidos en el derecho canónico de la Edad Media, que vinculaba a la pareja de

por vida con la prohibición del divorcio para gran parte de la sociedad. Esto incluía la supeditación de la mujer a su esposo, tal y como lo resume Fray Luis De León: “que en lo que fuese más grueso y más particular, la mujer no ha de traspasar la ley del marido, y en todo le ha de obedecer y servir”. (Morales, 2015).

En este periodo, el matrimonio, era considerado como la alianza indisoluble del hombre y mujer, libre y legítimamente contraída, con vistas a la procreación. (Guines, 1993).

Como se observa, no hay una modificación formidable entre la época romana y el Medievo, ya que se continúa con la idea de considerar al matrimonio como la alianza entre un sólo hombre y una sola mujer, autónomos para tener hijos. Por supuesto que su disolución legal todavía no era considerado viable.

La idea de que el matrimonio era un sacramento, incluso el mayor de todos ellos, venía sosteniéndose con radicalidad por diferentes autores, como Ivo de Chartres y Hugo de San Víctor, desde el Siglo XI. (Gaudemet, 1993).

En este periodo el matrimonio se llevaba a cabo mediante promesa de compromiso, nace así la figura de los espousales, con consentimiento pleno, jurándose amor eterno.

La época moderna, tiene lugar durante tres siglos, que van del siglo XV al siglo XVIII, en los cuales se presentan circunstancias interesantes en relación al matrimonio, a saber:

El Renacimiento es una época de importantes transformaciones en todos los aspectos. La clave es el empleo de la razón como fuente del conocimiento, del saber frente a los textos sagrados y la tradición medieval. En el aspecto religioso surgen críticas que conllevan a que la religión católica entre en crisis. Finalmente se llega a una ruptura, de la que surge la Reforma luterana y la creación de la religión protestante y la reforma en el seno de la religión católica con la Contrarreforma aprobada en el Consejo de Trento. (Chabod, 1990).

La transición de la Edad Media a la Edad Moderna, ubica al Renacimiento como una

etapa histórica relevante en la separación de la Iglesia y el Estado, lo que incluye al matrimonio, y su reconocimiento en ambos sentidos.

La teoría del matrimonio como contrato, aparece hasta el siglo XVII como un medio de justificar con él la intervención del Estado, implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos se traducía en la existencia del contrato mismo y por ello sometido al poder secular. (Abundis, 2010).

Al respecto, es importante manifestar que el acuerdo de voluntades realizado entre los cónyuges, determinar formar una familia, a través de llevar a cabo vida en común, apoyarse como pareja, y tener hijos en común, otorga la calidad de contrato a dicha unión nupcial.

La Revolución Francesa buscó romper con el antiguo modelo de familia en un intento de regeneración humana. Los lazos a los que daba lugar el modelo de familia del Antiguo Régimen eran vistos como la representación de los vínculos entre el rey y sus súbditos. El nuevo modelo de familia fundado sobre el matrimonio civil redobló su apuesta por un

derecho secular. Prueba de esto es que, haciendo caso omiso de las prescripciones canónicas, admitió el matrimonio de los sacerdotes. (Abundis, 2010).

La división entre el Estado y la Iglesia en lo que respecta al matrimonio, reviste de formalidad y requisita el llevarlo a cabo en la ida práctica, tan es así que, al día de hoy, tiene una mayor importancia para fines legales el matrimonio civil por encima del religioso, al menos en tanto a sus alcances y consecuencias jurídicas.

Una vez que se ha afirmado que el matrimonio es para el Estado un mero contrato, se concluye que también éste, como todos los contratos, puede rescindirse. El matrimonio civil dissoluble se introdujo definitivamente con la legislación revolucionaria francesa y con el código de Napoleón, que fueron el arquetipo de las legislaciones de los Estados modernos. (Abundis, 2010).

Uno de los grandes enfoques que presenta el matrimonio, aunado a la división entre el Estado y la Iglesia, resulta ser su conceptualización sociológica, es decir, considerara la idea que la alianza marital es

entre dos personas, en este caso todavía de diferente sexo.

Dicha perspectiva distingue a la vez el acto primero de unión, es decir la coalición entre dos personas, y la solemnidad del estado civil que resulta del mismo ante la sociedad. De hecho, se está ante la noción de que, dada su riqueza humana, jurídica y sociológica, parece distinguirse mejor por el profano que por el experto. Lo cierto es que, al encontrarnos ante una institución apegada sobremanera al ser humano, se ve afectada de lleno por los cambios sociales y por las creencias religiosas; de lo anterior resulta que las legislaciones actuales adopten distintos sistemas matrimoniales. Los sistemas más radicalmente opuestos son el del matrimonio acto público y solemne, y el del matrimonio acto privado (o sistema de la libre celebración). El primero tiene una porción de variedades, entre las que destacan las cuatro siguientes: a) matrimonio exclusivamente religioso; b) matrimonio preponderantemente religioso, con forma civil subsidiaria para los disidentes; c) matrimonio civil obligatorio, y d) matrimonio religioso o civil facultativo (sistema de la libre elección). (Rojina, 1980).

Los sistemas antes mencionados consisten en lo siguiente: matrimonio exclusivamente religioso. Sólo es válido el matrimonio contraído de acuerdo con las normas de la religión reconocida por el Estado u otra cualquiera que sea propia de los contrayentes, y el Estado se limita a dar fuerza civil a este matrimonio. Es propio de la Iglesia católica y de la griega. Para las religiones únicamente existe el matrimonio cuando se contrae conforme a la iglesia de los contrayentes. Matrimonio preponderantemente religioso, con forma civil subsidiaria para los disidentes. En muchos países existe un matrimonio civil, fuera de la religión oficial, para aquellos súbditos que no profesan esta fe; son los casos, por ejemplo, de Austria, Polonia, Noruega, Dinamarca, España, etc., y en él los contrayentes deben acreditar que no pertenecen a la religión o que no desean contraer matrimonio religioso por haber abandonado sus creencias en esta materia. Matrimonio civil obligatorio. En éste, el Estado no reconoce más efectos civiles al matrimonio que el celebrado conforme a las normas dictadas por él, y considera el casamiento religioso una cuestión aparte. La ceremonia religiosa puede celebrarse antes o después de la civil, o bien la civil ha de

preceder necesariamente a la religiosa. Este sistema, emanado de la Revolución Francesa, es el que rige en Francia y en la mayoría de los países europeos e hispanoamericanos, incluyendo a México. Matrimonio religioso o civil facultativo (sistema de la libre elección). En este sistema el Estado reconoce efectos civiles tanto al matrimonio celebrado según la religión, como al realizado por las normas estatales, y deja en libertad para elegir una u otra forma. Este sistema tiene vigencia en España, Italia, Inglaterra y en bastantes estados de la Unión Americana (EUA). (Iglesias, 1998).

En cuanto a la historia de nuestro país, es importante considerar que México nace a la luz del mundo en el año de 1821, donde se consuma la independencia iniciada en 1810, pero que los períodos que le anteceden a dicha consumación, forma parte de la historia inicial de nuestra nación, por lo que se analizan a continuación sobre el tópico del matrimonio.

En ese tenor, el primer momento a considerar en la historia de México, es la época prehispánica, caracterizada por la aparición de distintas culturas, que sientan la

bases de lo que posteriormente se conocerá como el nacionalismo mexicano, y que al día de hoy siguen siendo reconocidas, inclusive por la Constitución.

El estudio del matrimonio en el periodo prehispánico hace referencia a las distintas culturas que lo conforman, como los olmecas, zapotecas, mayas, mexicas o aztecas, entre otros.

La cultura mesoamericana sobresale de las demás en su época, por tanto, resulta pertinente considerar la situación de la familia y del matrimonio en dicho periodo, y para ello es loable precisar su concepto, el cual se debe a Paul Kirchhoff (1900-1972), etnohistoriador alemán, nacionalizado mexicano, según su artículo de 1943, se refiere a una súper área cultural, con correlaciones ecológicas, o “como una región cuyos habitantes, tanto los inmigrantes muy antiguos como los relativamente recientes, se vieron unidos por una historia común que los enfrentó, como un conjunto, a otras tribus del Continente quedando sus movimientos migratorios confinados, por regla general, dentro de sus límites geográficos, una vez entrados en la órbita de Mesoamérica. En algunos casos participaron en común en

estas migraciones tribus de diferentes familias o grupos lingüísticos. (Jiménez, 1978).

La familia estaba fincada tanto en el matrimonio definitivo como en el provisional y en el concubinato. Se cree que entre los aztecas debió de casarse toda la población. (Cruz, 2004).

En este orden de ideas, el reconocimiento de las uniones personales entre los aztecas, con la finalidad de formar familias, era a través del matrimonio total o parcial, y de la unión de hecho que representa el concubinato, mal visto desde épocas milenarias.

Se fundaba en la potestad del padre, por lo que se considera que la familia era patriarcal; sin embargo, esto no significa una posición de inferioridad de la mujer frente al varón. (Sánchez, 2008).

O sea que el matrimonio entre los aztecas se razonaba equitativo, hasta cierto punto, ya que si estructura social estaba supeditada al patriarcado, con la participación de las mujeres.

El matrimonio era la base de la familia y como tal, se le tenía en muy alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso que carecía de validez alguna cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual. (Mendieta, 1985).

Los mexicanos acostumbraban la poligamia, principalmente los nobles y los ricos; pero entre todas las mujeres distinguían a la legítima, que era con la que se habían casado según las formalidades requeridas para el matrimonio. (Sánchez, 2008).

La pérdida de varones por las continuas guerras hizo necesario el matrimonio polígamico para mantener el equilibrio social, si bien no estaba autorizado a todo el pueblo, pues únicamente aquellos que se destacaban en el campo de batalla podían ejercerlo. (López, 1984).

En los matrimonios polígamos se distinguía a la legítima, es decir, aquella con la que se había casado siguiendo las formalidades necesarias para el matrimonio; ésta recibía el nombre de *cihuatlantli*. A las otras se les denominaba *cihuapilli*, y de ellas había dos clases: aquellas que habías sido dadas en matrimonio por sus padres previa solicitud

del ahora marido, llamadas *cihuanemactli*, y las que simplemente habían sido robadas por el guerrero y que recibían el nombre de *tlacihuaantin*. (Mendieta, 1985).

Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido. Los condicionales duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, ahí terminaba el matrimonio. La edad para contraer matrimonio era para el hombre de 20 años, y para la mujer de entre los 15 y los 18 años, y era necesario el consentimiento de los padres. Utilizaban los servicios de mujeres llamadas “casamenteras”, quienes llevaban la petición a los padres de la novia. (Floris, 1991).

López Austin divide la estructura familiar náhuatl en tres categorías: (López, 1961).

El matrimonio como unión definitiva. Este se llevaba a cabo con todas las ceremonias religiosas acostumbradas y la mujer recibía el ya mencionado nombre de *cihuatlantli*.

El concubinato. Si bien estaba mal visto por la sociedad, se permitía la unión de la pareja sin ceremonia alguna; se legitimaba al celebrarse la ceremonia nupcial. El concubinato era motivado generalmente por la falta de recursos económicos para costear la fiesta. La mujer recibía en nombre de *temecáuh*, (López 1984).

El concubinato se reconocía por el derecho cuando los concubinos tenían largo tiempo de vivir juntos y la fama pública de casados. (Sánchez, 2008).

Los varones solo podían casarse a los veinte años de edad y con la mujer escogida por sus padres, quienes utilizaban los servicios de las casamenteras profesionales. El consentimiento de los novios era indispensable. Entre los mayas era frecuente el abandono de hogar, que no era castigado aun en el caso de que hubiese hijos en el matrimonio. (Sánchez, 2008).

Por lo tanto, podemos traer como corolario que el matrimonio en la experiencia jurídica prehispánica, particularmente en el pueblo azteca, era un acto que se celebraba entre un solo hombre y una sola mujer del cual derivaban una serie de consecuencias

jurídicas cuya validez no dependía de las participación de las autoridades públicas o de los sacerdotes, sino que su legitimidad derivaba de la práctica de los ritos establecidos por la tradición y la participación de las familias de los contrayentes y en general de la comunidad a la que pertenecían. (Moncayo, 1997).

Teniendo en consideración, a lo antes manifestado, es altamente significativo el considerar que para la familia prehispánica era trascendente, la llegada de un hijo, toda vez que se involucraba tanto a las familias de ambos cónyuges como a los principales del pueblo, en virtud de que se trataba de un hecho social colectivo, y en consecuencia relevante para toda la sociedad. (Sánchez, 2008).

## CONCLUSIONES.

El recorrido histórico que el matrimonio ha presentado a lo largo de devenir del tiempo en la esfera internacional y nacional, deja ver que se trata de una institución relevante para la formación de familias, considerada de diferentes maneras, como una unión libre, monógama o polígama dependiendo la época, reconocida por el Estado y por la Iglesia, además de llevarse a cabo

cumpliendo determinados requisitos, como la edad mínima para contraerlo, a través de ceremonias o rituales que dejan ver la solemnidad e importancia del acto. Su estudio es importante para conocer el origen, evolución y desenlace del porque el

matrimonio hoy en día presenta una carencia como entidad familiar, y aperturar la idea transdisciplinaria del conocimiento para entender su realidad y predecir escenarios futuros, como el caso de las relaciones poliamorosas.

## LITERATURA CITADA

- Abundis Rosales, María Antonia. (2010). *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*, Universidad de Guadalajara.
- Ayala Salazar, José Melchor. (2001). *El Matrimonio y sus Costumbres*, Trillas.
- Castillos, Juan José. (1994). *Estudios históricos*. Montevideo: Publicaciones de la Sociedad Uruguaya sobre Egiptología, RSUE 12.
- Chabod, Federico. (1990). *Escritos sobre el Renacimiento*, Fondo de Cultura Económica.
- Cruz Barney, Oscar. (2004). *Historia del derecho en México*, 2a edición, Oxford.
- Floris Margadant, Guillermo. (1991). *Panorama de la historia universal del derecho*, 4<sup>a</sup> edición, Porrúa.
- Gaudemet, J. (1993). *El matrimonio en Occidente*, Taurus.
- Guines de Sepúlveda. (1993). *De ritu mptiarum et dispensiatone, Libri tres*.
- Iglesias, Juan. (1998). *Derecho Romano*, 10<sup>a</sup> edición, Ariel.
- Jiménez Moreno, Wigberto. (1979). *Mesoamérica*, art. publicado en la *Enciclopedia de México*, director Álvarez, José Rogelio, 3a edición, Tomo VIII, Ed. Enciclopedia de México.
- López, Austin, Alfredo. (1961). *La constitución real de México-Tenochtitlán*, UNAM.
- López Austin, Alfredo. (1984). *Textos de medicina náhuatl*, 3<sup>a</sup> edición, UNAM.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. (2006). *El Matrimonio. Sacramento-Contrato-Institución*, Porrúa.
- Mendieta y Núñez, Lucio. (1985). *Derecho precolonial*, 5a edición, Editorial Porrúa.
- Moncayo Rodríguez, Socorro. (1997). *Consideraciones en torno al matrimonio entre los aztecas*, artículo publicado en la revista *Estudios Jurídicos*, Veracruz, Nueva Época, Número 4.

*Morales Trujillo, Emanuel, et. al. (2015). Enciclopedia criminalística, criminología e investigación, segunda edición, Editorial Sigma Editores.*

*Peyrallo, María Inés. (1999). Aspectos del sistema judicial en el antiguo Egipto: Publicaciones de la Sociedad Uruguaya sobre Egiptología, ediciones Maat.*

*Petit, Eugene. (2007). Tratado elemental de derecho romano, 23<sup>a</sup> edición, Porrúa.*

*Rojina Villegas, Rafael. (1980). Derecho civil mexicano, t. II, 5<sup>a</sup> ed., Porrúa.*

*Salvat Editores. (1973). Enciclopedia Salvat, t. IX., Salvat Editores S.A.*

*Sánchez Vázquez Rafael. (2008). Origen y desarrollo de la educación y el derecho en la época prehispánica, IIJP-BUAP.*

## **ALCANCES DE LA REFORMA QUE PROHIBE EL OUTSOURCING EN MÉXICO**

### **REFORM THAT PROHIBITS OUTSOURCING IN MEXICO**

Luis Javier Torres Ponce

Division Academica de Ciencias Sociales y Humanidades

ORCID: 0000-0001-5609-8316

Artículo Recibido: Septiembre de 2022. Aceptado: Octubre de 2022.

**RESUMEN.** La subcontratación u outsourcing, es una práctica aceptada mundialmente, que tiene como finalidad reducir costos administrativos empresariales, hacer más eficientes a las empresas, perfeccionando las actividades propias al especializarse en cada sector de la cadena productiva empresarial. Sin embargo, en muchos de los casos esta figura se ha desvirtuado para crear una especie de subcontratación artificial o simulada, dañando gravemente las relaciones laborales entre patrones y trabajadores, creando una desigualdad de importantes dimensiones comparado con las y los trabajadores que no se ven afectados con estas prácticas, que, además de ser inmorales, en la mayoría de los casos son ilegales, creándose así trabajadores de primera, segunda y hasta de tercera.

**Palabras Clave:** reforma; laboral; Outsourcing; Subcontratación; tercerización; prohibición; en; México.

**ABSTRACT.** outsourcing is an accepted practice all over the world, its objective is to reduce business administrative costs, making companies more efficient, perfecting its own activities by specializing in each sector of the business production chain. However, in many cases this figure has been distorted to create a kind of artificial Outsourcing, seriously damaging labor relations between employers and workers, creating an inequality of significant dimensions compared to the workers who are not affected with these practices, which in addition to being immoral are illegal, thus creating first, second and third class workers.

**Keywords:** Labor; reform; Outsourcing; Subcontracting; outsourcing; prohibition; in; Mexico.

## INTRODUCCIÓN.

En la práctica de la subcontratación simulada, se aparenta una subcontratación de personal, es decir, se realizan contratos para el suministro de recursos humanos y se facturan servicios de personal sin que en la realidad suceda esto, toda vez que el personal se encuentra materialmente contratado por el empleador y únicamente se traslada al personal a otro registro patronal, ya sea de un tercero externo o una empresa constituida exprofeso por el propio patrón, o contratando estas últimas a trabajadores de los cuales ejercen relaciones laborales de derecho y no de hecho, pues estos se encuentran subordinados a favor de la contratista y no de la contratante, logrando con esto, que la relación laboral se escinda de manera formal y artificial, en la que la parte patronal, se queda con los derechos de la relación laboral, especialmente el de subordinación y las obligaciones las transfiere a empresas que generalmente no cuentan con activos.

Afectando a los trabajadores en gran medida en sus prestaciones laborales, entre ellas, el no recibir reparto de utilidades o que dicho reparto sea ínfimo o muy inferior al que debería corresponder; pueden verse también

afectadas sus prestaciones de seguridad social, al existir una disminución en el pago de cuotas obrero-patronales al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS, en adelante), por lo que el pago de vacaciones, aguinaldo y liquidaciones se realizan con frecuencia en la práctica en proporción al salario registrado ante el instituto y no en proporción al real; en el mismo sentido sufren una afectación equivalente dentro de sus fondos de ahorro, tanto para el retiro, como para comprar casa; y se obstaculiza la generación de antigüedad dentro de la empresa para los trabajadores subcontratados.

Teniendo en mente lo anterior, es de notarse que hoy día no se conoce el número exacto de los trabajadores afectados por los mencionados esquemas de subcontratación, ya que en diversas dependencias se tienen diferentes cifras, por ejemplo, en cuanto toca a la seguridad social, el IMSS reportó – al 31 de diciembre de 2020 – que tenía la cantidad de 19,773,732 puestos de trabajo y 1,000,414 de patrones (IMSS, 2021). Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía a través del Resultado de la Encuesta Nacional de ocupación y empleo,

señala que al mes de diciembre del 2020 existía la cantidad de 55,400,000 de empleados (INEGI, 2020). Asimismo, dicha dependencia en el último censo económico realizado reportó que existían 4,685,356 de personas afiliadas al IMSS que no pertenecían a la razón social para la que realmente trabajaban (INEGI, Censo económico, 2019). Dicha cantidad representaba casi un 23.5% de la cantidad total de afiliados al IMSS y casi un 13% de los y las trabajadoras que tiene registrados la Secretaría del Trabajo y Previsión Social -en adelante STPS- como asalariados. Es de mencionar que el censo referido no especifica si el salario base de cotización con el que se les dio de alta ante el IMSS es el que realmente percibían las y los trabajadores.

Por su parte, Romero Aranda (ROMERO, 2021) refiere que para el año 2019 en México existían al menos 6,000 empresas con 7,600,000 trabajadores contratados a través de la figura de la subcontratación u *outsourcing agresivo* a nivel nacional y que presuntamente son evasores de impuestos, cifras que son coincidentes con el estudio realizado por la Universidad Autónoma de

Chapingo (UACh), denominado evasión sueldos y salarios (ZAMUDIO, 2020).

En el mismo contexto, la Confederación Económica del Trabajo (WEC, por sus siglas en inglés) hace referencia que, para antes de la pandemia del virus SARSCOV-2, México tenía el cuarto lugar a nivel mundial, al ocupar 4,685,356 de trabajadores bajo el esquema de subcontratación por agencias de colocación, estando por debajo solamente de países como Estados Unidos de Norte América, China y Japón, quienes tenían subcontratados respectivamente a 16, 11.7 y 4.8 millones de trabajadoras y trabajadores (WEC, 2021, pág. 11).

## **BREVE PANORAMA INTERNACIONAL.**

La palabra *outsourcing* es una palabra que proviene del idioma inglés, y tiene dos raíces etimológicas, *out* que significa en español “igual o afuera” y *source* con significado de “fuente u origen”. Así entendida, literalmente puede traducirse al español como “suministro desde el exterior” o “aprovisionamiento externo”. Esta figura es aceptada y reconocida en prácticamente todo el mundo, según se estableció en 1998 por la Organización Internacional del trabajo

(OIT O. I., 1998), organización que recomienda a sus estados miembro – entre ellos México – legislar sobre la figura de subcontratación (OIT O. I., 2000). Para tales efectos, la OIT aporta un proyecto de convenio y el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, mismos que tienen como finalidad principal el regular la relación laboral, velando por los derechos de las y los trabajadores bajo dicho régimen.

Entre las particularidades del convenio de la OIT (OIT O. I., 1998), podemos encontrar la definición de las expresiones “trabajo en régimen de subcontratación” “Subcontratista” e “Intermediario”. Su principal objetivo es salvaguardar los derechos de los trabajadores para que no se vean menoscabados por encontrarse laborando bajo dicho régimen.

#### Artículo 1

A.- *La expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en*

*condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, y cuando:*

*i. El trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o*

*ii. El trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;*

*B.- El término «subcontratista» designa a una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta;*

*C.- El término «intermediario» designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores.*

No obstante, los países miembro de la organización establecieron dentro de su normatividad nacional los aspectos y consideraciones que mejor estimaron para sí, sin que se llegara a aplicar el convenio internacional propuesto por la OIT. Exploraremos a continuación algunos ejemplos para ilustrar esto.

*Argentina* (Argentina, 2021), regula la figura de la subcontratación y establece responsabilidad solidaria de todas las obligaciones de la relación laboral y las que deriven de la seguridad social entre el tercero contratante y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado sus servicios independientemente de cuál sea el acto nombre o estipulación que le den a la contratación de estos servicios.

- *Venezuela* (Venezuela, 2021), prohíbe la “intermediación laboral”, además, la señala como simulación o fraude que comenten los patrones, en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de las leyes laborales. Permite la contratación de obras y servicios conexos, siempre y cuando estos no sean realizados para

defraudar a la ley, por que en tal caso se considerarán intermediarios.

- *Chile* (Chile, 2021), realiza una distinción entre las figuras de “subcontratación laboral” y “suministro de trabajadores”, estableciendo que en la subcontratación la potestad de mando es ejercida por la empresa subcontratista. Establece así mismo que el objeto del contrato es *civil* o *comercial* entre la empresa principal y la subcontratista, para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. En la tercerización, en cambio, el poder de mando es ejercido por la empresa usuaria del suministro y el contrato solo tiene por objeto el suministro de personal.

## REFORMA LABORAL 2021.

En México, la Subcontratación, fue reconocida desde que entró en vigor la Ley Federal del Trabajo, específicamente dentro de sus artículos 12, 13 y 14, reafirmando esté reconocimiento con la reforma realizada en el año 2012; misma que conforme a la exposición de motivos, tenía como finalidad, evitar las relaciones de trabajo clandestinas

o disimuladas, procurando mejores condiciones laborales en favor de los trabajadores, considerando a la parte contratante como patrón para todos los efectos legales (DOF, 2012), pretensión que podemos encontrar principalmente dentro de los artículos 15, 15-A, 15-B, 15-C y 15-D, donde se establecen definiciones como *Contratistas, Trabajadores y Contratantes*, así como las condiciones requeridas para considerar subcontratación a la relación comercial efectuada y no decretarse una obligación solidaria a la parte Contratista, entre ellas:

a) no debía abarcar la totalidad de las actividades iguales o similares que se desarrollen en el centro de trabajo;

b) debería justificarse su carácter especializado; y

c) no podría comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

En el año 2020, el grupo parlamentario de la Camara de Diputados perteneciente a Movimiento de Regeneración Nacional (San Lázaro, 2021) y el Poder Ejecutivo Federal – a través de la Titular de la STPS, Luisa María

Alcalde Luján – manifestaron que la intención de la reforma anterior no había sido suficiente, sino al contrario, fue “letra muerta”, ya que solo logró que el esquema de subcontratación proliferara en los últimos años, en decremento de los derechos de la clase trabajadora, permitiendo que muchos patrones abusaran y distorcionaran este esquema, deslaborizando las relaciones obrero patronales, evitando el pago de diversas prestaciones a los trabajadores, además de realizar simulaciones, defraudación fiscal y obtener beneficios fiscales indebidos (LÓPEZ Obrador, 2020), por lo que se presentó una iniciativa legislativa para modificar entre otras, la Ley Federal del Trabajo, misma que entró en vigor de forma escalonada en el mes de abril del año 2021 (DOF D. O., 2021) y que para mejor comprensión en su alcance, realizamos el comparativo con la LFT 2012.

LFT 2012	LFT 2021
<p><b>Artículo 12.-</b> Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón. <b>(Sin Reformas)</b></p>	<p><b>Artículo 12.-</b> Queda prohibida la subcontratación de personal, entendiéndose esta cuando una persona física o moral proporciona o pone a disposición trabajadores propios en beneficio de otra. Las agencias de empleo o intermediarios que intervienen en el proceso de contratación de personal podrán</p>

	<p>participar en el reclutamiento, selección, entrenamiento y capacitación, entre otros. Estas no se considerarán patrones ya que este carácter lo tiene quien se beneficia de los servicios.</p>	<p>condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento; y</p> <p>II. Los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores.</p> <p><b>(Sin Reformas)</b></p>
<p><b>Artículo 13.-</b> No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que derivan de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores.</p> <p><b>(Reformado 30 de abril de 1970)</b></p>	<p><b>Artículo 13.-</b> Se permite la subcontratación de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas que no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la beneficiaria de estos, siempre que el contratista esté registrado en el padrón público a que se refiere el artículo 15 de esta Ley. Los servicios u obras complementarias o compartidas prestadas entre empresas de un mismo grupo empresarial, también serán considerados como especializados siempre y cuando no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la empresa que los reciba. Se entenderá por grupo empresarial lo establecido en el artículo 2, fracción X de la Ley del Mercado de Valores</p>	<p><b>Artículo 15.-</b> En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:</p> <p>I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y</p> <p>II. Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfrutan los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las</p> <p><b>Artículo 15.-</b> Las personas físicas o morales que proporcionen los servicios de subcontratación, deberán contar con registro ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Para obtener el registro deberán acreditar estar al corriente de sus obligaciones fiscales y de seguridad social. El registro a que hace mención este artículo deberá ser renovado cada tres años. La Secretaría del Trabajo y Previsión Social deberá pronunciarse respecto de la solicitud de registro dentro de los veinte días posteriores a la recepción de la misma, de no hacerlo, los solicitantes podrán requerirla para que dicte la resolución correspondiente, dentro de los tres días siguientes a la presentación del requerimiento. Transcurrido dicho plazo</p>
<p><b>Artículo 14.-</b> Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que derivan de esta Ley y de los servicios prestados.</p> <p>Los trabajadores tendrán los derechos siguientes:</p> <p>I. Prestarán sus servicios en las mismas</p>	<p><b>Artículo 14.-</b> La subcontratación de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas deberá formalizarse mediante contrato por escrito en el que se señale el objeto de los servicios a proporcionar o las obras a ejecutar, así como el número aproximado de trabajadores que participarán en el cumplimiento de dicho</p>	

<p>diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.</p>	<p>sin que se notifique la resolución, se tendrá por efectuado el registro para los efectos legales a que dé lugar. La Secretaría del Trabajo y Previsión Social negará o cancelará en cualquier tiempo el registro de aquellas personas físicas o morales que no cumplan con los requisitos previstos por esta Ley</p>	<p>servicio del contratante. De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.</p>	
<p><b>Artículo 15-A.</b> El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.</p> <p>Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrolle en el centro de trabajo.</li> <li>b) Deberá justificarse por su carácter especializado.</li> <li>c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al</li> </ul>	<p><b>Artículo 15-A.</b> Se deroga.</p>	<p><b>Artículo 15-B.</b> El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.</p> <p>La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores</p>	<p><b>Artículo 15-B.</b> Se deroga</p>
		<p><b>Artículo 15-C.</b> La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.</p> <p>Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.</p>	<p><b>Artículo 15-C.</b> Se deroga.</p>

<p><b>Artículo 15-D.</b> No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley.</p>		<p>(se adiciona la fracción VIII)</p>	<p>la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ajustará a las normas siguientes:</p> <p>VIII. El monto de la participación de utilidades tendrá como límite máximo tres meses del salario del trabajador o el promedio de la participación recibida en los últimos tres años; se aplicará el monto que resulte más favorable al trabajador</p>
<p><b>Artículo 41.-</b> La substitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. El patrón substituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la substitución, hasta por el término de seis meses; concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón.</p> <p>El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la substitución al sindicato o a los trabajadores.</p>	<p><b>Artículo 41.-</b> La substitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. El patrón substituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la substitución, hasta por el término de seis meses; concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón.</p> <p>El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la substitución al sindicato o a los trabajadores.</p> <p>Para que surta efectos la sustitución patronal deberán transmitirse los bienes objeto de la empresa o establecimiento al patrón sustituto.</p>	<p><b>Artículo 1004-C.</b> A quien utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa, en términos del artículo 15-D de esta Ley, se le impondrá multa por el equivalente de 250 a 5000 veces el salario mínimo general.</p>	<p><b>Artículo 1004-C.-</b> A quien realice subcontratación de personal a que se refiere el artículo 12 de esta Ley, así como a las personas físicas o morales que presten servicios de subcontratación sin contar con el registro correspondiente, conforme a lo establecido en los artículos 14 y 15 de esta Ley, se le impondrá multa de 2,000 a 50,000 veces la Unidad de Medida y Actualización, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiera lugar de conformidad con la legislación aplicable. La Secretaría del Trabajo y Previsión Social dará vista de los hechos a las autoridades que resulten competentes. Igual sanción a la establecida en el párrafo anterior será aplicable a aquellas personas físicas o morales que se beneficien de la subcontratación en contravención a lo estipulado en los artículos 12, 13, 14 y 15 de esta Ley.</p>
<p><b>Artículo 127.-</b> El derecho de los trabajadores a participar en el reparto de utilidades se ajustará a las normas siguientes</p>	<p><b>Artículo 127.-</b> El derecho de los trabajadores a participar en el reparto de utilidades, reconocido en</p>		

En fecha 25 de mayo de 2021, se publicaron las disposiciones generales para las personas que presten servicios o ejecuten obras especializadas en las que se reitera que en nuestro país se prohíbe la subcontratación de personal, pero se permite la subcontratación de servicios especializados, con las siguientes salvedades (STPS, 2021):

- A) Que el o los servicios que preste la empresa contratista, no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la -Contratante-beneficiaria; y
- B) La contratista deberá contar con el registro establecido por la STPS (renovado cada tres años), estableciendo con precisión el servicio que desean prestar o el tipo de obra que desean ejecutar y acreditar el carácter especializado de las mismas, presentando ante el registro de prestadoras de servicios especializados u obras especializadas (REPSE) a través de su página electrónica <http://repse.stps.gob.mx>, la siguiente documentación:
  - a) Identificación oficial del Representante Legal o de la persona física; b) Poder

Notarial; c) Comprobante de nómina; d) Acta Constitutiva; e) Registro federal de contribuyentes; f) Registros Patronales; g) Comprobante de domicilio, así como manifestar diversa información respecto a su estatus corporativo y de sus trabajadores, y estar al corriente en sus obligaciones fiscales y de seguridad social.

En caso de no cumplir con las condicionantes anteriores, se les podrán aplicar tanto a la beneficiaria como a la contratista, multas de hasta 50,000 UMAS, medida que para este 2021, tiene un valor en pesos mexicanos de 89.62, siendo la multa más alta por la cantidad de \$4,481,000.

El artículo tercero transitorio de la reforma, establece que las personas físicas o morales prestadoras de servicios de subcontratación, debía obtener su registro ante la STPS en un plazo de 90 días naturales, contados a partir de la publicación de las disposiciones carácter general, ya que éstas fueron publicadas el 25 de mayo 2021, con fecha de vigencia al día siguiente de su publicación, su fecha límite de inscripción ante el Registro de Prestadoras de Servicios Especializados u Obras Especializadas (REPSE) es el 26 de agosto y al día 26 de julio del mismo año se encuentran registradas 9,460 empresas,

(REPSE, 2021) motivo por el cual el 31 de julio del presente año, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto para ampliar el plazo de cumplimiento para el 01 de septiembre de 2021 su vigencia (Social, 2021), registrándose en esa fecha un total 43,668 empleadores que prestan servicios especializados, cifras que sigue incrementado, ya que a casi un año de la publicación de la reforma, en el mes de abril del 2022, una cantidad total de 103,803 empleadores se han registrado.

Es claro que la actual reforma pretende regular una de las relaciones laborales atípicas, la subcontratación. Son atípicas, puesto que rompen con el binomio “Patrón-Trabajador”, como también lo pueden ser la subcontratación, la intermediación o tercerización laboral, la contratación dolosa de trabajadores bajo esquemas de asimilados a salarios, entre otras.

No obstante, en dicha reforma y exposición de motivos, no se precisa ni se separan las figuras de subcontratación y tercerización o intermediación de personal, aunque ambas se encuentran en presencia de una relación tripartita “Contratante, Trabajador y Contratista”, existen notas que las distinguen

y por tanto creando consecuencias diversas de hecho y derecho.

Por cuanto hace a la Subcontratación, la podemos encontrar en su sentido estricto y amplio, en el primero, corresponde a una acción de subcontratar, por lo que supone por lo menos de dos contratos, un contrato base y otro derivado de entre una de las partes de este último y un subcontratista. En sentido amplio, la subcontratación no requiere la condición de un contrato base previo, sin embargo, se forma con las empresas que auxilian a la contratante a prestar el servicio o a ejecutar la obra que pretenda realizar, en ambos casos la empresa auxiliar es el empleador real y formal de los trabajadores involucrados, quienes se encuentran expuestos a grandes riesgos, sobre todo a la insolvencia de su empleador o al incumplimiento del pago de las cuotas de seguridad social que correspondan (PUIG Farras, 2011).

En lo que refiere a la tercerización o intermediación laboral, podemos identificar que existe, cuando se contrata mano de obra o uso de fuerza de trabajo o, en otros términos, funciones de gestión de personal, mismos que pueden ir desde la simple consecución y selección de personal hasta

funciones de nómina, afiliación a seguros sociales, disciplinarias y de capacitación. También puede aplicarse cuando una empresa (Contratista), pone a disposición de otra (Contratante), por el pago de una cantidad económica determinada, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo aquella la calidad de patrón (UGARTE, 2007).

Es así, podemos encontrar diferencias entre ambas figuras, dentro de la Subcontratación la potestad de mando (subordinación) es efectivamente ejercida por la contratista y en la tercerización esta la ejerce la contratante y el contrato que se celebra en ambos esquemas es distinto, en la subcontratación la relación contractual, es eminentemente civil o mercantil ya que su objeto es que la Contratista ejecute una obra o parte de ella o en su defecto proporcione un servicio para el cumplimiento de una etapa productiva, mientras que en la tercerización el objeto invariablemente es el suministro de trabajadores (UGARTE, 2007).

Las complicaciones de los trabajadores en ambas figuras son distintas, en la subcontratación, el problema más visible, es que el patrón cumpla con las obligaciones laborales y de seguridad social

correspondientes, la equiparación de las condiciones salariales entre los trabajadores que se encuentran en este esquema y los que se encuentran contratados directamente con la dueña de la obra, y acreditar la responsabilidad subsidiaria de la beneficiaria. En la tercerización o suministro los problemas son más graves, pues no se tiene certeza respecto de quien tiene la titularidad de empleador para efectos legales laborales y la empresa usuaria no se hace responsable ni directamente ni indirectamente como responsables solidarios o subsidiarios, ya que el salario lo paga la empresa Contratista, y se tiene un contrato de carácter civil con ésta y la beneficiaria, dejando en el aire una serie de derechos especialmente los de carácter colectivo ya que es difícil que se sindicalicen o puedan negociar colectivamente alguna prestación dentro de la empresa que trabajan (UGARTE, 2007, pág. 9).

Sin duda, hablar de tercerización de relaciones laborales tiene como finalidad el realizar un beneficio a una de las partes de la ecuación generalmente a la más fuerte en perjuicio de la más débil, pretendiendo deslaborizar la relación empleado-patrón, para tratar de encuadrarla o disfrazarla a

través de figuras de diversa índole, perdiendo la parte trabajadora los derechos conferidos por la legislación laboral, pues invariablemente la intención es generar un ahorro económico o administrativo a la parte contratante con base a la precarización laboral.

Si bien, la Subcontratación y la Intermediación son figuras de tercerización laboral, no son las únicas que existen, ya que en el mismo supuesto se encuentra la prestación de servicios personales, -figura que no se ocupa la reforma- que tiene como fin la contratación de prestadores de servicios autónomos o independientes, cuando en la realidad son trabajadores desprotegidos de los derechos que les conceden las leyes laborales. Esta modalidad que se realiza cuando las partes, beneficiaria y el prestador de servicios personales independientes (trabajador), celebran un contrato de carácter civil o mercantil para que este le preste ciertos servicios a aquella, en lugar de un contrato individual del trabajo (OIT, 2000), esta figura quedará como tema de estudio en diverso artículo, pues si bien es una forma de deslaborizar el binomio patrón-trabajador, en una relación de contratación simulada, ésta

no requiere de manera forzosa la intervención de una tercera figura.

## CONCLUSIONES.

- a) Que la figura de subcontratación es una forma atípica en la que se efectúan las relaciones laborales, que en muchas de las veces ésta figura se ha desvirtuado para beneficio de una parte y perjuicio de otra, la que por lo general es la más débil del binomio Patrón. Trabajador.
- b) Que, a casi un año de la publicación de la reforma laboral, y que se escribieron estas líneas, se han inscrito un poco más de cien mil empresas que prestan servicios de subcontratación laboral al REPSE, sin que se tengan datos exactos de los trabajadores subcontratados, ni de las actualizaciones en sus prestaciones laborales.
- c) Que la figura del outsourcing o subcontratación laboral se encuentra no es la única forma atípica de la relación laboral que requiere ser regulada, y que existen otras figuras que desprotegen aún más a la parte trabajadora, por lo que la presente reforma, dependiendo

de los resultados sociales que arroje su aplicación podría ser un avance, pero no el final, para encontrar un verdadero equilibrio entre las relaciones obrero-patronales.

## LITERATURA CITADA

Argentina. (2021). Ley No 20.744. Ley de contrato de trabajo. Argentina. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20744-25552/texto>

Chile. (2021). Ley No 20,123. Ley que regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Obtenido de [https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-94057\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-94057_recurso_1.pdf)

DOF, D. O. (30 de noviembre de 2012). Reforma Ley federal del trabajo. Reglamenta la subcontratacion. CDMX.

DOF, D. O. (2021). Reforma a la Ley Federal del Trabajo. Prohibe la subcontratación. Obtenido de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125\\_230421.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_230421.pdf)

IMSS. (2021). Reporte 20/021. Puestos de trabajo afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social. Obtenido de [http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202101/020#:~:text=Al%2031%20de%20diciembre%20de%202020%2C%207%2C526%2C600%20\(siete%20millones%20quinientos,los%20servicios%20m%C3%A9dicos%20del%20IMSS](http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202101/020#:~:text=Al%2031%20de%20diciembre%20de%202020%2C%207%2C526%2C600%20(siete%20millones%20quinientos,los%20servicios%20m%C3%A9dicos%20del%20IMSS).

INEGI, I. N. (2019). Censo económico. personal ocupado subcontratado en las entidades económicas Outsourcing., 13-15. Obtenido de [https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva\\_estruc/702825198671.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825198671.pdf)

INEGI, I. N. (24 de diciembre de 2020). *Resultado de la encuesta Nacional de Ocupación y empleo, cifras al mes de diciembre 2020. Comunicado de prensa 660/20.* Obtenido de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/iooe/iooe2020\\_12.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/iooe/iooe2020_12.pdf)

Ley Federal del Trabajo LFT 2021. (01 de enero de 2021). Cámara de Diputados. Obtenido de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125\\_110121.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_110121.pdf)

LÓPEZ Obrador, A. M. (12 de noviembre de 2020). *Iniciativa para regular la subcontratación ilegal.* Obtenido de youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=DUQj2IRVzW0>

OIT, O. I. (Junio de 1998). Obtenido de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2a.htm>

OIT, O. I. (2000). Obtenido de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2b.htm>

OIT, O. I. (26 de febrero de 2000). *Proyecto de convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación; 86a reunión de ginebra 1998. aprobada por RH .*

PUIG FARRAS, J. (2011). *Situación de la subcontratación en América Latina y perspectivas para su regulación, Informe final proyecto Redlat.* Medellin Colombia: Escuela Nacional Sindica.

REPSE. (25 de julio de 2021). *Repse.stps.gob.mx.* Obtenido de <https://repse.stps.gob.mx/>

ROMERO, A. C. (2021). *El Outsourcing, Tercerización o subcontratación laboral.* Ciudad de México: Thomson Reuters.

San Lázaro, P. L. (2021). *Gaceta parlamentaria No. 5758-VIII. Proyecto de decreto que reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de las leyes Federal del Trabajo, del Seguro Social, y del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, Así como del Código Fiscal de la Federación y de.* México: Palacio legislativo de San Lázaro. Recuperado el 2021

Social, S. d. (31 de julio de 2021). *Decreto por el que se reforman los artículos Transitorios Primero, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo. DOF.*

STPS, S. d. (25 de mayo de 2021). *Acuerdo por el que se dan a conocer las disposiciones de carácter general para el registro de personas físicas o morales que presten servicios especializados o ejecuten obras especializadas a las que se refiere el artículo 15 de la Ley Federal del Trabajo. DOF.*

UGARTE, J. L. (2007). *Relaciones laborales triangulares: La subcontratación y suministro de trabajadores en la nueva Ley Chilena. Revista del Tribunal regional del trabajo, 15a región(30), 2-3.*

Venezuela. (2021). *Ley orgánica del trabajo, de los trabajadores y trabajadoras* . Obtenido de <http://www.onapre.gob.ve/index.php/publicaciones/descargas/finish/43-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras/210-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras>

WEC, W. E. (2021). *The voice of labour Market Enablers. Economic report*. Obtenido de <https://wecglobal.org/uploads/2021/02/WEC-Economic-Report-2021.pdf>

ZAMUDIO, S. F. (2020). *Evasión en sueldos y salarios: redes de Patrones*. Ciudad de México: Universidad de Chapingo.