



1933 - 2018

X Época

Anales de Jurisprudencia

Marzo-Abril 2018

Contenido

Materia Civil

- Juicio controversia de arrendamiento inmobiliario /
Copropiedad
Juicio ordinario civil / Nulidad absoluta
Juicio ordinario civil / Prescripción negativa

Materia Familiar

- Controversia del orden familiar, alimentos /
Principio de proporcionalidad
Controversia del orden familiar, alimentos /
Legitimación procesal del menor
Incidente de fijación de pensión alimenticia /
Estado de necesidad
Juicio divorcio sin causa / Incidente
para la desocupación de un inmueble
Controversia del orden familiar, alimentos / Concubinato

Materia Penal

- Negativa de abrir el procedimiento abreviado emitida por,
el juez de control del sistema procesal penal acusatorio /
Robo calificado

Estudios Jurídicos

- La resolución de Rojina Villegas en el caso Trotsky;
su negativa de libertad preparatoria
al homicida Jacques Mornard
Jorge Ponce Martínez

Publicación Especial

- Resolución de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos de 18 de octubre de 2017 en el Caso
Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina
Pronunciamiento sobre el plazo razonable
en la prisión preventiva
Sentencia del Tribunal Europeo
de Derechos Humanos en el Caso
A. P., Garçon y Nicot vs Francia



Anales de Jurisprudencia

Mgdo. Dr. Álvaro Augusto Pérez Juárez

**Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura
de la Ciudad de México**

Consejeros de la Judicatura de la CDMX

Mtra. Ana Yadira Alarcón Márquez

Dr. Miguel Arroyo Ramírez

Mtra. Aurora Gómez Aguilar

Dr. Jorge Martínez Arreguín

Dra. Blanca Estela del Rosario Zamudio Valdés

La Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones invita a los magistrados, jueces, abogados y estudiosos del Derecho al envío de artículos y estudios jurídicos originales para su publicación.

Los escritos deberán ser presentados en medio impreso y electrónico, con la correspondiente división de títulos y subtítulos. Toda la correspondencia deberá ser enviada a la Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones, ubicada en Dr. Claudio Bernard No. 60, 1er. Piso, Esq. Dr. Jiménez, Col. Doctores, delegación Cuauhtémoc C.P. 06720, en México D.F. Teléfonos, 5134 1441 y 51341100 Ext. 2321. Correo electrónico: analesjurisprudencia.publicaciones@tsjdf.gob.mx

Los artículos firmados son responsabilidad exclusiva de sus autores, y no reflejan en modo alguno el criterio u opinión de la Institución



PUBLICACIÓN CREADA COMO
“DIARIO DE JURISPRUDENCIA” EN 1903,
Y CON LA PRESENTE DENOMINACIÓN
A PARTIR DE 1932

TOMO 352
DÉCIMA ÉPOCA
MARZO-ABRIL 2018

Informes y ventas de:
*Anales de Jurisprudencia, Leyes y Códigos Tematizados, Colecciones
Doctrina y Clásicos del Derecho, y demás obra editorial en la:*

**DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES
DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL**

Dr. Claudio Bernard No. 60, 1er. Piso, Colonia Doctores,
Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06720, Ciudad de México.
Teléfonos: 51-34-14-41 y 51-34-13-23

AJ ANALES DE JURISPRUDENCIA, año 82, tomo 352, marzo-abril, 2018, es una publicación bimestral editada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Niños Héroes No. 132, Col. Doctores, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06720, Ciudad de México, Tel. 5134-1441, www.poderjudicialdf.gob.mx, analesjurisprudencia.publicaciones@tsjdf.gob.mx. Editor responsable: Racial Garrido Maldonado. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2010-073014561200-102; ISSN: 2007-1701; Licitud de Título y Contenido No. 14982, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Colaboradores:
• *Ileana Mónica Acosta Santillán • Sergio Casillas Macedo
• Gustavo Frías Esquivel • Raúl Márquez González
• Elizabeth Roque Olvera • Joel Osvaldo Vega Vizcaín*

Diseño y formato de interiores:
• *Ricardo Montañez Pérez*

Portada:
• *Sandra Juárez Galeote*

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Dr. ÁLVARO AUGUSTO PÉREZ JUÁREZ
**MAGISTRADO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DE LA CIUDAD DE MÉXICO**

Lic. RACIEL GARRIDO MALDONADO
DIRECTOR GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

DIRECTOR DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y PUBLICACIONES

Lic. JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA
FUNDADOR

MATERIA CIVIL

SEXTA SALA CIVIL

MAGISTRADOS:

DELIA ROSEY PUEBLA, FRANCISCO JOSÉ HUBER OLEA
CONTRÓ Y MIGUEL ÁNGEL MESA CARRILLO

PONENTE:

MGDA. DELIA ROSEY PUEBLA

Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia definitiva dictada en el juicio controversia de arrendamiento inmobiliario.

SUMARIO: COPROPIEDAD. CONCEPTO Y LÍMITES. Existe la copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen *pro indiviso* a varias personas, característica que lleva implícito que ninguno de los copropietarios tiene dominio sobre determinadas partes de la cosa o derecho; es decir, el derecho de cada uno de los copropietarios se limita a una parte indivisa, o sea, que ninguno de ellos puede circunscribir su derecho a una parte de la cosa físicamente determinada, siendo titular de una cuota ideal o parte indivisa, expresada por una cifra, es decir, un medio, un cuarto, un tercio, de ahí que cada partícipe tiene el derecho de libre uso de la cosa común, con la condición de no darle un destino impropio ni de causar daño ni perturbación a la posesión de los demás; sin embargo, al ser los copropietarios partícipes, aun de la parte más pequeña del bien común,

no puede restringirse a ninguno de ellos, salvo convenio en contrario, el derecho de usar la totalidad de la cosa, puesto que ambos tienen por igual derechos de copropiedad sobre todas sus partes. Si el copropietario tiene el derecho de reclamar la posesión del bien que le pertenece de otros detentadores o poseedores, entonces válidamente puede, ejercer la acción de terminación o rescisión de contrato de arrendamiento, aunque no hubiere intervenido en su celebración, si al intentarla lo hace con la finalidad de defender su copropiedad frente a quien la detenta o posee, por lo tanto, se considera que la actora puede demandar a la persona que ocupa el predio de su propiedad en calidad de arrendatario, la acción de rescisión del contrato respectivo, así como la entrega de las rentas que por su uso se han generado en su favor y que no hayan sido pagadas, y todas las acciones derivadas del arrendamiento del bien de su propiedad.

Ciudad de México, XX de XXX de XXXX.

Vistos, los autos del toca número XXX/XXXX, relativo al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada REFUGIO en contra de la sentencia definitiva de fecha XX de XXX de XXXX, dictada por el C. juez Quincuagésimo Segundo de lo Civil de esta Ciudad, en los autos del juicio controversia de arrendamiento inmobiliario seguido por TERESA en contra de REFUGIO; y

RESULTANDO:

1. La sentencia definitiva recurrida consta de los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía intentada, en el que la parte actora TERESA, acreditó su acción, y parcialmente la procedencia de sus pretensiones; y la demandada REFUGIO, se constituyó en rebeldía, en consecuencia;

SEGUNDO. Se declara la rescisión del (*sic*) contrato de arrendamiento de fecha XX de XXX de XXXX, celebrado entre RAÚL, en su calidad de arrendador, y por

la otra REFUGIO, como arrendataria, y ÓSCAR, como obligado solidario, respecto del inmueble ubicado en la calle XXX, número XX, departamento XX, colonia XXX, delegación XXX, Ciudad de México, C.P. 00000.

TERCERO. Se condena a la demandada REFUGIO, a la desocupación y entrega del inmueble antes descrito con sus frutos y accesiones, debiendo entregarlo a la parte actora o a quien sus derechos represente, dentro del término de cinco días contados a partir del día siguiente a aquel en que el presente fallo sea legalmente ejecutable, con el apercibimiento que de no hacerlo, se procederá a su lanzamiento a costa propia, y ponerlo en posesión de la parte actora.

CUARTO. Se condena a la demandada REFUGIO, a pagar a la actora o a quien sus derechos represente, las rentas generadas a partir de XXX de XXXX hasta (*sic*) la desocupación y entrega del inmueble arrendado, a razón de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.) cada una, ello atendiendo a los principios de instancia de parte y congruencia de las resoluciones judiciales, mismas que se cuantificarán en el período de ejecución de sentencia, mediante el incidente respectivo.

QUINTO. Se absuelve a la parte demandada de la prestación marcada con el inciso "d" de la demanda, por las razones vertidas en la parte considerativa del presente fallo.

SEXTO. No se hace especial condena en costas a la parte demandada en esta instancia.

SÉPTIMO. Notifíquese personalmente a la parte demandada REFUGIO, con fundamento en lo dispuesto por la fracción VI del artículo 114 del código de procedimientos civiles; y (*sic*) guárdate copia autorizada en el legajo de sentencias respectivo.

2. Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido en efecto devolutivo, por lo que tramitado que fue el recurso, se citó a las partes para oír sentencia definitiva, en base a los siguientes

CONSIDERANDOS:

I. El inconforme expresó como agravios los que constan en su escrito presentado el día XX de XXX de XXXX, mismos que se tienen por reproducidos en obvio de repeticiones innecesarias.

II. Los agravios que hace valer la demandada REFUGIO son infundados, porque de las constancias procesales a las cuales se concede valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto por los artículos 327, fracción VIII, y 403 del código de procedimientos civiles, se advierte que contrario a lo que manifiesta, la sentencia definitiva no viola en su perjuicio el contenido de las tesis de jurisprudencia y los preceptos legales que invoca, ya que está debidamente fundada y motivada, y es clara, precisa y congruente con los hechos materia de la litis, y las pruebas fueron valoradas de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia, para acertadamente declarar procedente la acción de rescisión del contrato de arrendamiento de fecha XX de XXX de XXXX, celebrado por RAÚL, como arrendador y REFUGIO, como arrendatario y ÓSCAR, como obligado solidario, respecto del inmueble ubicado la calle XX, número XX, departamento XX, colonia XXX, delegación XXX, Ciudad de México; y condenarla a la desocupación y entrega del inmueble arrendado, así como al pago de las rentas a partir de XXXX de XXXX, más las que se sigan generando hasta la desocupación y entrega del departamento arrendado.

Asimismo, son infundados los agravios en los que la demandada señala que la actora TERESA, carece de acción y derecho para demandar de forma unilateral la rescisión del contrato de arrendamiento base de la acción, porque ésta se debió hacer valer en participación con el otro copropietario, porque serían afectados sus derechos; argumentos que son incorrectos, porque al respecto los artículos 938 y 943 del código civil, disponen:

ARTÍCULO 938. Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro indiviso a varias personas.

ARTÍCULO 943. Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copropietarios usarla según su derecho.

Asimismo, el artículo 15 del código de procedimientos civiles establece:

El comunero puede deducir las acciones relativas a la cosa común, en calidad de dueño, salvo pacto en contrario, o ley especial. No puede sin embargo, transigir ni comprometer en árbitros el negocio, sin consentimiento unánime de los demás condueños.

De una correcta interpretación de los citados preceptos legales, se advierte que existe la copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen *pro indiviso* a varias personas, característica que lleva implícito que ninguno de los copropietarios tiene dominio sobre determinadas partes de la cosa o derecho; es decir, el derecho de cada uno de los copropietarios se limita a una parte indivisa, o sea, que ninguno de ellos puede circunscribir su derecho a una parte de la cosa físicamente determinada, siendo titular de una cuota ideal o parte indivisa, expresada por una cifra, es decir, un medio, un cuarto, un tercio, de ahí que cada partícipe tiene el derecho de libre uso de la cosa común, con la condición de no darle un destino impropio ni de causar daño ni perturbación a la posesión de los demás; sin embargo, al ser los copropietarios partícipes, aun de la parte más pequeña del bien común, no puede restringirse a ninguno de ellos, salvo convenio en contrario, el derecho de usar la totalidad de la cosa, puesto que ambos tienen por igual derechos de copropiedad sobre todas sus partes.

Por tanto, un copropietario válidamente, en lo personal, puede realizar las diligencias conducentes a dar por terminado un contrato de arrendamiento, ejercitando por su propio derecho la acción de rescisión correspondiente, puesto que cada partícipe puede servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas de acuerdo a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copropietarios usarla según su derecho, porque el hecho de que el copropietario no cuente con el consentimiento de sus demás copropietarios, no es incumbencia del arrendatario sino precisamente de los demás copropietarios, que en determinado momento pueden ejercer las acciones legales pertinentes para defender los derechos que crean se hayan afectados por la conducta de uno de ellos.

En ese orden de ideas, si el copropietario tiene el derecho de reclamar la posesión del bien que le pertenece de otros detentadores o poseedores, entonces válidamente puede ejercer la acción de terminación o rescisión de contrato de arrendamiento, aunque no hubiere intervenido en su celebración, si al intentarla lo hace con la finalidad de defender su copropiedad frente a quien la detenta o posee, por lo tanto, se considera que la actora puede demandar a la persona que ocupa el predio de su propiedad en calidad de arrendatario, la acción de rescisión del contrato respectivo, así como la entrega de las rentas que por su uso se han generado en su favor y que no hayan sido pagadas; y todas las acciones derivadas del arrendamiento del bien de su propiedad.

Ahora bien, de las constancias de autos que han sido debidamente valoradas, se advierte que la actora TERESA, para acreditar su legitimación en el presente asunto, exhibió la copia certificada de la escritura pública número XX,XXX (XXXX), de la que en su parte conducente se transcribe lo siguiente:

Volumen XXX.

Escritura XXXXX

En la Ciudad de México, a XX de XXX de XXXX, yo, el licenciado JOSÉ, Notario Público número XX del Distrito Federal, hago constar el contrato de COMPROVENDITA que ante mí otorgan: de una parte como vendedores, los señores GUILLERMO y ENRIQUE, el primero por su propio derecho y con el consentimiento de su esposa la señora AMPARO; y el segundo, en representación y como albacea y único heredero de la sucesión testamentaria a bienes de la señora MACLOVIA; y de otra parte, como compradores, el señor AGUSTÍN y las menores PATRICIA y TERESA, representadas por su padre en ejercicio de la patria potestad sobre las mismas, señor AGUSTÍN, de acuerdo con las cláusulas que constan después de los siguientes.

Antecedentes: (...) II. Por escritura pública número XXXX, de fecha XX de XXX de XXXX, otorgada ante el licenciado, Rafael, Notario Público número XX de esta capital (...) la señora Maclovia, adquirió por compra (...) el lote número XX, de la manzana X. del fraccionamiento llamado colonia XXX, ex municipalidad de XXXX, hoy delegación de XXXX de esta Ciudad. (...)sobre dicho predio la señora Maclovia, construyó de su propio peculio la casa marcada actualmente con el número XX de las calles XXX, colonia XXX, delegación XXXX de esta Ciudad. (...)

Expuesto lo anterior, los comparecientes otorgan las siguientes.

CLÁUSULAS:

PRIMERA. El señor Guillermo, por su propio derecho, y con el consentimiento que en este acto le presta su esposa la señora Amparo; y el señor Enrique, como albacea y único heredero de la sucesión testamentaria a bienes de la señora Maclovia, venden cada uno, el cincuenta por ciento indiviso que les correspondían en la copropiedad de la casa número XX de las calles de XXX y terreno que ocupa, o sea el lote número XX de la manzana X. del fraccionamiento colonia XXX, en la ex municipalidad de XXX, actualmente delegación de XXX, Distrito Federal, en favor del señor Agustín, y a las menores Patricia y Teresa, representadas por su padre, en ejercicio de la patria potestad sobre las mismas, señor Agustín, quienes adquieren la propiedad de dicho inmueble, como sigue: el cincuenta por ciento, el

señor Agustín; y el otro cincuenta por ciento, las menores mencionadas, formando en consecuencia, una copropiedad entre los tres adquirentes, o sea, el señor Agustín y las menores Patricia y Teresa, en la proporción de un cincuenta por ciento el primero, y un veinticinco por ciento cada una de las dos menores. (...)

En ese sentido, contrario a lo que sostiene la demandada apelante, en el presente asunto no se actualiza el *litisconsorcio* pasivo necesario, porque la parte actora TERESA, como copropietaria del bien inmueble arrendado, puede hacer valer las acciones personales relacionadas con el inmueble objeto del arrendamiento, sin la participación de los restantes copropietarios, de ahí que contra lo que argumenta en sus agravios la parte demandada, la actora está legitimada para reclamar de: REFUGIO, las prestaciones que se indican en el escrito inicial de demanda, y en todo caso corresponde a ésta última como arrendataria, oponer las excepciones que nazcan del propio contrato de arrendamiento celebrado, es decir, el hecho de que la copropietaria no suscribió el contrato de arrendamiento, no quiere decir que no pueda, en su calidad de condueña demandar la terminación o rescisión del contrato.

Se apoyan las anteriores consideraciones en tesis sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XX, agosto de 2004, página 1553.

ARRENDAMIENTO. EL DUEÑO DEL BIEN ESTÁ LEGITIMADO PARA EJERCER LA ACCIÓN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO EN DEFENSA DE SU PROPIEDAD, AUN CUANDO NO HUBIERE INTERVENIDO EN SU CELEBRACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De conformidad con el artículo 984 del Código Civil para el Estado de Puebla la propiedad es un derecho real que faculta a su titular para usar, gozar y disponer de un bien, con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes; de ahí que el propietario pueda servirse de la cosa conforme a su naturaleza, percibir su producto, disponer de ella y reclamarla de

otros detentadores, a esto último en el derecho romano se le conoció como el *ius vindicani*. Por tanto, si el propietario, entre otros beneficios, puede reclamar de los detentadores o poseedores el bien que le pertenece, entonces válidamente puede, para tal efecto, ejercer la acción de terminación de contrato de arrendamiento, aunque no hubiere intervenido en su celebración, si al intentarla lo hace con la finalidad de defender su propiedad frente a quien la detenta o posee. A esta conclusión se arriba al aplicar la máxima que dice “quien puede lo más, puede lo menos”.

Asimismo, tiene aplicación la jurisprudencia por contradicción aprobada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIV, septiembre de 2001, página 43, de rubro y contenido siguiente:

ARRENDAMIENTO. EL COPROPIETARIO ESTÁ LEGITIMADO PARA REALIZAR LAS DILIGENCIAS CONDUCENTES A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO RESPECTIVO Y PARA EJERCITAR LA ACCIÓN RESCISORIA CORRESPONDIENTE, SIN LA CONCURRENCIA DE LOS DEMÁS COPROPIETARIOS (LEGISLACIONES DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA Y DISTRITO FEDERAL). Si bien la figura jurídica de la copropiedad existe cuando dos o varias personas pueden realizar actos de pertenencia, pro indiviso, sobre una misma cosa o derecho, lo que supone que éstos no pertenecen a los copropietarios sino en una parte proporcional, ideal y abstracta, además de que supone también un estado de indivisión, en el que cada copropietario ejerce su derecho de goce respecto de toda la cosa, ello no es obstáculo para estimar que cualquiera de los condueños se encuentra legitimado para realizar diligencias de jurisdicción voluntaria conducentes a dar por terminado un contrato de arrendamiento, o bien, ejercitar la acción de rescisión correspondiente, sin contar con el consentimiento de los demás copropietarios. Ello es así, porque conforme a lo establecido en el artículo 15 de los Códigos de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California y Distrito Federal, respectivamente, el comunero puede deducir las acciones relativas a la cosa o derecho común en calidad de dueño, salvo pacto en contrario o ley especial y, por tanto, el comunero podrá tramitar las accio-

nes que se encuentren relacionadas con la cosa común, ya sean reales o personales, sin que sea necesaria la participación de los restantes copropietarios, lo que de ninguna manera deja indefenso al copropietario o copropietarios que no participaron en esta decisión, ya que válidamente pueden ejercitar las acciones pertinentes en defensa de sus derechos e igualmente el arrendatario puede oponer las excepciones que crea pertinentes y que surjan del propio contrato de arrendamiento.

En mérito de lo anterior, ante lo infundado de los agravios deberá confirmarse la sentencia definitiva apelada.

III. Por encontrarse el presente caso dentro de los supuestos de la fracción IV del artículo 140 del código de procedimientos civiles, se condena a la demandada apelante al pago de costas en ambas instancias.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE:

PRIMERO. Fueron infundados los agravios hechos valer por la apelante.

SEGUNDO. Se confirma en sus términos la sentencia definitiva de fecha XX de XXX de XXXX, dictada por el C. Juez Quincuagésimo Segundo de lo Civil de esta Ciudad.

TERCERO. Se condena a la demandada apelante al pago de las costas causadas en ambas instancias.

CUARTO. Notifíquese con testimonio de la presente resolución, hágase del conocimiento del *a quo* y hecho que sea archívese el toca como asunto concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados que integran la Sexta Sala Civil del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Delia Rosey Puebla, Francisco José Huber Olea Contró y Miguel Ángel Mesa Carrillo, siendo ponente la primera de los nombrados, ante el C. Secretario de Acuerdos, Juan Ulloa Cruz, quien autoriza y da fe.

SEXTA SALA CIVIL

MAGISTRADOS:

DELIA ROSEY PUEBLA, FRANCISCO JOSÉ HUBER OLEA
CONTRÓ Y MIGUEL ÁNGEL MESA CARRILLO

PONENTE:

MGDA. DELIA ROSEY PUEBLA

Recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia definitiva dictada en el juicio ordinario civil.

SUMARIO: NULIDAD ABSOLUTA. CONCEPTO. El artículo 2226 del Código Civil establece que la nulidad absoluta, es la sanción cuyo bien jurídico protegido es el interés de la sociedad, que se origina con el nacimiento del acto jurídico, porque va contra una disposición de la ley, la que no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad, en esta nulidad los actos no pueden convalidarse ni por prescripción, caducidad o confirmación, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada.

Ciudad de México, XX de XXX de XXXX.

Vistos, los autos del toca número XXX/XXXX, relativo al recurso de apelación interpuesto por la parte actora GUADALUPE en contra de la

sentencia definitiva de fecha XX de XXX del año XXXX, dictada por la C. Juez Cuadragésimo Quinto de lo Civil de esta Ciudad, en los autos del juicio ordinario civil seguido por GUADALUPE en contra de YOVANI; y

RESULTANDO:

1. La sentencia definitiva recurrida consta de los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía ordinaria civil en la que la acción intentada por la parte actora resultó improcedente.

SEGUNDO. Se absuelve a YOVANI, también conocido como GIOVANY, de todas y cada una de las prestaciones que le fueron demandadas.

TERCERO. En cuanto a la acción reconvencional intentada por YOVANI, también conocido como GIOVANY resultó fundada y GUADALUPE no justificó sus excepciones y defensas, por tanto:

CUARTO. Se decreta la inexistencia del contrato privado de compraventa de fecha XX de XXX de XXXX, celebrado entre MARÍA y GUADALUPE, respecto del inmueble que se encuentra ubicado en la avenida XX número XXX, y terreno en que está construido, lote fracciones XX norte y XX-sur, manzana XXX, colonia XXX, delegación XXXX, en esta Ciudad de México.

QUINTO. Se declara que el acto jurídico contenido en el contrato de fecha XX de XXX de XXXX, entre MARÍA y GUADALUPE, no produce efecto legal alguno.

SEXTO. No se hace especial condena en costas procesales en la presente instancia.

SÉPTIMO. Notifíquese y guárdese copia autorizada de la presente resolución en el legajo de sentencias de este juzgado.

2. Inconforme la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, por lo que tramitado que fue el recurso, se citó a las partes para oír sentencia definitiva, en base a los siguientes

CONSIDERANDOS:

I. El inconforme expresó como agravios los que constan en su escrito presentado el día XX de XXX de XXXX, mismos que se tienen por reproducidos en obvio de repeticiones innecesarias.

II. Los argumentos hechos valer por el actor en el principal GUADALUPE son infundados, porque de constancias procesales a las cuales se concede valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto por los artículos 327, fracción VIII y 403 del código de procedimientos civiles, se advierte que contrario a lo que manifiesta, la sentencia definitiva que impugna no viola en su perjuicio el contenido de las tesis de jurisprudencia y los preceptos legales que invoca, ya que está debidamente fundada y motivada, y es clara, precisa y congruente con los hechos materia de la *litis*, y las pruebas fueron valoradas de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia, para acertadamente declarar improcedente la acción reivindicatoria intentada por el actor quien no acreditó la propiedad del inmueble que reclama, y procedente la acción reconvenencial de nulidad del contrato privado de compraventa de fecha XX de XXX de XXXX, que exhibió el actor en el juicio principal como base de su acción.

En ese orden de ideas, debe precisarse que contrario a lo que alega el apelante, es correcto que el juzgador analizara preferentemente la acción de nulidad que hizo valer el reconvencionista para invalidar el contrato privado de compraventa de fecha XX de XXX de XXXX, que exhibió el actor en el principal como base de su acción reivindicatoria, respecto del bien inmueble ubicado en avenida XXX, número XXX y terreno en que está construido lote fracciones XX-norte y XX-sur, colonia XXX, delegación XXXX, en esta Ciudad, decisión que es acertada, ya que es necesario determinar previamente, si procede o no, la nulidad reclamada, porque de ser fundada, el documento que se exhibe como base de la acción en el juicio principal no producirá efecto legal alguno,

y en el caso a estudio, traería como consecuencia que no se demuestre la presencia de un justo título de propiedad que origina, la falta de comprobación de uno de los elementos de la acción reivindicatoria que se hace valer.

Es aplicable al caso la jurisprudencia sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible en la página mil quinientos treinta, del tomo 2, de julio de dos mil trece, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, de rubro y contenido siguiente:

RECONVENCIÓN. SI EN ESTA VÍA EL DEMANDADO INTENTA LA NULIDAD DEL TÍTULO EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN PRINCIPAL (REIVINDICATORIA), EL JUZGADOR DEBE EXAMINARLA EN PRIMER ORDEN, PUES SÓLO ASÍ SE PODRÁ ESTABLECER SI ES APTO O NO PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL BIEN RAÍZ QUE SE PRETENDA REIVINDICAR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Atento a los artículos 25 del Código Civil para el Estado de Puebla y del 355 al 361 del Código de Procedimientos Civiles para dicha entidad, no se concluye que al redactar la sentencia el juzgador deba abordar primigeniamente la acción principal y con posterioridad la reconvencional, y sí en cambio que para la redacción de las sentencias no se requiere forma especial, estatuyendo la obligación de fundarlas y motivarlas. Por tanto, cuando en vía de acción se ejerce la reivindicatoria y el demandado en vía de reconvenCIÓN intenta la acción de nulidad del título en que se funda la acción principal, por cuestión de metodología jurídica los juzgadores deben examinar, en primer orden, la acción de nulidad, puesto que lo que busca el demandante reconvencional es que la autoridad judicial declare que el título cuestionado no surte efectos jurídicos en el mundo fáctico, esto es, que impacte en el juicio en que se impugna y contra terceros o cualquier otro interesado a dicho controvertido. Luego, si para que se declare probada la acción reivindicatoria el actor debe acreditar, entre otros elementos, la propiedad de la cosa que reclama; es innegable que, atendiendo a la propia naturaleza del juicio natural, el juzgador debe examinar, en primer término, la acción de nulidad intentada, pues sólo realizando ese análisis se

estará en condiciones de establecer si el título del actor principal es apto o no para acreditar la propiedad del bien raíz que se pretende reivindicar.

Por otra parte, es infundado el agravio del actor apelante, en el que señala que el juzgador omitió estudiar los presupuestos procesales concernientes al interés jurídico y legitimación en la causa para el ejercicio de la acción reconvencional planteada por YOVANI, también conocido como GIOVANY, argumento que se reitera, es infundado, porque no son lo mismo, los presupuestos para el ejercicio de la acción, que las condiciones para la procedencia de ésta, pues los primeros son los requisitos para ejercer la acción y necesarios para la admisión de la demanda y la validez del procedimiento, mientras que las segundas, constituyen las condiciones necesarias para el acogimiento de la acción en la sentencia definitiva, por lo que una de esas condiciones para la procedencia de la acción, es la legitimación en la causa o relación jurídica sustancial (activa o pasiva) que se refiere a la calidad de las partes en el juicio, e implica que la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada por la ley para satisfacerlo; esa relación jurídica sustancial, como una de las condiciones para acoger la acción, en principio corresponde al actor acreditarla demostrando su calidad de titular del derecho y la calidad de obligado al demandado; sin embargo, debe analizarla el juzgador aun de oficio en la sentencia definitiva e incluso, el tribunal de Alzada aunque no haya sido materia de la apelación, ya que no es posible dictar sentencia definitiva que resuelva el fondo del negocio sin que previamente se haya estudiado la legitimación de las partes en el juicio, de tal manera que, no existiendo aquélla, ya sea activa o pasiva, no es posible hacer un pronunciamiento del derecho.

En ese sentido, el agravio en el que el apelante refiere que la juzgadora estudio de manera extemporánea, las excepciones de falta de

legitimación activa, falta de interés jurídico del reconvencionista; es inoperante porque como ya se dijo la legitimación en la causa, no es un presupuesto procesal, sino una condición para obtener sentencia favorable, es decir, es la identidad del actor con la persona a cuyo favor está la ley; en consecuencia, el actor estará legitimado en la causa cuando ejercita un derecho que realmente le corresponde, la cual atañe al fondo de la cuestión litigiosa y, por tanto, lógicamente, sólo puede analizarse en el momento en que se pronuncie la sentencia definitiva.

Es aplicable al caso la jurisprudencia sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Sexto Circuito, visible en la página mil doscientos cuarenta, del tomo V, Apéndice del año dos mil once, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, de rubro y contenido siguiente:

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SÓLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA. Debe distinguirse la legitimación en el proceso, de la legitimación en la causa. La primera es un presupuesto del procedimiento que se refiere o a la capacidad para comparecer al juicio, para lo cual se requiere que el compareciente esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, o a la representación de quien comparece a nombre de otro. En este sentido, siendo la legitimación ad procesum un presupuesto procesal, puede examinarse en cualquier momento del juicio, pues si el actor carece de capacidad para comparecer a él o no justifica ser el representante legal del demandante, sería ociosa la continuación de un proceso seguido por quien no puede apersonarse en el mismo. En cambio, la legitimación en la causa, no es un presupuesto procesal, sino una condición para obtener sentencia favorable. En efecto, ésta consiste en la identidad del actor con la persona a cuyo favor está la ley; en consecuencia, el actor estará legitimado en la causa cuando ejercita un derecho que realmente le corresponde. Como se ve, la legitimación ad causam atañe al fondo de la cuestión litigiosa y, por tanto, lógicamente, sólo puede analizarse en el momento en que se pronuncie la sentencia definitiva.

Ahora bien, al respecto es preciso señalar que el artículo 2226 del código civil, establece que la nulidad absoluta, es la sanción cuyo bien jurídico protegido es el interés de la sociedad, que se origina con el nacimiento del acto jurídico, porque va contra una disposición de la ley, la que no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad, en esta nulidad los actos no pueden convalidarse ni por prescripción, caducidad o confirmación, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada.

Por tanto, contrario a lo que considera el actor apelante, el reconvencionista YOVANI, también conocido como GIOVANY, está legitimado para demandar en la vía ordinaria civil, la nulidad del contrato privado de compraventa de fecha XX de XXX de XXXX, prevista en el artículo 2226 del código citado, porque si bien es cierto, él no fue parte en el contenido de dicho documento, también es cierto, que en términos del artículo primero del código de procedimientos civiles, el interés jurídico del reconvencionista es que se declare nulo dicho acto jurídico, porque con dicho documento, el actor en el principal pretende demostrar la propiedad del inmueble, como elemento de la acción reivindicatoria que se hace valer en el juicio principal, lo que aduce, afecta a su derecho de posesión que en concepto de propietario que sobre el inmueble litigioso ha venido detentando, por virtud de un contrato de donación, a través del cual se le trasladó el dominio y le da derecho a poseerlo; que por esa razón reclama la nulidad del contrato privado de compraventa base de la acción, la que sustentó en el hecho de que si la señora MARÍA, supuesta vendedora, falleció el XX de XXX de XXXX, jurídicamente es imposible que el XX de XXX de XXXX, hubiese celebrado un contrato de compraventa con el señor GUADALUPE, respecto del inmueble litigioso, que por tanto, el acto es nulo por ausencia de consentimiento; de ahí que el reconvencionis-

ta YOVANI, también conocido como GIOVANY, tiene un interés legítimo para válidamente reclamar su nulidad, con independencia de la calidad de la posesión que detente con respecto al juicio litigioso, puesto que esas circunstancias no son materia de estudio de la acción de nulidad absoluta que se analiza.

Es aplicable al caso la jurisprudencia por contradicción de tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 828 del tomo XXXIV, septiembre de 2011, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, de rubro y contenido siguiente:

NULIDAD ABSOLUTA. PUEDE EJERCER LA ACCIÓN RELATIVA TODO AQUEL QUE CUENTE CON INTERÉS JURÍDICO Y DE ELLA SE PUEDE PREVALER TODO INTERESADO UNA VEZ DECRETADA POR AUTORIDAD JUDICIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 2226 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Si bien el citado precepto establece que todo interesado se puede prevalecer de la nulidad absoluta y que ésta se actualiza como la sanción máxima que el legislador impone a los actos jurídicos imperfectos, debe interpretarse que dicha facultad le corresponde a aquel que tenga interés jurídico para demandar la nulidad absoluta de un acto y no sólo por las partes intervenientes en él. Ello en atención a que la nulidad absoluta se actualiza cuando la trascendencia del vicio que la provoca es de tal entidad que afecta el interés general, por ser contrario a una ley prohibitiva o de orden público. En consecuencia, si la nulidad absoluta puede ser solicitada ante autoridad judicial únicamente por persona que cuente con interés jurídico, luego entonces, cualquier interesado se puede prevalecer de ella hasta la declaratoria judicial en términos del artículo en comento, pues prevalecer significa “valerse o servirse de una cosa”. Así, al sustituir el vocablo de referencia por su significado, debe entenderse que el precepto legal en cita dispone que de los efectos de la nulidad absoluta puede valerse o servirse todo interesado, una vez decretada por autoridad judicial.

Por otra parte, son infundados los agravios que hace valer la parte actora en el principal, en el sentido de que la jueza natural se encontraba impedida para estudiar la acción reconvencional de nulidad y suplir la deficiencia de la queja del actor en la reconvención, porque mediante proveído de XX de XXX de XXXX, no se admitió a trámite el incidente de impugnación de documento que hizo valer el demandado YOVANI, también conocido como GIOVANY, actor en la reconvención, respecto al contrato privado de compraventa de fecha XX de XXX de XXXX; y que al no tenerse por redargüido o impugnado de falso, el acto jurídico que en él se contiene, adquirió valor de prueba plena, en términos del artículo 335 del código de procedimientos civiles. Que aunado a ello, la juzgadora indebidamente consideró pruebas que el reconvencionista no ofreció, porque si bien es cierto exhibió el acta de defunción de la señora, que dicha documental la aportó para acreditar la impugnación de falsedad del contrato base de la acción, la que no debió valorarse, porque dicha impugnación no se admitió; al respecto debe decirse que sus argumentos son infundados, porque no es verdad que el reconvencionista para desvirtuar el valor probatorio de un documento público, que exhibió su contraria, tuviese la obligación de promover la impugnación de falsedad de ese documento en términos de lo que establece el artículo 386 del código de procedimientos civiles, ya que la impugnación de un título de propiedad como es el caso, también puede hacerse valer como acción principal, como excepción al contestar la demanda en un juicio reivindicadorio, o bien como acción reconvencional, de ahí que si bien es cierto por auto de XX de XXX de XXXX, no se admitió a trámite, la impugnación del contrato privado de compraventa fecha XX de XXX de XXXX, que hizo valer el enjuiciado al contestar la demanda, también es cierto, que ello no era impedimento legal alguno, para que este último hiciera valer la nulidad de dicho contrato base, ya sea como excepción o bien como acción reconvencional, aunque los efectos en

uno y otro caso sean distintos, de ahí que contrario a lo que aduce la parte actora en sus agravios, es correcto que la jueza natural entrara al estudio de la acción reconvencional de nulidad, con independencia que de constancias de autos se advierta que se desechó la impugnación del documento base que hizo valer al contestar la demanda.

Es aplicable al caso la tesis sustentada por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito, visible en la página 1473, del tomo XXI, mayo de 2005, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, de rubro y contenido siguiente:

INCIDENTE DE FALSEDAD DE DOCUMENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 386 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. SU PROMOCIÓN NO CONSTITUYE UNA OBLIGACIÓN INSOSLAYABLE DE QUIEN PRETENDE DESVIRTUAR EL VALOR PROBATORIO DE UN DOCUMENTO PÚBLICO. No es verdad que una de las partes en juicio, para desvirtuar el valor probatorio de un documento público exhibido por su contraria, hubiese tenido la obligación insoslayable de promover el incidente de falsedad de documento que establece el artículo 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues bien puede ser que la parte a quien en principio perjudica dicho documento, haga valer su falsedad en el escrito de contestación de la demanda, al oponer la excepción de inexistencia del acto jurídico que en dicho documento se contiene, por lo que si tal cuestión formó parte de la litis deducida en el pleito, en esa forma, ello produce que sea innecesario, como se dijo, que para desvirtuar el valor probatorio de un documento público, se promueva el incidente citado, máxime que el artículo 333 del citado código, no establece que la impugnación deba revestir determinada formalidad.

Asimismo, es aplicable la jurisprudencia sustentada por Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Sexto Circuito, visible en la página 1155, del tomo XXX, octubre de 2009, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, de rubro y contenido siguiente:

ACCIÓN REIVINDICATORIA. LA NULIDAD DEL TÍTULO FUNDATORIO PUEDE HACERSE VALER COMO EXCEPCIÓN O COMO ACCIÓN RECONVENCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). La nulidad de un título de propiedad no solamente puede hacerse valer como acción principal, sino también como excepción al contestar la demanda en un juicio reivindicatorio, o bien como acción reconvencional, en virtud de que en principio, los artículos 245, 248, 248 bis y 249 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla abrogado, establecen que el demandado formulará su contestación de demanda refiriéndose a cada uno de los hechos expuestos por la parte actora en su libelo, y que de existir objeción a los documentos exhibidos por su enjuiciante, expresará el motivo o causa de la objeción, anunciando las pruebas que la justifiquen, pudiendo reconvenir al actor en el mismo curso; asimismo, el numeral 454 del mismo cuerpo legal, prevé que la sentencia tratará exclusivamente de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas; y, por otra parte, no se advierte impedimento alguno para hacer valer la nulidad aludida por vía de excepción o de acción reconvencional, aunque los efectos en uno y otro caso difieran, ya que si se hace valer como excepción y resulta procedente, se tendría por no demostrado el primer elemento de la acción reivindicatoria, en tanto que la acción reconvencional de nulidad traería como consecuencia la declaración judicial de ser nulo el título de propiedad correspondiente.

Asimismo, es infundado lo alegado por el apelante al señalar que la juez natural, al dictar la sentencia definitiva impugnada, indebidamente valorara la copia certificada del acta de defunción de la señora MARÍA, de fecha XX de XXX de XXXX, que exhibió el demandado al contestar la demanda; no obstante que fue desechada la impugnación de falsedad de documento, en el que fue ofrecida como prueba; argumentos que se reitera son infundados, porque con fundamento en el artículo 95 fracción III, basta que los documentos base se exhiban anexos a la demanda o contestación para que se tomen como prueba al momento de resolver el asunto, sin necesidad de que sean ofrecidos formalmente,

con los requisitos de idoneidad y pertinencia que estable el artículo 291 del código de procedimientos civiles, porque al tratarse de elementos de prueba que se relacionan al momento de relatar los hechos de la demanda, por ser fundatorios de la acción ejercida, queda definido el papel que juega su aportación, de ahí que para ser valorados por el juzgador es suficiente que se aporten.

Tiene aplicación al caso la tesis aislada por analogía, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en materias Civil y del Trabajo del Quinto Circuito, visible en la página 1167, del tomo XXIII, junio de 2006, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, de rubro y contenido siguiente:

JUICIO ORDINARIO MERCANTIL. BASTA CON QUE LOS DOCUMENTOS FUNDATORIOS DE LA ACCIÓN SE EXHIBAN ANEXOS A LA DEMANDA PARA QUE SE TOMEN COMO PRUEBAS AL MOMENTO DE RESOLVER EN AQUÉL. Basta con que los documentos base se exhiban anexos a la demanda, como lo exige el artículo 1061, fracción III, del Código de Comercio, para que se tomen como pruebas al momento de resolver el asunto, sin necesidad de que sean ofrecidos formalmente, con los requisitos de idoneidad y pertinencia previstos en el diverso artículo 1198 del citado código, esto es, indicando el hecho o hechos que traten de demostrar con ellos, así como las razones por las cuales considere el oferente que demostrará sus afirmaciones, puesto que al tratarse de elementos de prueba que se relacionan al momento de relatar los hechos de la demanda, por ser fundatorios de la acción ejercida, queda definido el papel que juega su aportación; de tal suerte que, para ser valorados por el juzgador, es suficiente que se aporten en términos de la regla especial contemplada en el primero de los preceptos citados, en cuyo caso no es aplicable la regla general para el ofrecimiento de pruebas a que alude el diverso artículo 1198, dado que en éste, sólo se incluyen las pruebas distintas a los documentos en que se funda la acción, como son la inspección, pericial, entre otras, las cuales hasta el momento de ofrecerse, se vinculan con determinados hechos de la demanda, de ahí la necesidad de que en relación con éstas, se cumplan

las exigencias previstas en dicho numeral, lo que no acontece tratándose de los documentos en que se funde la acción.

Por otra son inoperantes los agravios en los que el demandado apelante refiere, que objetó el acta de la señora MARÍA, porque no contiene la certificación del fallecimiento de dicha persona, ni la transcripción del acta original, como tampoco la firma del funcionario que dio fe del acto, y que ante tal impugnación la juzgadora debió decretar el cotejo con los archivos del Registro Civil, donde ésta la matriz del documento, y que al no hacerlo así, que dicho documento carece de eficacia jurídica; argumentos que son inoperantes porque el apelante reclama violaciones de carácter procesal, y en el recurso que nos ocupa sólo puede analizarse la legalidad o no del fallo definitivo, esto es, aquel que resolvió la sustancia de la controversia, y no así las violaciones cometidas durante el procedimiento, dado que se trata de cuestiones ajenas a la emisión de la sentencia definitiva, por lo que en todo caso, el demandado debió impugnar el proveído de XX de XXX de XXXX, mediante el cual el juzgador tuvo a la parte demandada en la reconvenCIÓN, por objetados los documentos que exhibió su contraria, en términos del artículo 340 del código de procedimientos civiles y no como impugnación de falsedad de documento a que se refiere el artículo 386 del código de procedimientos civiles, el cual refiere que para la impugnación de documentos públicos el interesado deberá precisar los documentos indubitables del cotejo y promover la prueba pericial respectiva, por lo que si el demandado no lo impugnó, el mismo se encuentra firme y constituye un acto consentido, consecuentemente, el agravio que se examina es inoperante.

Se apoya la anterior consideración en la Jurisprudencia número 1a./J. 8/2001, página 5, tomo XIII, marzo de 2001, novena época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que dice:

APELACIÓN, RECURSO DE. ES IMPROCEDENTE EL ESTUDIO DE LAS VIOLACIONES PROCESALES PLANTEADAS, CUANDO SE COMBATE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO (ARTÍCULO 423 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO). El referido precepto establece la obligación de las Salas Civiles del Tribunal Superior de Justicia de ese Estado, de que al conocer del recurso de apelación, confirmen, revoquen o modifiquen la sentencia o el auto dictado en primera instancia, en los puntos relativos a los agravios expresados, sin distinguir tal precepto, si dichos agravios deben referirse a cuestiones de índole procesal o sustantiva. Ahora bien, si se toma en consideración que el objeto del mencionado recurso es confirmar, revocar o modificar la sentencia de primer grado, debe entenderse que su examen se limita a analizar los errores u omisiones en que se haya incurrido en dicha resolución, lo cual excluye los cometidos fuera de la misma, como serían las violaciones acaecidas durante el desarrollo del juicio; además, al no existir reenvío en el citado recurso, de resultar fundada alguna violación procesal no podría revocarse para el efecto de ordenar al juez de primera instancia la reposición del procedimiento, sin que tampoco pueda estimarse que el tribunal de alzada deba sustituirse al a quo a fin de subsanar dicha violación, toda vez que su función es revisora. Por tanto, debe concluirse que en el recurso de apelación resulta improcedente analizar las violaciones procesales planteadas en los agravios.

Asimismo, son inoperantes los agravios en los que el recurrente señala que la juzgadora, no valoró, que en autos se demostró la falsedad e inexistencia del contrato de donación que exhibió el reconvencionista, el que aduce, fue elaborado de manera unilateral y artificiosamente, aunado a que éste último se abstuvo de mencionar y probar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que adquirió el bien reclamado, porque lo cierto es que ni RAÚL, ni su causante MARIANO, tienen la propiedad del inmueble controvertido, argumentos que se reitera son inoperantes, ya que al acreditarse la acción de nulidad del contrato privado de compraventa de fecha XX de XXX de XXXX, era innecesario

que el juzgador entrara al estudio de los elementos de la acción reivindicatoria, y en su caso valorar las pruebas aportadas por el demandado en el juicio principal YOVANI, y con las cuales pretendió acreditar tener la legítima posesión del bien inmueble litigioso

Es aplicable al caso, la tesis sustentada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página diecisiete, septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, de rubro y contenido siguiente:

APELACIÓN. LA FALTA DE UN ELEMENTO PROCESAL CONSTITUTIVO DE LA ACCIÓN, RELEVA AL TRIBUNAL DE ALZADA DE ESTUDIAR LOS AGRAVIOS RELATIVOS A LA APRECIACIÓN DE PRUEBAS QUE TIENDEN A LA DEMOSTRACIÓN DE LOS HECHOS. Si el tribunal de alzada encontró que la acción ejercitada era improcedente por ausencia de uno de sus elementos constitutivos, no tuvo por que estudiar los agravios que impugnaban la apreciación del *a quo* de las pruebas respectivas, dado que tal análisis que mira hacia la demostración de los hechos constitutivos de la acción, conforme al artículo 228 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, tiene como presupuesto lógico la procedencia de la misma, lo que no se da si la demandante carecía por ejemplo de legitimación activa, que es requisito de procedencia previsto por el artículo 1o., fracción I, del mismo ordenamiento.

Finalmente, son infundados los agravios, en los que el apelante señala que la jueza natural indebidamente declara improcedente la excepción de prescripción de la acción de nulidad de contrato, porque contrario a ello debe decirse, que si en el juicio que nos ocupa, se acreditó la nulidad absoluta del contrato privado de compraventa de fecha XX de XXX de XXXX, ante la falta de consentimiento de la vendedora MARÍA, lo que provocó la inexistencia del acto jurídico, por lo tanto este último, no produce los efectos legales esperados, de ahí que

si la acción de nulidad absoluta, puede invocarse por todo interesado, y no desaparece por confirmación, resulta claro que dicha acción es imprescriptible.

III. Por encontrarse el presente caso dentro de los supuestos de la fracción IV del artículo del código de procedimientos civiles, se condena a la parte actora en el principal al pago de costas en ambas instancias.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE:

PRIMERO. Fueron infundados los agravios hechos valer por el apelante.

SEGUNDO. Se confirma en sus términos la sentencia definitiva de fecha XX de XXX de XXXX, dictada por el C. Juez Cuadragésimo Quinto de lo Civil de esta ciudad.

TERCERO. Se condena al apelante al pago de las costas causadas en ambas instancias.

CUARTO. Notifíquese con testimonio de la presente resolución, hágase del conocimiento del *a quo* y hecho que sea archívese el toca como asunto concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados que integran la Sexta Sala Civil del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Delia Rosey Puebla, Francisco José Huber Olea Contró y Miguel Ángel Mesa Carrillo, siendo ponente la primera de los nombrados, ante el C. Secretario de Acuerdos, Juan Ulloa Cruz, quien autoriza y da fe.

SEXTA SALA CIVIL

MAGISTRADOS:

DELIA ROSEY PUEBLA, FRANCISCO JOSÉ HUBER OLEA
CONTRÓ Y MIGUEL ÁNGEL MESA CARRILLO

PONENTE:

MGDA. DELIA ROSEY PUEBLA

Recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia definitiva dictada en el juicio ordinario civil. Prescripción negativa.

SUMARIO: PRESCIPCIÓN NEGATIVA. CUANDO NO SE TIENE CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS. Conforme a lo que establecen los artículos 1158 y 1159 del Código Civil para el Distrito Federal, la prescripción negativa se verifica por el solo transcurso del tiempo, siendo necesario para que opere, el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho a pedir su cumplimiento. En este sentido, si de las constancias que obran en el expediente, se advierte que a la parte actora, en su calidad de deudora, no se le notificó por la cesionaria dentro del término pactado para ello, la cesión de derechos es procedente que la parte actora demandará la acción de prescripción negativa a la institución de crédito, con quien contrató, por no tener conocimiento la parte actora de la cesión de créditos.

Ciudad de México, XX de XXX de XXXX.

Vistos, los autos del toca número XXX/XXXX, relativo al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia definitiva de fecha XX de XXX de XXXX, dictada por el C. Juez Décimo Noveno de lo Civil de esta Ciudad, en los autos del juicio ordinario civil seguido por YESENIA en contra de Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, ahora XXXX México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX e Instituto de la Función Registral del XXXX; y

RESULTANDO:

1. La sentencia definitiva recurrida consta de los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO. Ha sido improcedente la vía ordinaria civil, intentada por la actora YESENIA, en consecuencia:

SEGUNDO. Se dejan a salvo los derechos de la actora YESENIA, para que los haga valer en la vía y forma que corresponda.

TERCERO. No se hace especial condena en costas en esta instancia.

CUARTO. La presente resolución no le para perjuicio a Recuperación y Administración de XXXX, S. de R.L. de C.V.

QUINTO. Notifíquese, debiendo publicarse los puntos resolutivos de esta sentencia, por medio de edictos, en el periódico “Diario de México”, por dos veces de tres en tres días, en términos de lo dispuesto por el artículo 639 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

2. Inconforme la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, por lo que tramitado que fue el recurso se citó a las partes para oír sentencia definitiva en base a los siguientes

CONSIDERANDOS:

I. El inconforme expresó como agravios los que constan en su escrito presentado el día XX de XXX de XXXX, mismos que se tienen por reproducidos en obvio de repeticiones innecesarias.

II. El primer agravio que hace valer la apelante es fundado y suficiente para revocar la sentencia recurrida, por lo siguiente:

Del escrito inicial de demanda, se advierte que la parte actora, hoy apelante, por medio de su escrito de fecha XX de XXX de XXXX, promovió en la vía ordinaria mercantil, demandando de Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, ahora XXXX México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX e Instituto de la Función Registral del XXXX, las siguientes prestaciones, en el inciso *a*), reclamó como primera prestación, la declaración judicial de que ha operado la prescripción negativa del crédito, contratado con la demandada Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, ahora XXX México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX, en atención a que han transcurrido con exceso los plazos a que se refiere el artículo 1047 del Código de Comercio, y como consecuencia de ello ha operado la prescripción negativa de las obligaciones de la suscrita, con relación a dicho crédito.

Del auto de fecha XX de XXX de XXXX, se puede apreciar que, el *a quo*, previno a la actora apelante, para que aclarara la vía en que promueve, prevención que fue desahogada por la actora, por escrito de fecha XX de XXX de XXXX, manifestando que la vía en que promueve es la ordinaria civil, lo cual fue acordado de conformidad por el *a quo*, en auto de fecha XX de XXX de XXXX, admitiendo la demanda en la vía ordinaria civil.

De los autos originales se aprecia que con fecha XX de XXX de XXXX, fue emplazado, por medio de exhorto el Instituto de la Función Registral del XXXX, quien no contestó la demanda, por lo que por auto de fecha XX de XXX de XXXX, se le tuvo por acusada la rebeldía por no contestar la demanda instaurada en su contra

y por perdido su derecho, declarándose presuntamente confesa de los hechos de la demanda (ver fojas 165-169).

Consta de los autos originales, que con fecha XX de XXX de XXXX, fue emplazada la demandada Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, ahora XXXX México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX, quien contestó la demanda, por medio de su ocreso de fecha XX de XXX de XXXX (ver fojas 22-38), institución de crédito, quien basó su defensa, en cuanto a la cesión onerosa de créditos, derechos litigiosos y fideicomisos de derechos, lo que acreditó en términos del testimonio notarial número XX,XXX de fecha XX de XXX de XXXX, en donde se advierte que efectivamente XXXX México, Sociedad Anónima Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX (antes Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX), como cedente, y Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable, como cessionaria, cedió entre otros el crédito de la parte actora YESENIA (ver foja 72).

Como consecuencia de lo anterior, la parte actora apelante, por escrito de fecha XX de XXX de XXXX, solicitó se llamara a juicio a la persona moral denominada Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable, quien fue emplazada, por medio de edictos, en términos de lo dispuesto por el artículo 122 del código de procedimientos civiles (ver foja 223), persona moral que no compareció al juicio y por auto de fecha XX de XXX de XXXX, se le tuvo por acusada la rebeldía (ver foja 238).

Ahora bien, si del escrito inicial de demanda, se advierte que la parte actora, reclamó como acción principal, la prescripción negativa, por tanto, tal acción no se encuentra contemplada, dentro de las hipótesis que establece el artículo 468 del código de procedimientos civiles, pues la cancelación del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es una cuestión accesoria, lo cual será la consecuencia, para el caso de que resulte procedente la prescripción negativa, que reclama el apelante como acción principal.

Ahora bien, el *a quo* se encontraba obligado a analizar la acción que el actor demandó, es decir, la acción de prescripción negativa, si transcurrió el plazo de conformidad con lo que establece el artículo 1159 del Código Civil del Distrito Federal, por lo que al no haberlo hecho así, dicho juez de primera instancia, esta Alzada con plenitud de jurisdicción, entra al estudio de la acción incoada, como sigue:

Del escrito inicial de demanda, se advierte que la parte actora fundó su derecho, en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, celebrado entre Banco XXXX, Sociedad Anónima; Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX, en su carácter de acreedor, y YESENIA, hoy actora y en su carácter de acreditada, el cual se contiene en el testimonio notarial, número XX,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, así como en el testimonio notarial número X,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, que contiene el convenio de reconocimiento de adeudo, celebrado entre “Banco XXXX” Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX y la señora YESENIA de, “parte deudora”.

Ahora bien, del convenio de reconocimiento de adeudo, se aprecia que en la cláusula séptima, se pactó lo siguiente: “PLAZO. Por voluntad de las partes, se modifica en forma expresa el plazo pactado originalmente, para quedar en XXX meses, contados a partir del día XX de XXX de XXXX...”, de lo que se colige que la parte actora apelante estaba obligada a pagar en un término de XX años, XX meses, es decir, del mes de XXX de XXXX, al mes de XX de XXXX.

Ahora bien, la demandada, Banco XXXX, S.A., Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, ahora XXXX México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX contestó la demanda por medio de su ocreso de fecha XX de XXX de XXXX (ver fojas 22-38), quien basó su defensa en la cesión onerosa de créditos, derechos litigiosos y fideicomisos de derechos, lo que acreditó, como ya se dijo, en términos del testimonio notarial número XX,XXX de fecha XX de XXX de

XXXX, en donde se advierte que efectivamente XXXX México, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX (antes Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX), como cedente, y Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable, como cesionaria cedió, entre otros, el crédito de la parte actora YESENIA (ver foja 72) y al efecto opuso la excepción de falta de legitimación pasiva en la causa, así como la defensa de *sine actione agis*.

Sin embargo, la cesionaria, Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable, no compareció al presente juicio, no obstante que fue llamada a petición de la parte actora (ver foja 96), y emplazada por medio de edictos, de conformidad con lo dispuesto por la fracción II del artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (ver foja 223), declarándose su rebeldía por auto de fecha XX de XXX de XXXX, por no haber dado contestación a la demanda (ver foja 238).

La parte actora ofreció como pruebas el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, el cual se contiene en el testimonio notarial, número XX,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, así como el testimonio notarial número X,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, que contiene el convenio de reconocimiento de adeudo, celebrado entre “Banco XXXX” Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX y la señora YESENIA, “parte deudora”, así como la instrumental de actuaciones y la presuncional legal y humana.

Por su parte, la demandada ofreció como pruebas la confesional a cargo de la demandada YESENIA, así como la documental pública, consistente en copia certificada del testimonio notarial, número XX, XXX de fecha XX de XXX de XXXX, así como la presuncional legal y humana y la instrumental de actuaciones.

Ahora bien, como puede verse del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, celebrado entre Banco XXXX, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX, en su carácter de acreedor, y YESENIA, hoy actora y en su carácter de acreditada, el cual se contiene en el testimonio notarial, número XX,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, se advierte que la institución de crédito demandada otorgó a la actora hoy apelante, un crédito por la cantidad de \$0'000,000.00 (XXXXX pesos 00/100 M.N.), derivado de dicho crédito, con fecha XX de XXX de XXXX, “Banco XXXX” Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX y la señora YESENIA, “parte deudora”, celebraron convenio de reconocimiento de adeudo, lo que se contiene en el testimonio notarial número X,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, en donde se aprecia que en la cláusula primera, la parte actora hoy apelante, en su calidad de “parte deudora”, reconoció adeudar como saldo del adeudo, la cantidad en pesos equivalente a XXXX punto XXXX “UDIS”, asimismo, en la cláusula cuarta, se asentó como “adeudo neto”, la cantidad de XXXXX pesos, XX centavos, moneda nacional, de la cláusula séptima, se advierte que las partes pactaron lo siguiente: “PLAZO. Por voluntad de las partes, se modifica en forma expresa el plazo pactado originalmente, para quedar en XXX meses, contados a partir del día XX de XXX de XXXX...”.

Como puede verse del testimonio notarial número X,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, relativo al reconocimiento de adeudo, documento que al haber sido expedido por un notario público, éste constituye un documento público, de conformidad con lo que establece la fracción I del artículo 327 del Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por tanto, se le concede valor probatorio pleno, conforme a lo previsto por el artículo 403 del ordenamiento legal citado, de lo que se concluye, que la parte actora hoy apelante, en su calidad de deudora, se obligó a pagar dicho adeudo, en un plazo de XXX meses contados a

partir del día XX de XXX de XXXX, es decir, XX años, XX meses, es decir, del mes de XXX de XXXX, al mes de XX de XXXX.

De la confesional, ofrecida a cargo de la actora, desahogada en la audiencia celebrada el XX de XXXX del año en curso, se advierte que la actora apelante, al contestar la posición 4, relativa al reconocimiento de adeudo, mediante el convenio de reconocimiento de adeudo, contestó que sí, sin embargo, aclaró que está prescrito, y respecto de las posiciones 7 y 9, las cuales fueron formuladas al tenor siguiente: 7. que usted tiene conocimiento, que Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, es una persona moral distinta a Recuperación y Administración de XXXXX, S. de R.L. DE C.V.... 9. que es de su conocimiento que la persona moral denominada Recuperación y Administración de XXXXX, S. de R.L. de C.V. es la titular actual de los derechos y obligaciones derivados de su crédito; tales posiciones fueron negadas por la actora hoy apelante, por tanto, dicha confesional, no le aporta beneficio alguno a la parte demandada.

Ahora bien, por cuanto al testimonio notarial número XX,XXX de fecha XX de XXX de XXXX, ofrecido como prueba por parte de la institución de crédito demandada, documento que si bien es cierto, se trata de un documento público, en términos de lo dispuesto por la fracción I del artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por lo que tiene valor probatorio pleno, de conformidad con lo que establece el artículo 403 del ordenamiento legal citado, sin embargo, aun y cuando de dicho instrumento, se advierte que efectivamente XXXX México, Sociedad Anónima Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX (antes Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX), como cedente, y Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable, como cesionaria, cedió entre

otros, el crédito de la parte actora (ver foja 72); sin embargo, dicho instrumento no le aporta beneficio alguno a la institución de crédito demandada, ya que como se advierte de la cláusula quinta, las partes pactaron lo siguiente: *(a) notificación a los deudores y terceros.* El cesionario tendrá obligación de realizar dentro del término de XX días naturales contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato, todos los actos y adoptar todas las medidas necesarias para que la cesión sea dada a conocer y surta sus efectos frente a los deudores (sus garantes, avales, fiadores y obligados solidarios) y legitimarse ante los tribunales que conocen de los juicios..., sin que de las constancias de los autos originales, se advierta que la cesionaria Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable, haya acreditado haber notificado dentro del término antes referido, a la actora hoy apelante, en su calidad de deudora, pues no obstante que dicha persona moral fue llamada al presente juicio, ésta no compareció, declarándose su rebeldía por auto de fecha XX de XXX de XXXX (ver foja 238), de lo que se concluye que la parte actora apelante, no fue notificada por la cesionaria, la cesión de derechos, por ende, si el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, fue celebrado entre Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX (ahora XXXX México, Sociedad Anónima Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX), en su carácter de acreedor, y la actora hoy apelante, YESENIA, es procedente conforme a derecho, que resultó procedente que la parte actora demandara su acción de prescripción negativa a la institución de crédito, con quien contrató el crédito, es decir a Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX (ahora XXXX México, Sociedad Anónima Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX), por no tener conocimiento la hoy actora de la cesión de créditos, que manifestó la demandada.

En consecuencia, contrario a lo que sostiene la institución de crédito demandada, resulta infundada la excepción de falta de legitimación pasiva que hizo valer y como consecuencia, resulta infundada la defensa de *sine actione agis*.

Atento a todo lo antes analizado, y valoradas en su conjunto las pruebas ofrecidas por la parte actora, atendiendo a las reglas de la lógica y de experiencia, de conformidad con lo que establece el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, esta Alzada concluye que la parte actora acreditó la acción de prescripción negativa, del crédito contratado con la demandada Banco XXXX, Sociedad Anónima; Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX, (hoy XXXX México, Sociedad Anónima Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX), en su carácter de acreedor, y YESENIA, en su carácter de acreditada, el cual se contiene en el testimonio notarial, número XX,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX; así como del testimonio notarial número X,XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, que contiene el convenio de reconocimiento de adeudo, celebrado entre “Banco XXXX” Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX (hoy XXXX México, Sociedad Anónima Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX), como acreedora y la señora YESENIA, “parte deudora”, por haber transcurrido con exceso, el plazo de XX años que establecen los artículos 1158 y 1159 del Código Civil para el Distrito Federal, como consecuencia, al haber prescrito el crédito original y su convenio, se decreta la cancelación de la garantía hipotecaria inscrita en el Registro Público de la Propiedad, en XXX, XXXX, por lo que se ordena al Instituto de la Función Registral del XXXX, a efecto de que por conducto de la Oficina Registral de XXXX, proceda a tal cancelación.

Resultando aplicable a lo anterior, la siguiente tesis que la suscrita hace suya, y que a la letra dice:

PRESCRIPCIÓN NEGATIVA. CARGA DE LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DE LA ACCIÓN. De la interpretación sistemática y teleológica de los artículos 1135, 1136, 1158, 1159 y 1168 del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte la existencia de dos elementos estructurales de la prescripción negativa, a saber: la existencia de una obligación y el solo transcurso del tiempo contado a partir de que aquélla pudo exigirse por el tiempo previsto por la ley, lo cual demuestra que se atribuye implícitamente una inactividad al acreedor de ejercer el derecho de crédito que tiene a su favor, que permite establecer la intención del legislador de sancionar la inercia de las partes en el cumplimiento de una obligación y, fundamentalmente, del abandono del titular del derecho durante un tiempo determinado, conforme al cual el ordenamiento jurídico se desentiende de dicho interés privado impidiendo el cobro coactivo de dicha obligación. Derivado de lo anterior, cuando se ejerce la acción de prescripción negativa se desprende de manera clara que los hechos que deben probarse por el actor son: *a.* La existencia de una obligación, y *b.* Que a partir de la fecha en que la obligación se volvió exigible ha transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción negativa. En ese sentido, si bien es cierto que el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones, y que la fracción IV del artículo 282 del mismo ordenamiento señala claramente que el que niega sólo está obligado a probar cuando la negativa sea un elemento constitutivo de la acción, dicha regla general no es aplicable al caso de la acción de prescripción negativa, tanto porque se apoya en el hecho de que el acreedor de una obligación no ha exigido el cumplimiento de la obligación por determinado tiempo, lo que implica atribuirle al acreedor demandado una conducta de abstención o negativa, que no es propia del actor; como porque la ley sustantiva al configurar la institución de la prescripción negativa estableció una presunción a favor del deudor en el sentido de que la falta de cumplimiento proviene de una inactividad del acreedor, por lo cual si la enjuiciante hace valer las consecuencias de la expiración de un plazo que dará lugar a que no sea exigible una obligación, sólo debe probar la existencia de la obligación, cuándo fue exigible y cuándo expi-

ró, y el acreedor debe demostrar que sí requirió de pago o se actualizó alguno de los casos de interrupción de la prescripción previstos en el ordenamiento jurídico.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 128/2007. Banco Unión, S.A., Institución de Banca Múltiple. 17 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Materia(s): Civil, tesis: I.3o.C.628 C, página: 1779.

Por virtud de lo anteriormente analizado, contrario a lo resuelto por el *a quo*, la sentencia recurrida, sí le para perjuicio a la persona moral Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable.

Por no encontrarse el presente caso dentro de las hipótesis del artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no se hace condena en costas respecto de la primera instancia.

Por lo que en el orden de ideas planteadas, deberá revocarse la sentencia recurrida, debiendo quedar en los términos siguientes:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía ordinaria civil, intentada por la actora YESENIA, en donde la demandada Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, ahora XXXX México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX no justificó sus excepciones, y el codemandado Instituto de la Función Registral del XXXX; así como la tercera llamada a juicio Recuperación y Administración de XXXXX, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable, se condujeron en rebeldía; en consecuencia:

SEGUNDO. Ha operado la prescripción negativa, promovida por la parte actora, YESENIA, respecto del crédito otorgado por Banco XXXX, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero XXXX, ahora XXXX México, S.A. Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero XXXX, en el testimonio notarial

número XX, XXX de fecha XX de XXX de mil XXXX; así como del convenio de reconocimiento de adeudo, contenida en el testimonio X, XXX de fecha XX de XXX de XXXX.

TERCERO. Como consecuencia, se condena al Instituto de la Función Registral del XXXX, a la cancelación de la garantía hipotecaria, relativa al inmueble ubicado en la casa marcada con el número XX de la calle XXXX XX y el terreno sobre la cual esta construida que es el lote XX manzana X, zona XX del fraccionamiento XXX, en ciudad XX, distrito de XXX, estado de XXX, inscrita con fecha XX de XXX de XXXX, ante dicha institución, por conducto de la Oficina Registral de XXX, Estado de XXX.

CUARTO. La presente resolución le para perjuicio a Recuperación y Administración de XXXXX, S. de R.L. de C.V.

QUINTO. No se hace especial condena en costas en esta instancia.

SEXTO. Notifíquese, debiendo publicarse los puntos resolutivos de esta sentencia, por medio de edictos, en el periódico "Diario de México", por dos veces de tres en tres días, en términos de lo dispuesto por el artículo 639 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

III. Por no encontrarse el presente caso dentro de los supuestos del artículo 140 del código de procedimientos civiles, no se hace condena al pago de costas, en esta segunda instancia.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE:

PRIMERO. Fueron fundados los agravios hechos valer por la actora apelante.

SEGUNDO. Se revoca la sentencia definitiva de fecha XX de XXX del XXXX, dictada por el C. Juez Décimo Noveno de lo Civil de esta Ciudad, debiendo quedar en los términos que han quedado precisados en el presente fallo.

TERCERO. No se hace condena al pago de costas en esta segunda instancia.

CUARTO. Notifíquese con testimonio de la presente resolución, hágase del conocimiento del *a quo* y hecho que sea archívese el toca como asunto concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados que integran la Sexta Sala Civil del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Delia Rosey Puebla, Francisco José Huber Olea Contró y Miguel Ángel Mesa Carrillo, siendo ponente la primera de los nombrados, ante el C. Secretario de Acuerdos, Juan Ulloa Cruz, quien autoriza y da fe.

MATERIA FAMILIAR

TERCERA SALA FAMILIAR

MAGISTRADOS:

ADRIANA CANALES PÉREZ, MANUEL DÍAZ INFANTE DE LA MORA
Y JOSÉ CRUZ ESTRADA

PONENTE:

MGDA. ADRIANA CANALES PÉREZ

Recurso de apelación que los codemandados interpusieron en contra de la sentencia definitiva dictada en la controversia del orden familiar, alimentos.

SUMARIO: ALIMENTOS. TRATÁNDOSE DE LOS DESCENDIENTES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA PAGO. El que tiene la obligación de suministrarlos tiene a su vez, el derecho de recibirlos, como dispone el artículo 301 del código civil, es por ello que los hijos y demás descendientes están obligados a dar alimentos a sus padres o ascendientes en caso de que estos tengan necesidad de recibirlos; sin embargo, para hacer exigible esa obligación se debe probar el estado de necesidad. Asimismo, el principio de divisibilidad de los alimentos, esto es, que el débito alimentario debe dividirse entre todos los obligados que tengan las posibilidades de soportar la carga económica que representa. Esta división no es en partes iguales, ya que el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 311 del código civil, es aplicable

tanto para uno como varios deudores alimentarios, pues el monto se repartirá entre los obligados, en proporción a sus recursos económicos procede si son dos o más hijos los que deben dar alimentos a sus padres, entonces la obligación será de todos, tomando en consideración las posibilidades económicas de cada uno de ellos y en caso de que algún deudor no estuviere en posibilidad de pagar la pensión por estar demostrado que esta insolvente, el monto puede repartirse entre los otros de forma proporcional y en el supuesto de que solo uno de ellos sea solvente éste debe cubrir la totalidad de la pensión.

Ciudad de México, XX de XXX de XXXX.

Vistos los autos del toca número XXX/XXXX para resolver el quinto, sexto, séptimo y octavo recursos de apelación en su orden, que los codemandados JESÚS GONZALO, GONZALO, ÓSCAR, por conducto de su autorizado en términos del párrafo cuarto del artículo 112 del código de procedimientos civiles, licenciado, MARCO y el actor JESÚS por su propio derecho, interpusieron en contra de la sentencia definitiva de fecha XX de XXX de XXXX, que el C. Juez Décimo Cuarto de lo Familiar, maestro Víctor Manuel Rocha Segura dictó en la controversia del orden familiar, alimentos, que JESÚS promovió en contra de JESÚS GONZALO, GONZALO, ÓSCAR, expediente XXX/XXXX; y

RESULTANDO:

1. La sentencia definitiva apelada concluyó con los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía de controversia del orden familiar, en la que el actor JESÚS probó su acción y los codemandados ÓSCAR, JESÚS GONZALO y GONZALO todos de apellidos, probaron parcialmente sus excepciones y defensas.

SEGUNDO. Se condena a todos y cada uno de los codemandados ÓSCAR, JESÚS GONZALO y GONZALO, todos de XXXX, al pago y aseguramiento de una pen-

sión alimenticia definitiva a favor del señor JESÚS, consistente en el cuatro por ciento de los ingresos mensuales ordinarios y extraordinarios que recibe cada uno de ellos en su respectiva fuente laboral, previos los descuentos de ley, debiéndose girar los oficios de estilo y exhorto ordenados en el considerando III de la presente resolución, en el entendido de que deberá dejarse sin efecto la pensión alimenticia decretada de manera provisional, una vez que esta resolución sea firme o legalmente ejecutable.

Notifíquese.

Así, definitivamente juzgando, lo resolvió y firma el C. Juez Décimo Cuarto de lo Familiar de la Ciudad de México, maestro Víctor Manuel Rocha Segura, ante la C. Secretaría de Acuerdos "B", licenciada Martha Velasco González, quien da fe.

2. Inconformes con dicha resolución, el actor JESÚS y los codemandados ÓSCAR, JESÚS GONZALO y GONZALO, todos de XXXX, por conducto de su autorizado, en términos del párrafo cuarto del artículo 112 del código de procedimientos civiles, licenciado MARCO interpusieron en su contra sendos recursos de apelación y expresaron agravios ante el Juez de primera instancia, quien admitió los recursos, en efecto devolutivo, y remitió a esta Sala las constancias necesarias con los escritos de expresión de agravios y sus contestaciones, esta Alzada confirmó la calificación de grado que el *a quo* hizo y turnó el toca a esta ponencia para dictar esta resolución.

CONSIDERANDO:

I. En primer término, es de señalarse que toda vez que las partes interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha XX de XXX del año XXXX, debe substanciarse en un procedimiento unitario, debiendo concluir en una sentencia única, con apoyo en lo dispuesto en la jurisprudencia sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que establece:

APELACIONES DISTINTAS CONTRA UNA RESOLUCIÓN. DEBEN DECIDIRSE EN UNA SOLA SENTENCIA. La interpretación de los artículos 81 y 688 al 715 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, referentes al contenido de las sentencias y al recurso de apelación, relacionados con los principios de concentración, economía procesal, claridad y concisión de los fallos y con las reglas de la lógica, revela que la segunda instancia de un proceso jurisdiccional, sin importar si su apertura tuvo origen en la inconformidad de una o varias partes, jurídicamente debe sustanciarse en un procedimiento unitario compuesto de una secuencia ordenada de actos, para concluir normalmente con una sentencia, en la cual se estudien y resuelvan todas las cuestiones planteadas legalmente por el recurrente único o los distintos recurrentes. Ciertamente, para lograr el objeto de la apelación, fijado en el artículo 688 mencionado, se requiere la unidad apuntada y la sentencia única, pues sólo así queda el tribunal de alzada en aptitud legal y lógica de determinar si confirma, modifica o revoca la resolución impugnada, luego de haberse ocupado de los diferentes motivos de inconformidad expuestos por cada uno de los apelantes contra la misma resolución, pues de seguir procedimientos separados o emitir formalmente sendas sentencias, se puede llegar a una contradicción real o aparente, verbigracia, si los resultados de esos “fallos” fueran: *a)* se confirma la sentencia recurrida, por desestimar la apelación de una parte; *b)* se modifica la misma sentencia al acoger parcialmente la apelación de un tercero legitimado en los términos del artículo 689, y *c)* la sentencia recurrida se revoca por estimar fundado el recurso interpuesto por la otra parte; el artículo 689 prevé la posibilidad de pluralidad de apelantes, mas no la de multiplicidad de procedimientos o de sentencias para resolver sendos recursos interpuestos contra una misma resolución, como tampoco se hace en otras disposiciones; el artículo 690, al referirse a la apelación adhesiva alude, de algún modo, a un solo procedimiento y una sola sentencia, pues sólo así es posible al recurso adhesivo seguir la suerte del principal; en las demás disposiciones indicadas se contempla la sustanciación de un procedimiento único y no se usa el plural cuando se alude al dictado de sentencia (artículo 712, 713, 714 y 715); y los principios procesales enunciados se ven satisfechos plenamente con la unidad

y totalmente contrariados con la pluralidad, pues se reduce el número de actuaciones, evidentemente baja el costo general de la alzada y es menor la actividad del juzgador y de las partes, e indudablemente se gana en claridad y concisión, al no resultar reiterativo el fallo único.

No. Registro: 913,396, Jurisprudencia, Materia(s): Civil Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Apéndice 2000*, tomo IV, Civil, Jurisprudencia TCC, tesis: 454, página: 390

II. El codemandado ÓSCAR, por conducto de su autorizado en términos del párrafo cuarto del artículo 112 del código de procedimientos civiles, licenciado MARCO expresó como único agravio el que obra a fojas quince a veintinueve del presente toca, mismo que se tiene por reproducido en este espacio como si se insertase a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

El recurrente expresó como único agravio, en síntesis:

La sentencia definitiva dictada en fecha XX de XXX del año XXXX es violatoria de los artículos 81, 278, 281 y 402 del código de procedimientos civiles, así como de los artículos 308 y 311 del código civil.

Que el juez no valoró sus excepciones y defensas.

Que el actor no está en un estado de necesidad para solicitar los alimentos, y al no demostrar tal situación carece de sustento legal la presente demanda.

Que el juez no consideró que el actor no tiene en su favor la presunción de necesitar alimentos.

Que el juez no consideró que el actor tiene capacidad para trabajar.

Que el juez no consideró que el actor, tiene una pensión otorgada por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, además a la fecha tiene la ayuda económica otorgada por parte del gobierno del Distrito Federal.

Que el actor tiene asistencia médica para cualquier problema de salud y en la clínica de especialidades XXX de la delegación XXX en el Distrito Federal, del Insti-

tuto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, se encuentra autorizada la colocación de marcapasos definitivo a nombre del paciente JESÚS, lo cual se acreditó con la documental correspondiente.

El juez debió adentrarse más al análisis de los resultados de los estudios socioeconómicos a los demandados en relación con sus necesidades y que están obligados a alimentar a sus acreedores primarios

El actor, no presentó prueba alguna para acreditar que es insuficiente su pensión, que tiene algún acreedor alimentario o que no tuviera vivienda.

Que el señor ÓSCAR tiene a su cargo un acreedor alimentario que es su hija, además una aportación monetaria para la manutención de su señora madre, la cual además vive con él.

III. El codemandado GONZALO, por conducto de su autorizado en términos del párrafo cuarto del artículo 112 del código de procedimientos civiles, licenciado MARCO, expresó como único agravio el que consta a fojas treinta y siete a cincuenta y uno del presente toca, mismo que se tiene por reproducido en este espacio como si se insertase a la letra, en obvio de repeticiones innecesarias.

El apelante señaló como único agravio, en síntesis:

La sentencia definitiva dictada en fecha XX de XXX del año XXXX es violatoria de los artículos 81, 278, 281 y 402 del código de procedimientos civiles, así como de los artículos 308 y 311 del código civil.

Que el juez no valoró sus excepciones y defensas.

Que el actor no está en un estado de necesidad para solicitar los alimentos, y al no demostrar tal situación carece de sustento legal la presente demanda.

Que el juez no consideró que el actor no tiene a su favor la presunción de necesitar alimentos.

Que el juez no consideró que el actor tiene capacidad para trabajar.

Que el juez no consideró que el actor, tiene una pensión otorgada por el Institu-

to de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, además a la fecha tiene la ayuda económica otorgada por parte del gobierno del Distrito Federal.

Que el actor tiene asistencia médica para cualquier problema de salud y en la clínica de especialidades XXX de la delegación XXX en el Distrito Federal, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, se encuentra autorizada la colocación de marcapasos definitivo a nombre del paciente JESÚS, lo cual se acreditó con la documental correspondiente.

Que el actor, no presentó medio de prueba alguno para acreditar que es insuficiente su pensión, que tiene algún acreedor alimentario, o que no tuviera vivienda.

Que el señor GONZALO tiene a su cargo cuatro acreedores alimentarios que son su esposa y tres hijos, además realiza una aportación para la manutención de su señora madre.

El C. Juez de primera instancia, no valoró los estudios realizados a los demandados en relación a las necesidades que éstos están obligados a solventar con sus acreedores primarios.

IV. Ahora bien, el codemandado JESÚS, por conducto de su autorizado en términos del párrafo cuarto del artículo 112 del código de procedimientos civiles, licenciado MARCO expresó como único agravio el que consta a fojas cincuenta y ocho a setenta y dos del presente toca, mismo que se tiene por reproducido en este espacio como si se insertase a la letra, en obvio de repeticiones innecesarias.

El inconforme señaló como único agravio, en síntesis:

La sentencia definitiva dictada en fecha XX de XXX del año XXXX es violatoria de los artículos 81, 278, 281 y 402 del código de procedimientos civiles, así como de los artículos 308 y 311 del código civil.

Que el juez no valoró sus excepciones y defensas.

Que el actor no está en un estado de necesidad para solicitar los alimentos, y al no demostrar tal situación carece de sustento legal la presente demanda.

Que el juez no consideró que el actor no tiene a su favor la presunción de necesitar alimentos.

Que el juez no consideró que el actor tiene capacidad para trabajar.

Que el juez no consideró que el actor, tiene una pensión otorgada por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, además a la fecha tiene la ayuda económica otorgada por parte del gobierno del Distrito Federal.

Que el actor tiene asistencia médica para cualquier problema de salud y en la clínica de especialidades XXX de la delegación XXX en el Distrito Federal, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, se encuentra autorizada la colocación de marcapasos definitivo a nombre del paciente JESÚS, lo cual se acreditó con la documental correspondiente.

Que el actor, no presentó medio de prueba alguno para acreditar que es insuficiente su pensión, que tiene algún acreedor alimentario, o que no tuviera vivienda.

Que el señor JESÚS tiene a su cargo cuatro acreedores alimentarios que son su esposa y tres hijos, además realiza una aportación para la manutención de su señora madre.

El C. Juez de primera instancia, no valoró los estudios realizados a los demandados en relación a las necesidades que éstos están obligados a solventar con sus acreedores primarios.

Su madre vive con uno de sus hermanos, específicamente con el codemandado ÓSCAR, ya que fue abandonada por el señor JESÚS y no le cubre gasto alguno para manutención.

V. El actor JESÚS, por su propio derecho, expresó como agravios los que constan a fojas ochenta a ochenta y dos del presente toca, mismos que se tienen por reproducidos en este espacio como si se insertasen a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

El apelante señaló como agravios, en síntesis:

PRIMERO. Es ilegal el auto apelado y contraviene la resolución de fecha XX de XXX de XXXX, emitida por la Tercera Sala Familiar de este Tribunal, en el toca de apelación XXX/XXXX, donde se ordenó literalmente al inferior allegarse en forma oficiosa de los elementos de prueba que requiera para resolver el asunto, pero el inferior, además de dictar el fallo combatido sin allegarse de los medios de prueba que ordenó la Alzada, se limitó a sólo recabar estudios socioeconómicos a las partes, sin ordenar algún otro medio de prueba, pese a existir una multiplicidad de elementos como es girar oficio al Sistema de Administración Tributaria para requerir las últimas declaraciones fiscales de los deudores alimentarios y tener así más elementos de prueba de sus ingresos.

Respecto al deudor alimentario GONZALO, el *a quo* se abstuvo de valorar que no le otorga pensión alimenticia provisional y, al efecto, el alto tribunal ha establecido un salario mínimo, como cantidad mínima para fijar la pensión alimenticia cuando no se tiene certeza de los ingresos; así, en todo caso debió fijarle dicha pensión alimenticia provisional a su favor, previo a citar a sentencia. Entre las pruebas que el *a quo* debió ordenar estaba el requerir a la fuente de trabajo del citado deudor, para que exhibiera tanto la actual acta constitutiva de la empresa en la que dice laborar como la acta constitutiva primigenia, para saber si éste es accionista de esa empresa, tampoco la ordenó a la C. SUSANA, persona que se ostentó como representante legal de “XXXX S.A. de C.V.”, que exhibiera documento alguno para acreditar su personalidad.

SEGUNDO. Es ilegal la sentencia apelada e incongruente con las actuaciones al contravenir lo dispuesto en los artículos 308 y 311 del código civil, pues es risible el monto de pensión alimenticia del 4% que se fijó, el que no es proporcional ni con las posibilidades económicas de los deudores alimentarios ni con las necesidades económicas del actor, pues de los estudios socioeconómicos practicados a las partes, se desprende que los codemandados viven en casa propia y con un nivel económico de vida medio, y el actor con un nivel económico bajo, es decir, lo elemental para subsistir y sus ingresos no le alcanzan ni siquiera para atender su salud.

Los estudios socioeconómicos no fueron valorados, pues en el fallo impugnado se volvió a resolver sólo con los mismos medios de prueba que resolvió en el que la Alzada dejó insubsistente; extremos que denotan a todas luces la senda desproporcionalidad en la fijación de alimentos del 4% que hizo el inferior y la carencia de sustento al fijar ese porcentaje.

TERCERO. Complementariamente al anterior agravio, el actor hace valer que de actuaciones procesales, no se desprende a lo largo de los más de dos años del procedimiento, que sus colitigantes hayan interpuesto incidente alguno de reducción de pensión alimenticia y también se desprende de constancias, que durante dicho lapso, han venido pagando el porcentaje que se les fijó como pensión alimenticia provisoria a su favor del 15% de sus ingresos lo que inconcusamente conlleva a determinar que pueden pagarlos, pues lo han venido haciendo por más de dos años, de modo que el fallo combatido no sólo se abstuvo de valorar las actuaciones judiciales en contravención a lo dispuesto en el artículo 327, fracción VIII, adjetivo, sino que en dichos términos, omitió también valorar la prueba presuncional; al existir a su favor la presunción de que pueden cubrir el porcentaje que han venido cubriendo como pensión alimenticia provisional, por lo que no hay sustento alguno para reducirlo y menos al risible 4% que fijó el fallo combatido; y, si en cambio, existen elementos para incrementar, dicho porcentaje del 15% al 20% como mínimo.

VI. Por razón de método, los agravios expresados por los codemandados ÓSCAR ARTURO, JESÚS GONZALO y GONZALO, todos de apellidos, por conducto de su autorizado en términos del párrafo cuarto del artículo 112 del código de procedimientos civiles, licenciado MARCO, se estudian en su conjunto por la íntima relación que guardan entre sí, y se consideran parcialmente fundados, pero insuficientes para modificar o revocar la sentencia apelada, por lo siguiente:

Son fundados los agravios de los codemandados en el sentido de que el *a quo* no realizó la valoración de las excepciones y defensas, que el actor no tiene la presunción de necesitar alimentos, que deba acre-

ditar su necesidad, su capacidad para trabajar, así como que no hizo una valoración de los estudios socioeconómicos realizados y que tiene asistencia médica; sin embargo, al entrar esta Sala a la valoración de las pruebas de autos, concluye que la juzgadora estuvo en lo correcto al fijar el porcentaje de pensión alimenticia que determinó, y de ahí la insuficiencia del agravio para modificar o revocar la sentencia apelada, por lo siguiente:

Los artículos 301, 304, 311 *Bis* y 312 del código civil establecen lo siguiente:

Del primer precepto legal transscrito, se advierte el principio de reciprocidad que existe en materia de alimentos, “el que tiene la obligación de suministrarlos tiene, a su vez, el derecho de recibirlos”, como dispone el artículo 301 del código civil, es por ello que, los hijos y demás descendientes están obligados a dar alimentos a sus padres o ascendientes en caso de que éstos tengan necesidad de recibirlos; sin embargo, para hacer exigible dicha obligación se debe probar el estado de necesidad, toda vez que aquéllas personas no tienen a su favor la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 311 *Bis* del código en cita.

Asimismo, el tercer precepto legal en cita prevé el principio de divisibilidad de los alimentos, esto es, que el débito alimentario debe dividirse entre todos los obligados que tengan las posibilidades de soportar la carga económica que representa. Esta división no es en partes iguales, ya que el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 311 del código civil, es aplicable tanto para uno como varios deudores alimentarios, pues el monto se repartirá entre los obligados, en proporción a sus recursos económicos (capacidad económica), procede si son dos o más hijos los que deben dar alimentos a sus padres, entonces la obligación se dividirá entre todos, tomando en consideración las posibilidades económicas de cada uno de ellos y en caso de que algún deudor no estuviere en posibilidad de pagar la pensión por estar demostrado

que es insolvente, el monto puede repartirse entre los otros de forma proporcional y en el supuesto de que sólo uno de ellos sea solvente éste debe cubrir la totalidad de la pensión.

Por otra parte, como lo afirman los apelantes, el actor en el juicio no tiene a su favor la presunción legal de necesitar alimentos, esto es así, porque si bien es cierto que de acuerdo al artículo 3 de la ley de los derechos de las personas adultas mayores, es una “persona adulta mayor”, por tener aproximadamente setenta años de edad, el artículo 311 Bis del código civil no prevé a favor de los adultos mayores que gocen de la presunción legal de necesitar alimentos, pues tampoco consta en autos que exista una declaración judicial en que se determine que el recurrente se encuentra en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 450, fracción II, del código civil, que establece:

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Por ende, debe concluirse que no goza de esa presunción, contrario a lo que ocurre con los menores de edad; por tanto, al no existir a favor de los ascendientes ninguna presunción a su favor de su necesidad alimentaria, éstos deben acreditar su entroncamiento o parentesco, su necesidad y la posibilidad del que debe darlos, sin perjuicio de que del material probatorio aportado se pueda desprender una presunción humana de la necesidad alimentaria.

Sirve de sustento a lo anterior la siguiente tesis:

ALIMENTOS PARA ASCENDIENTES. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE TENER EN CUENTA PARA DETERMINAR SI PROcede SU PAGO CUANDO LOS RECLAMAN DE SUS DESCENDIENTES (LEGISLA-

CIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Los ascendientes que demandan alimentos de sus descendientes no tienen en su favor la presunción legal de necesitarlos, ni el juez debe resolver esos casos haciendo uso de una presunción general en tal sentido, contrario a lo que ocurre con los menores de edad. En el caso de estos últimos, la presunción de su necesidad alimentaria tiene sentido porque constituyen un grupo altamente homogéneo cuyos miembros, en general y con independencia de sus circunstancias socioeconómicas, requieren que alguien más les proporcione los medios necesarios para vivir y educarse. Sin embargo, entre los ascendientes que puedan reclamar alimentos de sus descendientes, esta homogeneidad de circunstancias no existe, ni siquiera cuando los primeros pueden calificarse de “adultos mayores” bajo alguno de los posibles criterios de definición de esta categoría. De esta manera, al no existir a favor de los ascendientes ninguna presunción a su favor de su necesidad alimentaria, éstos deben acreditar en el juicio los elementos de su acción (el entroncamiento, su necesidad y la posibilidad del que debe darlos), sin perjuicio de que del material probatorio aportado se pueda desprender una presunción humana de la necesidad alimentaria. Esto es, la presunción humana es el hecho que se deduce de otro debidamente probado y que es consecuencia ordinaria de aquél, y admite prueba en contrario. Así, lo que el juzgador debe hacer, es aplicar las reglas generales de los juicios civiles prestando una atención muy cuidadosa a las particularidades que caracterizan la situación de los ascendientes involucrados en cada caso concreto para determinar, de acuerdo con el material probatorio que se aporte al juicio, si la necesidad existe o no existe, esto es, si de las pruebas aportadas ante sí puede desprenderse la presunción humana de que el ascendiente necesita los alimentos que reclama. El hecho de que no proceda partir de una presunción general de necesidad de alimentos en todos los casos de ascendientes actores, no impide al juez operar con presunciones humanas derivadas directamente de los hechos y particularidades del caso que tiene ante sí.

Contradicción de tesis 19/2008-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Civil del Séptimo Circuito, y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. 11 de junio de 2008.

Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

Tesis de jurisprudencia 103/2008. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión de fecha primero de octubre de dos mil ocho.

Época: Novena Época, Registro: 166746, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, agosto de 2009, Materia(s): Civil, tesis: 1a./J. 103/2008, página: 9.

Por otra parte, el artículo 308 del código civil, ordena:

Los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcione, integrándolos a la familia.

Ahora bien, de las constancias del juicio las cuales tienen valor probatorio pleno en términos de lo dispuesto por el artículo 327, fracción VIII, del código de procedimientos civiles, consta que por comparecencia de XX de XXX de XXXX, JESÚS, demandó de ÓSCAR, JESÚS GONZALO y GONZALO, todos de apellidos el pago de una pensión alimenticia, toda vez que el actor había proporcionado a los demandados los medios suficientes para que tuvieran una carrera profesional y un trabajo remunerado y éstos no le habían proporcionado ayuda para

poder sufragar sus gastos, que se encontraba pensionado con una cantidad de dos mil pesos al mes, la cual le resultaba insuficiente por su edad y atención médica puesto que requería de un marcapaso.

En esa misma fecha, el juez fijó una pensión alimenticia provisional a favor del actor por el monto equivalente al quince por ciento mensual del sueldo y demás percepciones ordinarias y extraordinarias que obtienen los codemandados ÓSCAR, JESÚS GONZALO y GONZALO, todos de apellidos, previos los descuentos de ley, en el lugar donde prestan sus servicios, así como la retención del porcentaje mencionado para el caso de su liquidación por cualquier causa de separación de su empleo.

Mediante escritos presentados con fechas XX y XX de XXX de XXXX, ÓSCAR, JESÚS GONZALO y GONZALO, todos de apellidos, respectivamente, contestaron la demanda instaurada en su contra, ofreciendo como excepciones las siguientes: *a)* Improcedencia de la pensión alimenticia, en virtud de que el actor se abstiene de acreditar con documento o prueba la necesidad que tiene de recibirlos; *b)* Falta de acción y derecho, dado que el actor no acredita que la pensión que recibe es insuficiente para cubrir sus necesidades; Imposibilidad de otorgar una pensión alimentaria al actor, toda vez que los demandados tienen otros acreedores alimentarios con la verdadera necesidad de recibirlo. Por su parte, JESÚS GONZALO y GONZALO, ambos de apellidos, señalaron también como excepción la de cancelación de la pensión alimenticia provisional, ya que la misma no cumplía con los requisitos para su fijación. Asimismo, ofrecieron como pruebas al juicio diversas documentales, la confesional a cargo del actor y la presuncional legal y humana.

Por otra parte, dado que el actor no tiene a su favor la presunción de necesitar alimentos, conforme a las reglas generales de la prueba, le corresponde acreditar de acuerdo con el artículo 281 del código de procedimientos civiles: *a)* el entroncamiento; *b)* que necesita los alimentos

por no estar en condiciones de obtener por sí mismo los medios necesarios para su subsistencia; y *c)* que los demandados están en posibilidad de proporcionárselos.

Sirve de sustento a lo anterior, la siguiente tesis:

ALIMENTOS, LOS ASCENDIENTES DEBEN ACREDITAR LA NECESIDAD DE LOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). La obligación de dar alimentos es recíproca, pues el que los da, a su vez tiene el derecho de recibirlos; por ello, el artículo 287 del Código Civil del Estado de México establece que los hijos están obligados a dar alimentos a los padres, y deben ser proporcionados a la posibilidad del que deba darlos y a la necesidad del que deba recibirlos, según lo dispone el artículo 294 del invocado código. En consecuencia, si el ascendiente demanda alimentos por considerar que sus hijos tienen la obligación de proporcionárselos, debe acreditar los siguientes elementos: *a)* el entroncamiento; *b)* que necesita los alimentos por no estar en condiciones de obtener por sí mismo los medios necesarios para su subsistencia; y *c)* que los demandados están en posibilidad de proporcionárse los. Por tanto, los ascendientes tienen la obligación de acreditar la necesidad de recibirlos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 521/97. Juan Ciro Lutrillo Rojas. 15 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Agustín Archundia Ortiz.

Época: Novena Época, Registro: 197352, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, Diciembre de 1997, Materia(s): Civil, tesis: II.2o.C.84 C, página: 650.

A efecto de acreditar su derecho a recibir los alimentos de sus descendientes, JESÚS exhibió al juicio los atestados de nacimiento de los demandados, cuyo valor probatorio es pleno, atento a los artículos 327, fracción IV y 403 del código de procedimientos civiles, con los cuales,

como señala el *a quo* en la resolución apelada, se tiene por acreditado el entroncamiento entre el actor y los codemandados.

Por otro lado, debe decirse que quedó acreditado en autos que el actor es jubilado del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, percibe una pensión jubilatoria por la suma de \$0,000.00 (XXXX pesos 00 / 100), no así que recibe una ayuda económica otorgada por parte del gobierno del Distrito Federal, pues tal circunstancia fue negada por el actor en la audiencia celebrada con fecha XX de XXX de XXXX, en donde en el desahogo de la prueba confesional a su cargo JESÚS, al absolver posiciones, en especial la marcada con el número 25. Referente a "...que a la fecha recibe ayuda económica otorgada por el programa de apoyo a adultos mayores por parte del gobierno del Distrito Federal, contestó "a la vigésima quinta. Que no es cierto, aclarando que solicité la tarjeta en el gobierno del Distrito Federal y no me ha sido entregada, tengo la documental correspondiente.", lo anterior aunado a que mediante escrito presentado ante el juzgado con fecha XX de XXX de XXXX, bajo protesta de decir verdad, el impetrante informó la cancelación de la ayuda que por la suma de \$0,000.00 XXX pesos le otorgaba el gobierno del Estado de México, y al no obrar en el expediente prueba en contrario, conlleva a esta Alzada a tener como sus ingresos la citada pensión de jubilación.

Sin embargo, el hecho de que el actor perciba ingresos por concepto de pensión por jubilación, contrario a lo que pretenden los codemandados, no conlleva en sí misma a considerar que el actor no tiene necesidad y que cuenta con los medios necesarios para su subsistencia; pues ante la insuficiencia de percepciones se actualiza el supuesto de necesidad de alimentos.

En principio, debe señalarse que el trabajador social ILDEFONSO practicó a JESÚS, de fecha XX de XXX de XXXX, un estudio socioeconómico al que se concede pleno valor probatorio con fundamento en el

artículo 327, fracción II, del código de procedimientos civiles, se desprende que el actor es un adulto mayor a setenta años, con problemas de salud de “insuficiencia cardiaca bradicardia bloqueo” y requiere un marcapaso definitivo, por lo cual no puede tenerse por acreditado el supuesto alegado por los codemandados respecto a que tiene capacidad para trabajar, ello dado su estado de salud y edad.

Además, consta del estudio socioeconómico que el actor manifestó como sus egresos mensuales los siguientes:

Concepto	Importe mensual
Renta (C. Mercedes de Socorro), que incluye los servicios básicos del hogar	\$2,500.00
Alimentación	\$6,000.00
Limpieza y lavado de ropa (lo cual paga a una tercera persona)	\$500.00
Transportes	\$800.00
Artículos personales	\$1,200.00
Compra de ropa y calzado	\$800.00
Esparcimiento	\$1,000.00
Telefonía celular	\$350.00
Dentista	\$800.00
Médico cardiólogo	\$1,000.00
Estudios médicos	\$2,000.00
Medicamentos	\$1,800.00
Cable	\$350.00
Total	\$19.100.00

Atento al citado estudio socioeconómico, esta Sala advierte que JESÚS incluyó gastos por concepto de dentista, médico cardiólogo, estudios médicos y medicamentos, los cuales no se pueden considerar, al quedar plenamente acreditado en autos que cuenta con el servicio médico al ser derechohabiente del Instituto de Seguridad y Servicios

Sociales de los Trabajadores del Estado, y no advertirse de autos que el actor haya sustentado su dicho respecto de la erogación de los gastos médicos con documento alguno, debe tenerse por cubierto el concepto de atención médica.

El concepto por un monto de \$0,000,00 (XXX pesos 00/100 M. N.) mensuales de renta se considera justificado, ello dada la necesidad de vivienda que tiene el actor y que no se advierte cubierta por algún otro medio, amén que de acuerdo a lo señalado en el estudio socioeconómico, la renta del cuarto y un baño incluye los servicios básicos del hogar, así como la utilización de las otras áreas del departamento que habita, cuya descripción fue realizada por el trabajador social.

Respecto de los conceptos de gastos que mensualmente genera el actor por limpieza y lavado de ropa \$000,00 (XX pesos 00/100), así como transporte \$000.00 (XX pesos 00/100), se justifican dado que es una persona de la tercera edad y en su estado de salud reporta el padecimiento de afecciones cardíacas, lo que conlleva a la necesidad de atención y traslados a diversos lugares, con independencia de que es un hecho notorio que no requiere ser probado que a su edad puede contar con la tarjeta del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores que da derecho a transporte gratuito en los sistemas de transporte público masivo de pasajeros en la Ciudad de México, así como descuentos en traslados foráneos. En cuanto a sus requerimientos de limpieza tanto del hogar donde habita, como de sus prendas de vestir, también son necesidades que tiene amén de que el actor manifestó ante el trabajador social la necesidad de trasladarse a consultas médicas y la realización de estudios. Asimismo, se justifica el pago de \$000.00 (XX pesos 00/100), por concepto de televisión por cable, dado que se considera ésta como un medio de entretenimiento para las personas mayores que como JESÚS, por causas naturales a su edad ya no pueden realizar otro tipo de actividades recreativas.

Del mismo modo, esta Alzada considera que el concepto de teléfono celular por un monto de \$000.00 (XXX 00/100), debe ser considerado para cubrir las necesidades del acreedor alimentario, al ser un medio de comunicación necesario, más aun cuando se trata de una persona mayor y de salud delicada, la que puede presentar situaciones de emergencia que requieran apoyo.

En cuanto al rubros de alimentos, artículos personales, compra de ropa y esparcimientos, el actor no acredita con prueba alguna, que genere las erogaciones que por dichos conceptos señala, por lo que este cuerpo colegiado recurre como referencia a los datos que publica el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), consultables en la página de internet: <http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>, los cuales tienen pleno valor probatorio con fundamento en el artículo 402 del código de procedimientos civiles, al tratarse de información proveniente de un organismo del gobierno federal y obtenerse a través de Internet. Apoya lo anterior, la tesis de la autoridad federal que señala:

INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO. El artículo 188 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de lo previsto en el diverso artículo 20. de este ordenamiento legal, dispone: “Para acreditar hechos o circunstancias en relación con el negocio que se ventila, pueden las partes presentar fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, toda clase de elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.”; asimismo, el diverso artículo 210-A, párrafo primero, de la legislación que se comenta, en lo conducente, reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnología; ahora bien, entre los medios de comunicación electrónicos se encuentra “internet”, que constituye un sistema mundial de diseminación y obtención de información

en diversos ámbitos y, dependiendo de esto último, puede determinarse el carácter oficial o extraoficial de la noticia que al efecto se recabe, y como constituye un adelanto de la ciencia, procede, en el aspecto normativo, otorgarle valor probatorio idóneo.

Novena Época. Registro: 186243, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto de 2002, tesis: V.3o.10 C., página: 1306.

En dicha página se contienen las llamadas líneas de bienestar por persona, en las que se estima que para que una persona satisfaga sus necesidades tiene que adquirir la “canasta básica alimentaria, urbana” y cuyo valor mensual al mes de XX de XXXX, asciende a \$0,000.00 (XXX PESOS 00/100 M.N.) mensuales, con la que es posible adquirir productos como carnes, leche, queso, maíz, frutas y legumbres, entre otros, así como bebidas no alcohólicas; y en cuanto a otros rubros, que prevé la “canasta básica no alimentaria”, se contemplan las cantidades de cuidados personales \$000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.), prendas de vestir, calzados y accesorios \$000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.), así como cultura y recreación \$000.00, (XXX pesos 00/100), lo que hace un total de \$0,000.00 (XXX 00/100 M.N.)

Luego, la cantidad que arroja la canasta básica de \$0,000.00 (XXXX 00/100 M.N.); \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100), por concepto de renta; \$000,00 (XXX pesos 00/100), por concepto de limpieza y lavado de ropa; \$000.00 (XXX pesos 00/100), por transporte; \$000.00 (XXX pesos 00/100), por concepto de televisión por cable; y, \$000.00 (XXX pesos 00/100), por telefonía celular, da en total la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), que es la cantidad a que asciende la necesidad del acreedor alimentario.

Del análisis de lo anterior, se advierte como infundado lo manifestado por los codemandados, ahora apelantes, respecto de que no se pue-

de tener por acreditada la insuficiencia de la pensión por jubilación que percibe el actor para cubrir sus necesidades alimenticias.

En relación a la posibilidad económica, esta Sala atiende al contenido del artículo 312 del código civil que regula los alimentos cuando deban ser a cargo de varios deudores por lo que en autos obran los estudios socioeconómicos realizados a los codemandados a los que se les concede pleno valor probatorio con fundamento en el artículo 327, fracción II, del código de procedimientos civiles, de los que se advierte lo siguiente:

El apelante ÓSCAR, el XX de XXX de XXXX, manifestó tener como dependiente económica a su menor hija y cubrir las necesidades económicas de su progenitora, percibir un ingreso mensual por la cantidad de \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), mensuales y tener egresos en el mismo período, por la suma de \$00,000,00 (XXXX pesos 00/100).

Por su parte, JESÚS, el XX de XXX de XXXX, refirió tener cuatro dependientes económicos que son su esposa y tres hijos, que aunque manifiesta que se desempeñaba como gerente de compras y fue despedido, el XX de XXX de XXXX, que sus gastos ascendían a un monto aproximado de \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N), mensuales, cantidad que esta Sala deriva de la suma realizada de los conceptos de gastos señaló como erogados, además de tener que cubrir un préstamo que contrató con XXXX, por la suma de \$000,000.00 (XXXXX pesos 00/100 M.N.)

Sin embargo, no pasa desapercibido para esta Alzada que obra en constancias presentado con fecha XX de XXX de XXXX, el informe rendido por ALEJANDRA, en su carácter de apoderada legal de "XXXX S.A. de C.V.", en el sentido de que JESÚS GONZÁLO era empleado de dicha empresa y percibía un salario mensual de \$00, 000.00 (XXXX pesos 00/100, M.N.).

Por último, respecto de GONZALO, el mismo manifestó el XX de XXX de XXXX, que su familia está integrada por su esposa y tres hijos, así como tener un ingreso de \$0,000.00, (XXXX pesos 00/100), men-

suales y que la erogación de los gastos familiares era de la suma de \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.) los cuales eran cubiertos con el apoyo de su cónyuge.

Que no obstante dichas manifestaciones, en las constancias de autos obra el informe rendido por SUSANA, en su carácter de administradora única de la empresa “XXXX, S.A. de C.V.”, de fecha XX de XXX de XXXX, donde se reporta un ingreso quincenal de GONZALO, por la suma de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100) quincenales.

De lo anterior, se tiene que queda acreditada la capacidad económica de los codemandados, y que con el pago de la pensión alimenticia a favor de su progenitor por el equivalente al cuatro por ciento de los ingresos mensuales ordinarios y extraordinarios que recibe cada uno de ellos en su respectiva fuente laboral, amén que no hay un menoscabo patrimonial de los deudores especialmente respecto de JESÚS GONZALO y ÓSCAR ambos de apellidos.

Ello, pues aun y cuando GONZALO manifiesta tener ingresos muy inferiores a los gastos generados por su propia familia, de su dicho ante la trabajadora social puede inferirse que en su mayoría son cubiertos por su cónyuge, y que la cantidad representativa de la pensión a su cargo resultaría tan mínima, que no se considera puede afectar a su patrimonio y la subsistencia de su familia, y en cambio sí coadyuva a otorgar medios para la subsistencia del actor, a quien el codemandado aquí mencionado en su carácter de hijo está obligado a proporcionar conforme a la naturaleza solidaria y recíproca de los alimentos entre padres e hijos.

VII. Esta Sala, por razón de método, estudia en forma conjunta los agravios que el apelante JESÚS expresó, por su íntima relación conceptual y son infundados, en atención a las siguientes consideraciones:

Debe señalarse que la pretensión principal del actor es que se revoque la resolución apelada, a efecto de que se aumente el porcentaje de

pensión definitiva que se fijó a su favor del cuatro por ciento de los ingresos mensuales ordinarios y extraordinarios que recibe cada uno de los codemandado en su respectiva fuente laboral, ello bajo el argumento de la resolución impugnada no es congruente con el principio de proporcionalidad que debe darse entre las posibilidades económicas de los deudores alimentarios y las necesidades económicas del acreedor, dado el nivel de vida que tienen los deudores y el que dice el acreedor merece.

Los tribunales federales han sostenido el criterio que tratándose de alimentos, el espíritu del legislador de ninguna manera tuvo como fin asegurar que el acreedor alimentario mantuviera un alto nivel de vida, rebasando el principio de proporcionalidad mediante el cual se pretende que los alimentos sean equitativos para las necesidades del que los debe dar y satisfactorios para quien los debe recibir, ya que a través de esta figura se pretende que el acreedor viva con decoro, sin menoscabar el patrimonio del deudor, pues, de lo contrario, se distorsionaría el verdadero y noble fin ético-moral de esta institución jurídico-familiar, que es el de proteger y salvaguardar la supervivencia de quien no está en posibilidad de allegarse, por sus propios medios, lo necesario para el desarrollo normal de ese valor primario que es la vida, sin que ello implique la elevación del nivel de vida sostenido por esa parte, en perjuicio de la capacidad económica del deudor alimentario.

Sirve de sustento a lo anterior la siguiente tesis:

ALIMENTOS. SI DE CONSTANCIAS DEL JUICIO RELATIVO SE ADVIERTE QUE EL ACREDOR ALIMENTARIO TIENE UNA ACTIVIDAD REMUNERADA, ENTONCES DEBE ACREDITAR LA INSUFICIENCIA DE SUS PERCEPCIONES PARA SUFRAGAR SUS GASTOS. En tratándose de alimentos, el espíritu del legislador de ninguna manera tuvo como fin asegurar que el acreedor alimentario mantuviera un alto nivel de vida dedicado al ocio, status económico o social del

que el acreedor haya estado acostumbrado, rebasando el principio de proporcionalidad mediante el cual se pretende que los alimentos sean equitativos para las necesidades del que los debe dar y satisfactorios para quien los debe recibir, ya que a través de esta figura se pretende que el acreedor viva con decoro, sin menoscabar el patrimonio del deudor, pues, de lo contrario, se distorsionaría el verdadero y noble fin ético-moral de esta institución jurídico-familiar, que es el de proteger y salvaguardar la supervivencia de quien no está en posibilidad de allegarse, por sus propios medios, lo necesario para el desarrollo normal de ese valor primario que es la vida. Por supuesto, dichos alimentos deben ser considerados de manera integral, entendiéndose como tal, el sustento, el vestido, la habitación, el entretenimiento y la atención médica, entre otras cuestiones, pero, como ya se dijo, de manera proporcional. Ahora bien, si el acreedor alimentario tiene una actividad remunerada y esa circunstancia está demostrada en las constancias procesales, aun cuando no esté cuantificado el monto de esos ingresos, entonces le corresponde la carga de la prueba para demostrar que las remuneraciones que obtiene no le son suficientes para sufragar sus necesidades más apremiantes, sin que ello implique la elevación del nivel de vida sostenido por esa parte, en perjuicio de la capacidad económica del deudor alimentario.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4566/2002. Felisa Ferrer Mendoza. 22 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas. Secretario: Alfredo Lugo Pérez.

Época: Novena Época, Registro: 185452, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, Diciembre de 2002, materia(s): Civil, tesis: I.6o.C.255 C, página: 744.

Ahora bien, en cuanto al nivel de vida del acreedor alimentario, no se advierte de constancias que JESÚS hubiere obtenido ingresos elevados, a efecto de tener un nivel socioeconómico superior al que se le puede cubrir con los alimentos que le fueron fijados, ello derivado del importe

que obtuvo por su jubilación por el monto de \$0,000.00 (XXXX pesos 00 / 100). Ya que las pensiones que se entregaron en el ISSSTE responden al nivel salarial que el jubilado o pensionado tenía.

Por lo anterior y al haber estudiado esta Sala la necesidad económica del actor, la insuficiencia de sus ingresos y la capacidad económica de los deudores alimentarios, para determinar confirmar la pensión alimenticia fijada por el juez, deviene en infundado el agravio del actor sobre la pertinencia de modificar la resolución apelada elevar la pensión alimenticia bajo el argumento de que en la provisional se le había venido pagando el porcentaje del quince por ciento, dado que la pensión provisional se fijó sin haber analizado la necesidad del acreedor y capacidad económica de los deudores.

En ese tenor, también se considera infundado el que aduzca el actor que deben allegarse más medios de prueba al juicio para efecto de acreditar que los deudores alimentarios tienen mayor capacidad económica a la que aducen, pues como se señaló, la pensión alimenticia está contemplada para el efecto de cubrir las necesidades del acreedor, no para enriquecerlo a costa del obligado.

En consecuencia, ante lo infundado de los agravios aquí estudiados, procede confirmar la resolución impugnada.

VIII. Al no estar el presente caso dentro de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 140 del código de procedimientos civiles, no se hace condena en costas por la tramitación del presente recurso de apelación.

Por todo lo expuesto, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Son parcialmente fundados pero insuficientes los agravios expresados por los codemandados ÓSCAR ARTURO, GONZALO y JESÚS GONZALO, todos de apellidos...

SEGUNDO. Son infundados los agravios expresados por el actor JE-SÚS, en consecuencia,

TERCERO. Se confirma la sentencia definitiva apelada.

CUARTO. No se hace condena en costas en esta instancia.

QUINTO. Notifíquese y remítase testimonio de la presente resolución y constancia de sus notificaciones junto con sus autos respectivos al juzgado de origen y, en su oportunidad, archívese el presente toca como asunto concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados integrantes de la Tercera Sala Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia, Manuel Díaz Infante, José Cruz Estrada y Adriana Canales Pérez, en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica de este Tribunal, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Luis Alberto Ramírez Garcén, quien autoriza y da fe.

TERCERA SALA FAMILIAR

MAGISTRADOS:

ADRIANA CANALES PÉREZ, MANUEL DÍAZ INFANTE DE LA MORA
Y JOSÉ CRUZ ESTRADA

PONENTE:

MGDA. ADRIANA CANALES PÉREZ

Recurso de apelación que la actora interpuso, a través de su autorizada en términos del cuarto párrafo del artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles, en la controversia del orden familiar, alimentos.

SUMARIO: LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL MENOR DE EDAD QUE ACTÚA EN UN JUICIO CUANDO ADQUIERE LA MAYORÍA DE EDAD. En el caso de un juicio en el que el menor adquiere los dieciocho años de edad, por lo que, ya dispone libremente de sus persona y de sus bienes, conforme a lo dispuesto por los artículos 646 y 647 del código civil, y por ello ha cesado la representación de sus progenitores derivada del ejercicio de la patria potestad, atento a lo dispuesto por el artículo 443 fracción III del código civil, en ese sentido, a fin de seguir manteniendo válido el juicio, en cuanto a la legitimación procesal de quién actúa, el juzgador, de oficio debe vigilar el momento en que el menor adquiere su mayoría de edad, notificándole personalmente del estado que guarda el juicio y se apersone a manifestar lo que a sus intereses convenga.

Ciudad de México, XX de XXX del año XXXX.

Vistos los autos del toca número XXX/XXXX, para resolver el primer recurso de apelación en su orden, que la actora PATRICIA interpuso, a través de su autorizada en términos del cuarto párrafo del artículo 112 del código de procedimientos civiles, ELIZABETH, en contra del auto de fecha XX de XXX de XXXX, que la C. Juez Segundo de lo Familiar de este tribunal, licenciada Miriam Olimpia Lozano Rodríguez, dictó en la controversia del orden familiar, alimentos que PATRICIA promovió en contra de JOSÉ LUIS, expediente número XXX/XXXX; y

RESULTANDO:

1. El auto materia de este recurso, señala lo siguiente:

Dada cuenta con los presentes autos y haciendo una revisión de los mismos, se regulariza el procedimiento que en que (*sic*) se actúa, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 55 y 272 G del código de procedimientos civiles, toda que (*sic*) como consta de actuaciones específicamente de las fojas cincuenta a la cincuenta y dos, mediante copias certificadas que exhibió el demandado JOSÉ LUIS, se desprende el convenio celebrado por las partes PATRICIA en representación de su menor hijo DANIEL y la parte demandada JOSÉ LUIS, en fecha XX de XXX del año XXXX, en la audiencia incidental celebrada ante el juzgado Vigésimo Segundo de lo Familiar de esta ciudad expediente número (*sic*) XXX/XXXX, juicio ordinario civil divorcio, promovido por PATRICIA en contra de JOSÉ LUIS, específicamente en la cláusula (*sic*) primera que a la letra dice: Que la pensión alimenticia provisional decretada el XX de XXX del XXXX, en lo sucesivo, quede sin efecto legal alguno, porque JOSÉ LUIS, detentara (*sic*) la guarda y custodia de su menor hija MONSERRAT, y PATRICIA, detentara (*sic*) la guarda y custodia definitiva de su menor hijo DANIEL, caso en el cual cada uno de los progenitores se hará cargo de las necesidades de sus descendientes. En esa virtud, se dejan abierto (*sic*) sus derechos para que lo hagan (*sic*) valer ante dicho

órgano jurisdiccional ya mencionado. Se levantan las medidas provisionales decretadas en proveído de fecha XX de XXX del año XXXX, debiendo girarse atento oficio al centro de trabajo del demandado, para que se proceda dejar sin efectos el descuento de la pensión alimenticia ordenada mediante atento oficio XXX de fecha XX de XXX de XXXX, devolviéndose los documentos originales exhibidos por conducto de persona autorizada previa razón y recibo que se deje asentado en autos, y en su oportunidad archívese el presente asunto como total y definitivamente concluido. Notifíquese. Lo proveyó y firma la C. Juez Segundo de lo Familiar de la Ciudad de México, licenciada Miriam Olimpia Lozano Rodríguez, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Mario Hernández González, quien autoriza y da fe.

2. Inconforme con dicha resolución, la actora PATRICIA interpuso recurso de apelación, a través de su autorizada en términos del cuarto párrafo del artículo 112 del código de procedimientos civiles, licenciada ELIZABETH, y expresó agravios ante la juez de primera instancia, quien admitió el recurso en efecto devolutivo de tramitación inmediata y se remitieron a esta Sala las constancias necesarias con el escrito de expresión de agravios y contestación, quien en auto de fecha XX de XXX de XXXX, revocó la calificación de grado que la a quo hizo admitiéndose el recurso en ambos efectos; en auto de fecha XX de XXX de XXXX, esta Sala tuvo por admitidos los autos originales del presente juicio y se turnó el toca a esta ponencia para dictar la resolución que hoy se pronuncia; y

CONSIDERANDO:

I. La inconforme expresó como agravios, los que obran a fojas cinco a diez del presente toca; mismos que se tienen por reproducidos en este espacio como si se insertasen a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

II. Previo al estudio de los agravios de la apelante, conviene hacer las siguientes precisiones:

Conforme a lo dispuesto por el artículo 55 del código de procedimientos civiles, las normas del procedimiento no pueden alterarse, modificarse o renunciarse.

El artículo 272-G del código de procedimientos civiles dispone:

Los jueces y magistrados podrán ordenar, aún fuera de la audiencia a que se refiere el artículo 272-A, que se subsane toda omisión que notaren en la substanciación, para el solo efecto de regularizar el procedimiento, con la limitante que no podrán revocar sus propias determinaciones.

Para una mejor comprensión del asunto, conviene hacer la siguiente relación de antecedentes relevantes:

Mediante auto firme de fecha XX de XXX de XXXX, la juez tuvo por admitida la demanda de alimentos que PATRICIA promovió en representación de su entonces menor hijo DANIEL, en contra de JOSÉ LUIS, fijándose como pensión alimenticia provisional a favor del menor DANIEL, el quince por ciento del total de las percepciones ordinarias y extraordinarias que el demandado JOSÉ LUIS percibiera, a quien se ordenó emplazar a juicio.

Mediante auto de fecha XX de XXX de XXXX, se tuvo al demandado JOSÉ LUIS, dando contestación en tiempo a la demanda interpuesta en su contra y con las excepciones y defensas que hizo valer se dio vista a la actora para que dentro el término de tres días, manifestara lo que a su derecho correspondiera.

En auto de fecha XX de XXX de XXXX, la juez dictó un “dada nueva cuenta”, con el objeto de regularizar el procedimiento y levantó las medidas provisionales decretadas en auto de fecha XX de XXX de XXX, dejándole a la parte actora a salvo sus derechos, para que los

hiciera valer ante el juzgado Vigésimo Segundo de lo Familiar de este Tribunal, ya que tomó en consideración las copias certificadas que el demandado JOSÉ LUIS había presentado en su escrito de contestación de demanda, relativo al convenio que PATRICIA y JOSÉ LUIS celebraron con fecha XX de XXX de XXXX, en el juicio ordinario civil, divorcio, que PATRICIA promovió en contra de JOSÉ LUIS, en el juzgado Vigésimo Segundo de lo Familiar de este Tribunal, expediente número XXX/XXXX; y si bien, es correcto que conforme a lo dispuesto por el artículo 272-G del código de procedimientos civiles, los jueces y magistrados pueden subsanar toda omisión que notaren en la substanciación, para el sólo efecto de regularizarlo, esta Alzada estima que no lo es para la conclusión a la que la jueza llegó, porque no respetó la garantía de audiencia del alimentista DANIEL, quien no obstante al momento que esto se resuelve, había alcanzado la mayoría de edad, tenía firmes las medidas jurisdiccionales ya tomadas, esto es, la medida provisional de alimentos.

Se afirma lo anterior, porque el convenio que el demandado presentó en su escrito de contestación de demanda, fue celebrado para regular la situación jurídica de los hijos menores de edad y en este momento DANIEL es mayor de edad, ya que de los mismos autos que esta Sala tiene a la vista, corre agregada a foja seis, el acta de nacimiento de DANIEL, de la que se advierte que nació con fecha XX de XXX de XXXX y a la fecha en que esta Sala resuelve, cuenta con XX años de edad, por lo que, ya dispone libremente de su persona y de sus bienes, conforme a lo dispuesto por los artículos 646 y 647 del código civil, y por ello, ha cesado la representación de sus progenitores derivada del ejercicio de la patria potestad, atento a lo dispuesto por el artículo 443 fracción III del código civil, en ese sentido, a fin de seguir manteniendo válido el juicio, en cuanto a la legitimación procesal de quien actúa, el juzgador, de oficio, debe vigilar el momento en que el menor adquiere su mayoría

de edad, notificándole personalmente del estado que guarda el juicio y se apersone a manifestar lo que a sus intereses convenga.

Sirve de apoyo la siguiente tesis emitida por la autoridad federal:

MENOR DE EDAD. EL JUEZ DEBE ADVERTIR, DE OFICIO, EL MOMENTO PROCESAL EN QUE ADQUIERE SU MAYORÍA, A FIN DE NOTIFICARLO PERSONALMENTE EL ESTADO DEL PROCESO, EQUIPARÁNDOSE ELLA A UN EMPLAZAMIENTO. Los presupuestos procesales, como el de legitimación en el proceso, son requisitos necesarios para dotar de validez a un juicio. En ese sentido, es al juzgador a quien, de oficio, corresponde subsanar cualquier deficiencia que en ese aspecto se presente. En los juicios donde se dilucidan derechos de menores de edad, el requisito de legitimación procesal se tiene cubierto con la comparecencia a juicio del representante legal del menor; sin embargo, a partir de que llega a la mayoría de edad, ese requisito ya no puede tenerse por satisfecho de la misma forma pues, precisamente, por ese evento la representación legal ha cesado y es él quien debe comparecer al controvertido. En ese sentido, a fin de seguir manteniendo válido el juicio, en cuanto a la legitimación procesal de quien actúa, el juzgador, de oficio, debe vigilar el momento en que el menor adquiere su mayoría de edad, notificándolo personalmente del estado que guarda el juicio y se apersone a manifestar lo que a sus intereses convenga. La necesidad de que la notificación sea personal radica en que si bien podría decirse que el menor ha comparecido a juicio, ello aconteció producto de la ficción jurídica que significaba la representación legal a la que estaba sujeto. Esto es, puede establecerse el respeto al derecho humano de audiencia del menor, al haber participado en el juicio a través de su representante legal; sin embargo, no debe perderse de vista que lo acontecido en el juicio no se entendió con él; de ahí que la notificación que se realice para informarle el estado del proceso se equipare a un emplazamiento, y la finalidad de ésta es integrarlo al controvertido como persona con plena capacidad jurídica.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Época: Décima Época, Registro: 2004727, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

y su Gaceta, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, Materia(s): Civil, Tesis: VII.2o.C.58 C (10a.), Página: 1826.

Por tanto, a fin de atender las formalidades del procedimiento, y el principio de congruencia interna y externa que toda resolución judicial debe contener, entendiendo por la primera, la congruencia que debe tener la sentencia en sí misma y la segunda, la congruencia que debe tener la sentencia con las constancias de autos, se regulariza el procedimiento conforme a lo dispuesto por el artículo 272-G del código de procedimientos civiles, a efecto de que se subsane la omisión que obra en autos y se notifique personalmente a DANIEL, sobre el estado que guarda el juicio, con objeto de que se apersone a manifestar lo que a su interés convenga, ya que al momento de dictar esta sentencia de alimentos, adquirió la mayoría de edad y puede acudir a hacer valer sus derechos por sí mismo; situación que ante el cambio de circunstancias, no puede quedar subsanada por el convenio que sus progenitores celebraron.

III. Esta ponente estima que al tratarse de un criterio novedoso que se va a establecer, la resolución que nos ocupa será firma colegiada, conforme a lo dispuesto por el artículo 45, fracción IV, último párrafo de la Ley Orgánica de este Tribunal.

IV. Al no estar el presente asunto comprendido en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 140 del código de procedimientos civiles, no es el caso hacer condenación en costas.

Por lo expuesto y fundado, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Por las razones expuestas en el segundo considerando de la presente resolución, se modifica por congruencia el auto apelado; para quedar en los siguientes términos:

Dada cuenta con los presentes autos y haciendo una revisión de los mismos, se advierte que el actor DANIEL ha alcanzado la mayoría de edad, por lo que, se regulariza el procedimiento en que se actúa de conformidad con lo dispuesto por los artículos 55 y 272 G del código de procedimientos civiles, a fin que se notifique personalmente a DANIEL sobre el estado que guarda el juicio, con objeto de que se apersone a manifestar lo que a su interés convenga.

SEGUNDO. No se hace condena en costas en esta instancia.

TERCERO. Notifíquese y remítase testimonio de esta resolución debidamente autorizada al juzgado de origen y en su oportunidad archívese el toca como asunto total y definitivamente concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados integrantes de la Tercera Sala Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia, en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica de este Tribunal, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Luis Alberto Ramírez Garcén, quien autoriza y da fe.

TERCERA SALA FAMILIAR

MAGISTRADOS:

ADRIANA CANALES PÉREZ, TEÓFILO ABDO KURI, POR M.L.
Y JOSÉ CRUZ ESTRADA

PONENTE:

MGDA. ADRIANA CANALES PÉREZ

Recurso de apelación, que interpuso la actora incidentista, en contra de la sentencia interlocutoria dictada, en los autos del incidente de fijación de pensión alimenticia definitiva derivada del divorcio sin causa.

SUMARIO: PENSIÓN ALIMENTICIA. PARA FIJAR SU MONTO DEBE ATENDERSE AL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREDOR Y A LAS POSIBILIDADES DEL DEUDOR. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido al derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada acreedor alimentista para exigir a otra, deudor alimentario, lo necesario para vivir, como consecuencia del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio o del concubinato, en el entendido de que la obligación da dar alimentos consiste en proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos, ya

que la carga alimentaria debe tener una justa proporción y un sano equilibrio entre: la posibilidad y la necesidad, lo que obliga a enfrentar dos conceptos que entrañan dos situaciones distintas, pues la posibilidad contrae a la capacidad económica del que da los alimentos, y por otro la necesidad a las exigencias de tener determinados satisfactores para quienes los reciben.

Ciudad de México, XX de XXX de XXXX.

Vistos los autos del toca número XX/XXX, para resolver el quinto recurso de apelación, que interpuso la actora incidentista MARÍA EUGENIA, por su propio derecho, en contra de la sentencia interlocutoria de fecha XX de XXX XXXX, que dictó el C. Juez Décimo Cuarto de lo Familiar de esta Ciudad, maestro Víctor Manuel Rocha Segura, en los autos del incidente de fijación de pensión alimenticia definitiva, que derivó del juicio divorcio sin causa que promovió MARÍA EUGENIA en contra de JOSÉ LUIS, expediente XXX/XXXX; y

RESULTANDO:

1. La sentencia interlocutoria materia del presente recurso de apelación, en sus puntos resolutivos, es del tenor literal siguiente:

PRIMERO. Se ha tramitado legalmente el incidente de fijación de pensión alimenticia definitiva, promovida por MARÍA EUGENIA en contra de JOSÉ LUIS.

SEGUNDO. Se condena al señor JOSÉ LUIS al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de la señora MARÍA EUGENIA, consistente en el treinta por ciento de los ingresos que como jubilado percibe y la cantidad que resulte de dicho porcentaje deberá entregarse a la actora incidentista, debiéndose girar el oficio de estilo al C. Representante legal de pensiones XXX, S. A. de C. V. Grupo Financiero XXX en el entendido de que deberá dejarse sin efectos la pensión alimenticia provisional, apercibido que de no hacerlo, se le impondrá una multa por la cantidad de XXX pesos 00/100 M. N., de conformidad con lo dispuesto por el artículo 62 y 73 del código adjetivo civil, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria en que incurra.

TERCERO. Por cuanto hace a la prestación *B*), deberá de estarse a lo expuesto en el considerando III de esta resolución.

Notifíquese.

Así, interlocutoriamente, juzgando lo resolvió y firma el C. Juez Décimo Cuarto de lo Familiar de la Ciudad de México, maestro Víctor Manuel Rocha Segura, ante la C. Secretaría de Acuerdos “B”, licenciada Martha Velasco González, quien da fe.

2. Inconforme con la resolución transcrita, la actora incidentista MARÍA EUGENIA, por su propio derecho, interpuso recurso de apelación en su contra y expresó agravios ante el juez de primera instancia, quien admitió el recurso en el efecto devolutivo y remitió a esta Sala las constancias necesarias con el escrito de agravios, el que fue contestado. Esta Sala confirmó la calificación de grado que el juez del conocimiento hizo, y turnó el toca a esta ponencia para dictar la resolución que hoy se pronuncia; y

CONSIDERANDOS:

I. Los agravios que la actora incidentista MARÍA EUGENIA, por su propio derecho expresó, obran a fojas ocho a doce del presente toca, los que se tienen por reproducidos en este espacio como si se insertasen a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

II. La actora incidentista MARÍA EUGENIA, en sus agravios señaló, esencialmente:

ÚNICO. Que el juez viola los artículos 311 y 323 del código civil porque no valoró la planilla de gastos exhibida por la suscrita así como la confesión realizada por el señor JOSÉ LUIS, ya que como se desprenden de las mismas constancias de autos, en sus escritos de contestación confesó en su hecho cuarto inciso *A*) que él otorgaba a la suscrita la cantidad de \$0,000.00 (XX XXX pesos M. N. 00/100), mensuales por concepto de pensión alimenticia dividido en dos quincenas.

Que si bien es cierto el deudor alimentario fue condenado al pago de una pensión alimenticia, nos encontramos en el supuesto de que es una obligación del demandado incidentista el dar alimentos, conforme los venía dando con anterioridad, independientemente del estado de necesidad, aunado a que quedó demostrado en juicio, la capacidad económica del apelado, así como la forma en que venía solventando dicha obligación.

Que resulta totalmente improcedente la apreciación que el juez le da a las pruebas, ya que como se desprende de todo lo anteriormente transrito y así como del oficio que se giró a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, se prueba la capacidad económica del apelado y el estado de necesidad de la quejosa. Y por tanto tiene la capacidad económica de otorgar una cantidad mayor por concepto de alimentos.

Los motivos de inconformidad que la apelante expresó resultan parcialmente fundados y suficientes para modificar la sentencia interlocutoria recurrida, en atención a las siguientes consideraciones:

El artículo 308 del código civil dispone:

Los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
- II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declaradas en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Por su parte, el artículo 311 del Código Civil para la Ciudad de México, estatuye:

Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido al derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada acreedor alimentista para exigir a otra, deudor alimentario, lo necesario para vivir como consecuencia del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio o del concubinato, en el entendido de que la obligación de dar alimentos consiste en proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, y que en términos de lo dispuesto por el artículo 308 del código sustantivo civil, comprende la comida, el vestido, la habitación, la atención médica y hospitalaria y en relación a los menores, también incluyen los gastos para su educación y para proporcionarles un oficio, en el entendido de que deben ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlas, ya que la carga alimentaria debe tener una justa proporción y un sano equilibrio entre la posibilidad y la necesidad, lo que obliga a enfrentar dos conceptos que entrañan dos situaciones distintas, pues la posibilidad contrae a la capacidad económica del que da

los alimentos; y por otro, la necesidad a las exigencias de tener determinados satisfactores para quienes los reciben.

Consecuentemente, para fijar el monto de la obligación alimentaria debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor para cumplirla, tomando en consideración, además, el entorno social en que éstos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades que representa la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del acreedor, sino el solventar una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el estatus aludido.

En el caso concreto, asiste la razón a la apelante al señalar que el *a quo* al momento de fijar la pensión alimenticia definitiva para la señora MARÍA EUGENIA, no tomó en consideración las circunstancias específicas del caso concreto (obligación del demandado incidentista de dar alimentos conforme los venía dando) así como las posibilidades económicas del deudor alimentario.

Lo anterior se afirma ya que de las constancias que se tienen a la vista, las cuales gozan de valor probatorio pleno en términos de lo dispuesto por el artículo 327, fracción VIII, del código procesal civil, se advierte que la señora MARÍA EUGENIA desde su escrito de solicitud de divorcio presentado el día XX de XXX de XXXX, reconoció en el hecho marcado con el número IX que su contrario le aportaba quincenalmente por concepto de pensión alimenticia la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.), esto es \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) mensuales, y señaló que dicha cantidad le era insuficiente para sufragar sus propios gastos de casa, vestido y sustento.

Por su parte, el demandado JOSÉ LUIS, al dar contestación a la solicitud de divorcio, específicamente a los hechos marcados con los números VI y IX, reconoció, entre otras cosas, haber recibido la cantidad de \$000,000.00 (XXX XXX pesos 00/100 M.N.) por concepto de retiro la-

boral; proporcionar la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.) mensuales a la actora por concepto de pensión alimenticia, divididos en dos quincenas; y tener como fuente de ingreso una pensión mensual por la cantidad de \$0,000.00 (X XXX pesos 00/100 M.N.).

De lo anterior, claramente se desprende que aun y cuando no hubo coincidencia en los montos que por concepto de pensión alimenticia recibía la señora MARÍA EUGENIA, sí se advierte un reconocimiento de los interesados, en el sentido de que el deudor alimentario proporcionaba a la actora una cantidad mayor al 30% que se fijó por concepto de pensión alimenticia definitiva, el cual equivale aproximadamente a la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) mensuales, ya que la actora manifestó que le proporcionaba \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) mensuales y que dicha cantidad le era insuficiente, y, por su parte, el apelado manifestó que entregaba la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.) dividido en dos quincenas, por lo que ante dicha situación se estima que resulta procedente modificar la sentencia interlocutoria recurrida ya que sería un contrasentido que se fijara a favor de la acreedora una pensión alimenticia definitiva menor a la que recibía antes de iniciar el juicio.

Consecuentemente, este cuerpo colegiado en desagravio de la apelante entra al análisis de las circunstancias específicas del caso, así como a las necesidades reales de la acreedora y a las posibilidades reales del deudor alimentario, a efecto de determinar el monto de la pensión alimenticia definitiva que deberá cubrir el señor JOSÉ LUIS a favor de la inconforme.

Así tenemos que la acreedora MARÍA EUGENIA es una mujer de aproximadamente XX años de edad que tiene cubierto el rubro de habitación ya que habita en un inmueble ubicado en avenida XX, número XXX, colonia XXXX, delegación XXX, propiedad de uno de sus familiares. Inmueble, en el que según se advierte del estudio socioeconómico

que se le practicó a la apelante el día XX de XXX de XXXX, por la trabajadora social Magdalena habitan también dos nietos de la entrevistada, de XX y XX años de edad, y a quienes la actora tiene a su cargo. De dicho estudio socioeconómico se desprende que la entrevistada refirió tener únicamente siguientes egresos:

Concepto	Monto
Alimentación	\$5,000.00
Transporte	\$500.00
Vestido	\$1,500.00
Médico y medicinas	\$200.00
Total	\$7,200.00

Asimismo, se advierte que la entrevistada refirió que sus hijos le proporcionan la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) mensuales, y que ellos son los que cubren los gastos de luz, combustible y teléfono del inmueble en el que habita la acreedora junto con sus nietos.

Cabe señalar que si bien la señora MARÍA EUGENIA, en la planilla de gastos que presentó ante el juzgado del conocimiento el día XX de XXX de XXXX señaló que sus egresos son los siguientes:

\$100.00 pesos diarios por 30 días = \$3,000.00 (tres mil pesos 00/100 M.N.) mensuales	Alimentos: carne, pollo, pescado, huevo, verduras y frutas (canasta básica)
\$1,500.00 (mil quinientos pesos 00/100 M.N.) mensuales	Despensa: papel de baño, limpiador de pisos, escoba, leche, jugos, protección femenina, shampoo, cereal, desodorante, yogurt, servilletas, atún, focos, crema, detergentes, mayonesa, pan de caja, salchicha, sopas, dulces, flan, cubetas, trapos, fibras, sal, queso, azúcar, aceite de cocina, helado, pasta de dientes, enjuague bucal, cepillo de dientes y demás artículos

\$1,000.00 (mil pesos 00/100 M.N.), mensuales	Pago de servicios: luz, agua, teléfono e internet, así como televisión de paga.
\$600.00 (seiscientos pesos 00/100 M.N.) mensuales	Arreglo personal: corte de cabello, tinte y maquillaje.
\$300.00 (trescientos pesos 00/100 M.N.) mensuales	Veterinario: consultas y medicamentos
\$500.00 (quinientos pesos 00/100 M.N.) mensuales	Esparcimiento
\$1,500.00 (mil quinientos pesos 00/100 M.N.)	Mantenimiento de casa; plomería, albañilería y materiales varios
\$7,000.00 (siete mil pesos 00/100 M.N.) anuales	Vacaciones
\$500.00 (quinientos pesos 00/100 M.N.) mensuales	Ropa
Total de gasto mensual	\$8,900.00 (ocho mil novecientos pesos 00/100 M.N.).

Sin embargo, debe señalarse que los gastos por concepto de pago de servicios no son de tomarse en cuenta, en virtud de que la propia acreedora reconoció que dichos gastos los realizan sus hijos. Tampoco son de tomarse en consideración los gastos por concepto de veterinario en virtud de que no quedó acreditado en autos que tuvieran una mascota ya que la trabajadora social en ningún momento hizo referencia a ello en el estudio socioeconómico; de igual forma, no son de considerarse los rubros de mantenimiento de casa ni vacaciones, ya que en relación al primero de los rubros mencionados no puede considerarse como un gasto mensual que se haya efectuado de manera constante, ya que la trabajadora social claramente señaló que el inmueble de la entrevistada requiere de mantenimiento en techos y paredes, y que tanto la vivienda como el mobiliario se encontraban en mal estado, pero con buena higiene, por lo que es claro que al inmueble no se le ha dado mantenimiento en un largo tiempo; y en cuanto al rubro de vacaciones, debe señalarse que dicho gasto se eroga con lo que la propia acreedora vaya ahorrando.

do, ya que no se trata de una necesidad básica ni se encuentra prevista en el artículo 308 del código civil.

Así tenemos que las necesidades de la acreedora oscilan entre los \$0,000.00 (XXX XXX pesos 00/100 M.N.) —planilla de gastos—, y los \$0,000.00 (XXX XXX pesos 00/100 M.N.) —estudio socioeconómico—, en el entendido de que dentro de dichas necesidades también se encuentran las de los nietos de la acreedora.

Ahora bien, en relación a las posibilidades del deudor alimentario, tenemos que si bien en autos quedó acreditado que el señor JOSÉ LUIS recibe por parte de la zona XXX del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) una pensión mensual por la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.) y que dicha pensión se le deposita en la cuenta de XXXX; no menos cierto es que en autos quedó acreditado que el deudor alimentario tiene mayores posibilidades económicas, ya que de las copias de los estados de cuenta que el Banco XXX, S.A. Integrante del Grupo Financiero XXX, remitió al juzgado de primera instancia por escrito que presentó el día XX de XXX de XXXX, correspondientes al periodo comprendido de XXX de XXXX a XXX de XXXX, correspondientes a una cuenta del demandado, se advierte que el deudor alimentario ha tenido diversos depósitos en efectivo, que al mes oscilan entre los \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.) y los \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), como se advierte de la siguiente tabla:

Periodo	Número de depósitos en efectivo	Cantidad total
Abril 2014- Mayo 2014	5	\$4,600.00
Mayo 2014- Junio 2014	7	\$4,200.00
Junio 2014-Julio 2014	10	\$7,820.00
Julio 2014- Agosto 2014	8	\$7,320.00
Agosto 2014- Septiembre 2014	11	\$8,370.00

Septiembre 2014- Octubre 2014	4	\$6,300.00
Octubre 2014-Noviembre 2014	5	\$6,880.00
Noviembre 2014-Diciembre 2014	6	\$7,000.00
Diciembre 2014-Enero 2015	5	\$11,350.00

Por lo que es claro que la capacidad económica del deudor alimentario no puede limitarse únicamente a las percepciones que recibe por concepto de jubilación, ya que incluso el propio apelado, desde el escrito de contestación a la solicitud de divorcio, como en el escrito de contestación al incidente que nos ocupa, manifestó que proporcionaba a la actora la cantidad de \$0,000.00 por concepto de pensión alimenticia; que también pagaba el servicio telefónico por la cantidad mensual de \$000.00; el medicamento de su contraria por la cantidad de \$0,000.00 mensuales; el arreglo personal de la señora MARÍA EUGENIA (tintes, aseo de zapatos y envío de vestidos a la tintorería) por la cantidad de \$000.00 mensuales; que compraba la carne, leche, fruta y alimentos para la mascota por un total de \$0,000.00; y que en relación a sus propios gastos erogaba la cantidad de \$0,000.00 por concepto de alimentos, más \$000.00 por servicio de internet y XXX.

Por lo que atendiendo a las circunstancias específicas del caso, como son las posibilidades reales del deudor alimentario y a las necesidades reales de la acreedora, así como al reconocimiento de ambas partes de que el señor JOSÉ LUIS proporcionaba una pensión alimenticia a la señora MARÍA EUGENIA por una cantidad superior a la que se fijó por concepto de pensión alimenticia provisional, este cuerpo colegiado concluye que la pensión alimenticia definitiva que deberá proporcionar el deudor alimentario a favor de la acreedora será por la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) mensuales, ya que conforme al estudio socioeconómico que se practicó a la señora MARÍA EUGENIA, dicha cantidad es la adecuada y proporcional para cubrir las necesidades básicas de la apelante, ya que los montos expuestos en el estudio socioeconómico per-

tenece a los egresos del grupo familiar, el cual se encuentra conformado por los dos nietos de la señora MARÍA EUGENIA, siendo que la pensión alimenticia que nos ocupa es únicamente para la actora y no para sus nietos, de ahí que este cuerpo colegiado considere que la pensión para la acreedora deberá ser por la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) mensuales, y omita basarse en la manifestación que el deudor alimentario realizó, en el sentido de que proporcionaba la cantidad mensual de \$0,000.00 (XXXX PESOS 00/100 M.N.), lo que motiva la parte infundada de los motivos de inconformidad que se analizan.

Consecuentemente, deberá girarse oficio al representante legal de pensiones XXX, S.A. de C.V., Grupo Financiero XXX, para que descuento como pensión alimenticia definitiva a favor de la señora MARÍA EUGENIA, la cantidad mensual de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), y dicha cantidad sea entregada a la acreedora MARÍA EUGENIA, en la forma y días acostumbrados, apercibido dicho representante, que en caso de no hacerlo, se les impondrá como medida de apremio, una primer multa por la cantidad de \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), por desacato a un mandato judicial, de conformidad con el artículo 73 del código de procedimientos civiles; pensión que se actualizará en términos de lo dispuesto por el artículo 311 del código civil y que deberá quedar garantizada en cualquiera de las formas previstas en el artículo 317 del código civil, por lo que requiérase al deudor alimentario para que en el término de cinco días proponga la forma en que garantizará dicha pensión, apercibido que de no hacerlo, el juez fijará la garantía que estime conveniente.

Sirve de apoyo a lo anterior la jurisprudencia por contradicción que a continuación se transcribe:

ALIMENTOS. REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA FIJAR EL MONTO DE LA PENSIÓN POR ESE CONCEPTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE CHIAPAS). De lo dispuesto en los artículos 308, 309, 311 y 314 del Código Civil para el Distrito Federal y sus

correlativos 304, 305, 307 y 310 del Estado de Chiapas, se advierte que los legisladores establecieron las bases para determinar el monto de la pensión alimenticia, las cuales obedecen fundamentalmente a los principios de proporcionalidad y equidad que debe revestir toda resolución judicial, sea ésta provisional o definitiva, lo que significa que para fijar el monto de esta obligación alimentaria debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades reales del deudor para cumplirla, pero, además, debe tomarse en consideración el entorno social en que éstos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades que representa la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del acreedor, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el status aludido; de ahí que no sea dable atender para tales efectos a un criterio estrictamente matemático, bajo pena de violentar la garantía de debida fundamentación y motivación consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, eventualmente, hacer nugatorio este derecho de orden público e interés social.

Novena Época, Registro: 189214, Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIV, agosto de 2001, tesis: 1a./J. 44/2001, página: 11.

Así mismo, es aplicable la tesis aislada localizada bajo el rubro:

ALIMENTOS, NO SE VIOLAN LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL DEUDOR, SI EL MONTO DE LA PENSIÓN SE FIJA DE ACUERDO A SUS PROPIAS MANIFESTACIONES. Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 311 del código civil, para fijar la pensión alimenticia debe tomarse en cuenta la posibilidad de darla y la necesidad de recibirla; sin embargo, si el obligado expresamente se obligó a entregar determinada suma, la autoridad bien puede repartir de ella, pues al provenir de un ofrecimiento por parte del deudor, es factible establecer que está en aptitud de ministrar la suma respectiva, ya que por razón natural, sólo él conoce su situación y por ende sus posibilidades materiales resultando, por las mismas razones, un punto de vista más objetivo que el simple cálculo resultante de elementos que indirectamente pudieran arrojar

una cantidad a su cargo, de todo lo cual se sigue que si bien por regla general es indispensable un estudio para obtener el monto adecuado, si quien debe satisfacer los alimentos formula un ofrecimiento en cantidad líquida, ninguna ilegalidad se comete en su perjuicio si de su propia aseveración se fija la condena respectiva.

Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: XI, febrero de 1993, página: 204.

Por las razones que se expusieron con anterioridad y ante lo parcialmente fundado y suficiente de los motivos de inconformidad que la apelante expresó, resulta procedente modificar en su parte conducente la sentencia interlocutoria impugnada, para quedar en los términos que se precisarán en el segundo resolutivo de este fallo.

III. El presente caso no se encuentra dentro de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 140 del código de procedimientos civiles, por lo que no se hace condena en costas por la tramitación de la presente instancia.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE:

PRIMERO. Son parcialmente fundados y suficientes los motivos de inconformidad que la apelante expresó; en consecuencia:

SEGUNDO. Se modifica la sentencia interlocutoria materia del presente recurso de apelación, para quedar de la siguiente manera:

PRIMERO. Se ha tramitado legalmente el incidente de fijación de pensión alimenticia definitiva, promovida por MARÍA EUGENIA en contra de JOSÉ LUIS.

SEGUNDO. Se condena al señor JOSÉ LUIS al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de la señora MARÍA EUGENIA, por la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), por lo que gírese el oficio de estilo al C. Representante legal de XXX, S. A. de C. V, Grupo Financiero XXX para que descuento como pensión ali-

menticia definitiva a favor de la señora MARÍA EUGENIA, la cantidad mensual de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.), y dicha cantidad sea entregada a la acreedora MARÍA EUGENIA, en la forma y días acostumbrados, apercibido dicho representante, que en caso de no hacerlo, se le impondrá como medida de apremio, una primer multa por la cantidad de \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), por desacato a un mandato judicial, de conformidad con el artículo 73 del código de procedimientos civiles; pensión que se actualizará en términos de lo dispuesto por el artículo 311 del código civil y que deberá quedar garantizada en cualquiera de las formas previstas en el artículo 317 del código civil, por lo que requiérase al deudor alimentario para que en el término de cinco días proponga la forma en que garantizará dicha pensión, apercibido que de no hacerlo, el juez fijará la garantía que estime conveniente.

TERCERO. Quedan sin efectos la pensión alimenticia provisional.

CUARTO. Por cuanto hace a la prestación B), deberá de estarse a lo expuesto en el Considerando III de esta resolución.

NOTIFÍQUESE.

TERCERO. No se hace condena en costas por la tramitación de la presente instancia.

CUARTO. Notifíquese y remítase testimonio debidamente autorizado de la presente resolución al juzgado de origen y, en su oportunidad, archívese el presente toca como asunto concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados integrantes de la Tercera Sala Familiar de este H. Tribunal Superior de Justicia, licenciados Teófilo Abdo Kuri, por ministerio de ley, en términos del artículo 115 del código de procedimientos civiles para esta Ciudad, José Cruz Estrada y Adriana Canales Pérez, siendo ponente la última de los nombrados, lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica de este H. Tribunal, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Luis Alberto Ramírez Garcén, quien autoriza y da fe.

TERCERA SALA FAMILIAR

PONENTE UNITARIA:

MGDA. ADRIANA CANALES PÉREZ

Recurso de apelación que el demandado interpuso en contra de la sentencia interlocutoria dictada en el incidente para la desocupación de un inmueble y entrega de bienes derivada del juicio divorcio sin causa.

SUMARIO: DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. En el régimen de separación de bienes se da la propiedad exclusiva del cónyuge que adquirió el bien; la obligación del cónyuge que tenga el carácter de poseedor tendrá la obligación de desocupar el inmueble por haber terminado el acto jurídico causal de la posesión, incluso puede ser condenado a ello, así como el derecho del propietario de recuperarla a través de la acción personal.

Ciudad de México, XX de XXX del año XXXX.

Vistos los autos del toca número XXX/XXXX, para resolver el primer recurso de apelación en su orden, que el demandado JORGE FRANCISCO interpuso en contra de la sentencia interlocutoria de fecha XX de XXX del año XXXX, que el C. Juez interino Cuarto Familiar de este Tribunal, licenciado Juan Estrada Negrete, dictó en el incidente para la

desocupación de un inmueble y entrega de bienes, deducido del juicio divorcio sin causa que ANA LILIA promovió en contra de JORGE FRANCISCO, expediente número XXX/XXXX; y

RESULTANDO:

1. La sentencia interlocutoria materia de este recurso, concluyó con los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO. Ha procedido la vía elegida, en donde la actora incidentista acreditó su acción y el demandado no justificó su contestación a la incidencia.

SEGUNDO. Se condena a JORGE FRANCISCO (*sic*) a desocupar el inmueble referido, en donde se constituyó el domicilio conyugal, por lo que, una vez que quede firme la presente resolución, mediante notificación personal requírase al demandado incidental para que desocupe el inmueble referido, previo inventario del menaje, bienes y enseres que se encuentren en el mismo y los que se ha de llevar el enjuiciado, incluyendo los necesarios para el ejercicio de su profesión, para lo cual se le concede un término de cinco días hábiles a partir del día siguiente de la legal notificación personal, apercibido que para el caso de incumplimiento, será lanzado a su costa.

TERCERO. Al no encontrarse el presente caso en alguno de los supuestos previstos por el artículo 140 del código adjetivo, no se hace condena en costas en esta instancia.

CUARTO. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 16 del Reglamento del Sistema Institucional de Archivos del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, guárdate en el legajo de sentencias de este juzgado, copia certificada de la presente sentencia con firma autógrafa.

QUINTO. Notifíquese personalmente a ambas partes.

Así, interlocutoriamente, juzgando lo resolvió y firma, el C. Juez Interino Cuarto de lo Familiar de la Ciudad de México, licenciado, Juan Estrada Negrete, ante la Secretaría de Acuerdos “A”, licenciada Genoveva Herrera Flores, con quien actúa y da fe. Doy fe.

2. Inconforme con dicha resolución el demandado JORGE FRANCISCO interpuso en su contra recurso de apelación y expresó agravios ante el juez de primera instancia, quien admitió el recurso de apelación en efecto devolutivo y remitió a esta Sala las constancias necesarias con el escrito de expresión de agravios y su contestación; quien confirmó la calificación de grado que el *a quo* hizo y turnó el toca a esta ponencia para dictar la resolución que hoy se pronuncia; y

CONSIDERANDO:

I. El apelante expresó como agravios los que se encuentran a fojas doce a veintidós del presente toca; mismos que se tienen por reproducidos en este espacio como si se insertasen a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

II. El apelante expresó como agravios, en síntesis:

PRIMERO. Le causa agravio la sentencia apelada en virtud de que los pronunciamientos realizados por el C. Juez se basan en simples apreciaciones realizadas de manera equivocada y subjetivas y hasta cierto punto de manera arbitraria, al dar por ciertos todas y cada una de las manifestaciones realizadas por su contraparte, sin encontrar un sustento legal idóneo para su acreditación, al dar por cierto únicamente sus manifestaciones y sin reparar en cuanto a la existencia y análisis de los diversos elementos de convicción que obran en el expediente, que permitirían arribar a una resolución apegada a derecho, lo que en la especie no ocurrió, al carecer de un análisis exhaustivo y minucioso de todos aquellos elementos de convicción aportados por el suscripto, así como el considerar las manifestaciones que en algún momento se contraponen a los argumentos esgrimidos por mi contraparte, mismos que obran en el expediente al rubro citado, cuya falta de estudio y análisis se contraponen a la supuesta lógica en que se basó el *a quo* para dictar sentencia en el sentido en que se pronuncia, misma que en este acto se impugna, sin que para ello haya reparado en aspectos trascendentales para emitir una sentencia apegada a

derecho, dejando entrever la falta de un análisis lógico y de experiencia jurídica de la que se jacta al emitir la sentencia que en este acto se impugna, ya que se dejaron de analizar diversos elementos de convicción.

En cuanto a considerar que con la sola exhibición de la escritura del inmueble materia del presente asunto a nombre de la actora incidentista, se presuma que se tenga por cierto que ésta haya adquirido de su peculio el referido inmueble, ya que el instrumento notarial únicamente por sí solo denota únicamente la propiedad del citado inmueble, pero no el hecho que dejó de analizar el *a quo* al omitir o excluir el hecho de que el apelante haya aportado de su peculio para adquirir dicho inmueble, aspecto que si se analiza la cuestión relativa al reclamo de la propiedad del vehículo que en primera instancia reclama la actora incidentista y de la cual desistió, quien de igual forma admitió que el recurrente paga las mensualidades del mismo, exhibiendo para su acreditación tres fichas de depósito, lo que se dejó de considerar por parte del C. Juez Cuarto de lo Familiar, con lo cual se deja entrever concretamente la falta de análisis de todos los elementos necesarios para arribar a la conclusión de validar el que la actora haya adquirido con el producto de su trabajo el inmueble materia del presente asunto, al referir para lo cual el contar con un negocio propio, mismo que en un plano estricto debió de acreditar su existencia para dar autenticidad a sus manifestaciones, ya que en ningún momento acredito el tener el negocio que señala como propio y que le permitió poder adquirir el multicitado inmueble.

Ahora bien el hecho de haber admitido que el recurrente detente la posesión del referido inmueble, así como el haber sido requerido por parte del actora incidentista la entrega de la posesión del inmueble y el haberse abstenido a entregar el inmueble en cuestión, obedece principalmente al hecho de que de buena fe y como se indica en la sentencia a la cual refiere el C. Juez en el considerando segundo de la sentencia que en este acto se impugna y que de igual forma dejó de analizar bajo protesta de decir verdad, manifestó en su oportunidad que sí adquirieron bienes, concretamente el inmueble en cita, que sería susceptible de compensación dentro del matrimonio, ya que ambos contribuyeron económico para su adquisición y que si bien es cierto de acuerdo a la escritura pública aparece la actora incidentis-

ta como propietaria del mismo, lo anterior obedeció a la confianza que en su momento existía entre ambos, lo que denota el haber actuado con dolo y tratando de sorprender la buena fe del C. Juez Cuarto de lo Familiar y quien en última instancia dejó de valorar lo antes mencionado, ya que el verdadero motivo que dio lugar a las manifestaciones vertidas por el apelante fue con motivo de la guarda y custodia que ejerce sobre su hijo menor quien habita el referido inmueble con sus otros dos hijos, ya que no obstante de habérsele otorgado a la actora incidentista la guarda y custodia provisional del menor hijo en ningún momento la ha ejercido e incluso nunca ha mostrado interés alguno por la misma, quien no obstante admitió el que mi menor hijo vive con el recurrente en el inmueble materia del presente incidente, tal y como se desprende de las constancias que obran en autos del expediente al rubro citado, entre ella mediante acuerdo de fecha XX de XXX de XXXX, actuando, por ende, la actora incidentista al margen de lo dispuesto por el artículo 414 Bis.

De igual forma en el citado acuerdo de fecha XX de XXX de XXXX, tras referirse al hecho de que mi menor hijo vive con el suscrito en el domicilio conyugal, se determinó que dada la anterior circunstancia que se valorará la situación relativa a modificar la medida otorgada sobre la guarda y custodia provisional respecto del menor e incluso con motivo de lo anterior, de igual forma se determina para tal efecto el que la pensión alimenticia decretada provisionalmente a favor de nuestro menor hijo consistente en la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) mensuales y donde se incluye a la divorciante, para que ésta fuera dividida en partes iguales, es decir \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) situación que de igual forma dejó de valorar y analizar por parte del C. Juez Cuarto de lo Familiar al dictar la sentencia que en este acto se impugna e inexplicablemente también desestimando la prueba instrumental de actuaciones y la presuncional legal y humana, lo que denota tal realidad el haber dictado una sentencia sin estar apegada a derecho. Resulta aplicable en cuanto a lo expuesto, las siguiente tesis de jurisprudencia.

Asimismo, dentro del considerando segundo de la sentencia impugnada, el C. Juez Cuarto de lo Familiar inexplicablemente se apoyó en los siguientes criterios, que para el caso resultan inaplicables.

“ACCIÓN REIVINDICATORIA. ES IMPROCEDENTE SI SE INTENTA CONTRA QUIEN DETENTA LA POSESIÓN QUE DERIVA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CELEBRADO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES, POR LO QUE DEBE EJERCERSE LA ACCIÓN PERSONAL BASADA EN LA DISOLUCIÓN DE ESE VÍNCULO”.

“SEPARACIÓN DE BIENES. LOS CÓNYUGES CONSERVAN LA PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES QUE ADQUIERA CADA UNO, ASÍ COMO FRUTOS Y ACCESIONES (LEGISLACIÓN DE NUEVO LEÓN)”.

Los citados criterios invocados por el C. Juez Cuarto de lo Familiar en los cuales se basa para dictar la sentencia que se impugna, resultan inaplicables en el asunto en cuestión, ya que refiriéndose en el primero de ellos, claramente se establece lo siguiente:

Una vez disuelto el matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes, sin haber hijos procreados por ambos esposos, el cónyuge que tenga el carácter de poseedor derivado debe desocupar el inmueble, por haber terminado el acto causal de la posesión , e incluso puede ser condenado a ello.

Lo que denota su inaplicabilidad ya que en ningún momento se actualiza dicho criterio, lo anterior si consideramos que de las constancias que obran en autos, se desprende la existencia de hijos, lo que en el presente asunto sería la excepción para su inaplicabilidad, ya que es de recordar que actualmente los tres hijos se encuentran habitando en compañía del apelante el inmueble de la presente *litis*, quien además actualmente ejerce hoy día la guarda y custodia de su menor hijo con motivo del no ejercicio inexplicable a decir del apelante, de la misma por parte de la actora incidentista.

Por tal motivo y en razón de que actualmente el apelante habita con sus hijos el referido inmueble es por lo que resulta incongruente el sentido de la sentencia que se impugna, ya que no obstante y sin demérito de ese presunto dominio exclusivo sobre el inmueble materia del presente asunto a cargo de la actora incidentista, el bien raíz deberá ser destinado preponderantemente a la satisfacción de los alimentos de sus hijos, a fin de satisfacer la habitación como parte integrante de la obligación alimenticia, lo que en caso contrario se estaría actuando al margen de la ley y

en contra de los derechos tutelados de su menor hijo, así como de los otros dos hijos, quienes no obstante de contar con una mayoría de edad actualmente estudian y tendrían también derecho a una pensión alimenticia que en su oportunidad les pueda ser decretada a su favor, cubriendose así especialmente el rubro habitación, como uno de los diversos factores que comprende la figura de los alimentos. Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis de jurisprudencia.

"ACCIÓN REIVINDICATORIA ES IMPROCEDENTE ENTRE QUIENES DEJARON DE SER CÓNYUGES, POR LO QUE DEBE EJERCERSE LA ACCIÓN PERSONAL DERIVADA DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CELEBRADO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES".

SEGUNDO. El C. Juez resolutor no analizó debidamente las pruebas ofrecidas y demás constancias que obran en autos para poder dictar la sentencia que se apela, violando en agravio del suscripto lo estipulado en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

Lo cual en el incidente que conoció el H. Juzgado Cuarto de lo Familiar, nunca sucedió, puesto que en la sentencia interlocutoria dictada, misma que en este acto se apela, no se analizó debidamente las constancias que obran en autos, mismas que durante todo el procedimiento hice valer y no fueron consideradas al momento de dictar dicha sentencia incluso dentro de la misma jamás se citan dichas probanzas y por ende su valoración de todas y cada una de ella, así como los argumentos hechos valer y que de las constancias que obran en el citado expediente se acreditan pasando por alto tales aspectos, tal es el caso por ejemplo al relativo a que actualmente el suscripto ejerce la guarda y custodia del menor que inexplicablemente dejó de cumplir la actora incidentista pese a que se había determinado a su favor la guarda y custodia provisional del menor, situación que notoriamente se encuentra acreditada a través de las constancias que obran en autos y que de igual forma manifestó la propia actora incidentista promover incidente de régimen de visitas y convivencias, mismo que me fue notificado, situación que se dejó de valorar, y si en cambio emitiendo al margen de la ley una sentencia en la que se ven comprometidos los derechos del menor al determinar la desocupación por parte del suscripto del inmueble en cuestión pasarlo por alto que quien se encuentra

ejerciendo la guarda y custodia del menor hijo de las partes es el apelante, cuyo sentido de la sentencia redundaría en dejar en desamparo a mi menor hijo al llevar a cabo la desocupación del referido inmueble materia del presente asunto, lo que en su caso redundaría en no satisfacer la habitación como parte integrante de la obligación alimentaria a favor de mi menor de la cual como se desprende de autos del expediente en cuestión se determinó como obligación para ambas partes.

Por lo anterior es de concluir, el haber actuado la autoridad resolutora en controversia con lo dispuesto por el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México y decretar que se deje sin efectos la sentencia apelada al no haberse analizado de manera minuciosa y exhaustiva las circunstancias que se hicieron valer en su momento procesal oportuno y que serían imprescindibles para emitir una sentencia apegada a derecho, sin el menoscabo de los derechos del menor hijo a que me refiero, principalmente en satisfacer la habitación como parte integrante de la obligación alimenticia.

III. Esta Sala, por razón de método, estudia los agravios que el apelante expresó en forma conjunta, por su íntima relación conceptual, y son infundados para modificar o revocar la sentencia interlocutoria apelada, en atención a las siguientes consideraciones:

El artículo 81 del código de procedimientos civiles establece:

ARTÍCULO 81. Todas las resoluciones sean decretos, autos provisionales, definitivos o preparatorios o sentencias interlocutorias, deben ser claras, precisas y congruentes con las promociones de las partes, resolviendo sobre todo lo que éstas hayan pedido. Cuando el tribunal sea omiso en resolver todas las peticiones planteadas por el promovente, de oficio o a simple instancia verbal del interesado, deberá dar nueva cuenta y resolver las cuestiones omitidas dentro del tercer día. Las sentencias definitivas también deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demanda-

do, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

Del precepto legal en cita, se advierte la existencia de dos principios fundamentales o requisitos de fondo que deben observarse en el dictado de la resolución, el de congruencia y el de exhaustividad; el primero es explícito, en tanto que el segundo implícito en la disposición legal. Así, el principio de congruencia se refiere a que la sentencia debe ser congruente consigo misma y con la *litis*, tal como se haya fijado en la etapa oportuna, de ahí que se hable por un lado de congruencia interna, entendida como aquella característica de que la sentencia no contenga resoluciones o afirmaciones que se contradigan entre sí y, por otro, de congruencia externa que en sí atañe a la concordancia que debe haber con la demanda y contestación formuladas por las partes, esto es, que la sentencia no distorsione o altere lo pedido o lo alegado en la defensa sino que solo se ocupe de las pretensiones de las partes y de ésta, sin introducir cuestión alguna que no se hubiere reclamado, ni de condenar o absolver a alguien que no fue parte en el juicio. Mientras que el de exhaustividad está relacionado con el examen que se debe efectuar respecto de todas las cuestiones o puntos litigiosos, sin omitir ninguno de ellos, esto es, dicho principio implica la obligación del juzgador de decidir las controversias que se someten a su conocimiento tomando en cuenta las manifestaciones aducidas tanto en la demanda como en aquellos en los que se sustenta la contestación y demás pretensiones hechas valer oportunamente en el juicio, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, resolviendo sobre todos y cada uno de los puntos litigiosos que hubieran sido materia de debate. Sirve de sustento a lo anterior la siguiente tesis:

SENTENCIA. CONGRUENCIA INTERNA Y EXTERNA. El principio de congruencia que debe regir en toda sentencia estriba en que ésta debe dictarse en concordancia con la demanda y con la contestación formuladas por las partes, y en que no contenga resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí. El primer aspecto constituye la congruencia externa y el segundo, la interna. En la especie, la incongruencia reclamada corresponde a la llamada interna, puesto que se señalan concretamente las partes de la sentencia de segunda instancia que se estiman contradictorias entre sí, afirmándose que mientras en una parte se tuvo por no acreditada la personalidad del demandado y, por consiguiente, se declararon insubstinentes todas las promociones presentadas en el procedimiento por dicha parte, en otro aspecto de la propia sentencia se analiza y concede valor probatorio a pruebas que específicamente fueron ofrecidas y, por ende, presentadas por dicha persona; luego, esto constituye una infracción al principio de congruencia que debe regir en toda sentencia.

Tesis Aislada. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, VI, agosto de 1997. tesis: XXI.2o.12 K, página: 813. Registro: 198165.

Por otra parte, los artículos 281 y 402 del código de procedimientos civiles rigen:

ARTÍCULO 281. Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.

ARTÍCULO 402. Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.

También cabe señalar que la carga de la prueba, *onus probandi*, consiste en la necesidad jurídica en que están las partes de probar determinados hechos y circunstancias, si quieren obtener una sentencia favorable a

sus pretensiones, cuya omisión trae aparejada una resolución contraria a sus intereses. De ahí que es un requisito *sine qua non*, que el órgano jurisdiccional valore las pruebas, teniendo en cuenta los siguientes imperativos:

1. Atender las reglas de la lógica y la experiencia y
2. Exponer los fundamentos de valoración de su decisión.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por JORGE FRANCISCO, esta Alzada considera que el motivo de inconformidad del apelante respecto de que el juez no valoró los medios de convicción que el hoy apelante aportó al juicio, es infundado porque basta la simple lectura de la sentencia cuestionada, para constatar que el *a quo* sí valoró las pruebas que el demandado aportó al juicio.

De las constancias del juicio a las cuáles se les confiere valor probatorio pleno en términos de lo dispuesto por el artículo 327, fracción VIII, del código de procedimientos civiles, se advierte que con fecha XX de XXX de XXXX, el C. Juez Cuarto de lo Familiar de este H. Tribunal dictó sentencia en el juicio divorcio sin causa que ANA LILIA promovió en contra de JORGE FRANCISCO, expediente número XXX/XXXX, conforme a los siguientes resolutivos:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía ordinaria civil divorcio incausado, promovido por ANA LILIA en contra de JORGE FRANCISCO, en donde las partes manifestaron su voluntad de disolver el vínculo matrimonial, en consecuencia.

SEGUNDO. Se decreta la disolución del vínculo matrimonial celebrado entre JORGE FRANCISCO y ANA LILIA bajo el régimen de separación de bienes, mismo que se encuentra inscrito con los siguientes datos: entidad XX; delegación XX; juzgado XX, libro XX, acta XXXX, año XXXX, clase XX, fecha de registro XX de XXX de XXXX.

TERCERO. De conformidad con lo establecido por el artículo 289 del Código Civil de la Ciudad de México, los ahora divorciados quedan en aptitud de contraer nuevas nupcias.

CUARTO. En vista de que el presente fallo es inapelable con copias certificadas de la misma y del acta de matrimonio de los divorciantes gírese atento oficio al C. Director del Registro Civil, para que proceda a hacer la anotación marginal respecto del divorcio de las partes en el acta respectiva, en términos del artículo 291 del código civil.

QUINTO. Por cuanto hace al régimen bajo el cual celebraron matrimonio las partes, de separación de bienes, la parte demandada manifestó bajo protesta de decir verdad que sí adquirieron bienes susceptibles de compensación dentro del matrimonio por lo que se deja a salvo el derecho para el incidente respectivo en relación al convenio.

SEXTO. Quedan subsistentes las medidas provisionales decretadas en fecha once de agosto del año en curso...

Que con fecha XX de XXX de XXXX, ANA LILIA demandó de JORGE FRANCISCO, entre otras prestaciones, la entrega y desocupación inmediata de la casa identificada con el número XX, ubicada en el interior del inmueble que se localiza en el número XXX de la avenida XXX, colonia XXX (antes XXXX), en la delegación XXXX de esta ciudad, último domicilio conyugal de las partes, en las condiciones en que se encontraba y con la plena integridad del menaje de casa, al efecto señaló que el demandado tenía la posesión derivada del matrimonio, mientras que a la actora le correspondía la posesión originaria por ser la única y legítima propietaria del bien inmueble, y ofreció como prueba al incidente para acreditar su pretensión, la confesional del demandado y la prueba documental consistente la escritura pública número XXX,XXX, otorgada ante la fe del licenciado, LUIS, notario público número XX del Distrito Federal, así como las constancias de autos del juicio principal.

Por escrito presentado con fecha XX de XXX de XXXX, JORGE FRANCISCO, contestó la demanda instaurada en su contra, y señaló que el

bien inmueble materia del incidente había sido adquirido con el producto de su trabajo y además habían acordado las partes constituirlo como patrimonio de familia, asimismo, que los bienes muebles habían sido adquiridos dentro del matrimonio y con el trabajo de las partes. Para acreditar su dicho ofreció como pruebas en el juicio la documental, la confesional, la testimonial, la instrumental y la presuncional en su doble aspecto.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por el recurrente, la jueza no violentó el artículo 81 del código de procedimientos civiles para esta entidad, ni la sentencia impugnada adolece de congruencia y exhaustividad; porque como bien lo consideró el *a quo* en la resolución apelada, de la copia certificada de la escritura pública número XXX,XXX de fecha XX de XXX de XXXX, otorgada ante la fe del licenciado, LUIS, notario público número XX del Distrito Federal, se advierte que ANA LILIA, adquirió de MARÍA, la casa marcada con el número XX, con sus anexos consistentes en los cajones de estacionamiento marcados con los números XX, XX y XX, del inmueble en condominio marcado con el número XXX de la avenida XXX, colonia XXX (hoy colonia XXX), delegación XXX, así como los derechos de copropiedad y proindiviso que le corresponden, documental a la que le confirió valor probatorio pleno en términos de lo dispuesto por el artículo 327, fracción I, en relación con el artículo 403, ambos del código de procedimientos civiles.

Además, contrario a lo aducido por el recurrente, la actora incidentista no tenía que probar en el juicio la existencia de algún negocio propio para acreditar su capacidad económica, ello al advertirse de la cláusula segunda de la citada escritura, que ANA LILIA como compradora pagó con antelación a la firma de la compraventa, el precio del inmueble, por lo que al constar tal declaración ante fedatario público, ello conlleva a inferir que la actora incidentista contaba con los medios suficientes para

adquirir el inmueble y que lo hizo de su propio peculio, al no obrar en las constancias del juicio prueba en contrario.

Que de la confesional a cargo de JORGE FRANCISCO, en relación a las posiciones que le fueron formuladas en la audiencia celebrada con fecha XX de XXX de XXXX, quedó constancia de que el demandado detenta la posesión del inmueble materia del incidente como consecuencia del matrimonio celebrado entre las partes, que fue notificado de la sentencia de divorcio, que ha sido requerido de la entrega del bien inmueble y se ha abstenido de entregarlo.

Que por cuanto hace a las pruebas ofrecidas por el demandado, como señaló el *a quo*, no desvirtuaron la acción de la actora y resultaron contrarias a sus intereses, pues de las mismas se advierte que la actora incidental es la única propietaria del inmueble objeto del incidente.

En efecto, de la confesional a cargo de ANA LILIA en relación a las siguientes posiciones:

1. Que la casa marcada con el número XX, ubicada en el interior del predio que se identifica con el número XXX de la avenida XXX, en la colonia XXX, fue adquirida durante el matrimonio de la absolviente con el señor JORGE FRANCISCO.
2. Que el señor JORGE FRANCISCO contribuyó de manera conjunta con la absolviente en la adquisición de bienes durante su matrimonio.
3. Que la absolviente y el señor JORGE FRANCISCO contribuyeron para la adquisición de la casa marcada con el número X, ubicada en el interior del predio que se identifica con el número XX de la avenida XXX, en la colonia XXXX.
4. Que en el mes de abril del año XXXX, la absolviente se separó del domicilio que establecieron como domicilio conyugal.
5. Que la absolviente junto con el señor JORGE FRANCISCO contribuyeron siempre de manera conjunta con los gastos del hogar durante su matrimonio.
6. Que la absolviente y el señor JORGE FRANCISCO adquirieron el vehículo de la marca XXX, modelo XXX XXX, con placas de circulación 000 XXX.

7. Que el señor JORGE FRANCISCO se ha encargado actualmente de pagar las mensualidades del vehículo de la marca XXX, modelo XXX XXX, con placas de circulación 000 XXX.

8. Que actualmente el señor JORGE FRANCISCO actualmente habita el domicilio conyugal ubicado en la casa marcada con el número X, ubicada en el interior del predio que se identifica con el número XXX de la avenida XXX, colonia XXX, en compañía de sus tres hijos.

9. Que la absolviente y el señor JORGE FRANCISCO establecieron como domicilio su conyugal en la casa marcada con el número X, ubicada en el interior del predio que se identifica con el número XXX de la avenida XXX, colonia XXX.

La actora incidentista contestó:

A LA PRIMERA. Que si es cierto. Que fue producto de mi trabajo porque el señor no tenía nada. A LA SEGUNDA. Que no es cierto. A LA TERCERA. Que no es cierto, aclarando que siempre fue producto de mi trabajo teniendo yo un negocio del cual yo obtuve los recursos para poder comprar esta. A LA CUARTA. Que no es cierto aclarando que tuve que salir de mi domicilio por la violencia del señor tan fuerte que ya venía ejerciendo conmigo. A LA QUINTA. Que no es cierto. A LA SEXTA. Aclarando que al verme obligada a salir de mi domicilio él me quita el vehículo y como lo veníamos pagando él por quedarse con el termina de pagarla que por cierto no ha terminado de pagar. A LA SÉPTIMA. Que si es cierto. Aclarando por lo anteriormente mencionado. A LA OCTAVA. Que no es cierto. Aclarando que la habita con el mayor de mis hijos de nombre MAURICIO y mi hijo menor ANDRÉ ya que mi hijo JORGE vive conmigo. A LA NOVENA. Que no es cierto, Aclarando anteriormente tuvimos otra casa con otro domicilio el cual tuve que vender y comprar esta casa con domicilio en avenida XXX número XXX, interior X...

Del desahogo de la prueba confesional, se advierte que la actora sostiene el haber adquirido de manera exclusiva y con dinero de su peculio

el inmueble materia del incidente, sin que tales afirmaciones se vean desvirtuadas por algún medio de prueba aportado por el actor, esto pues contrario a lo señalado por el apelante, la prueba documental consistente en tres fichas de depósito a nombre de la cuenta de ANA LILIA, en nada favorecen a los intereses de JORGE FRANCISCO, pues como él mismo señala en sus agravios,

...la cuestión relativa al reclamo de la propiedad del vehículo que en primera instancia reclamaba la actora incidentista y de la cual desistió, quien de igual forma admitió que el recurrente paga las mensualidades del mismo, exhibiendo para su acreditación tres fichas de depósito...,

Por lo que las citadas documentales no tienen el alcance probatorio que pretende darles el recurrente al efecto de acreditar con ellas que aportó dinero de su peculio para adquirir el bien inmueble de mérito y que el mismo sea objeto de patrimonio de familia derivada del divorcio, puesto que las fichas de depósito se refieren a un vehículo que quedó fuera de la *litis*, además de que en su perjuicio se desistió de la prueba testimonial que ofreció.

Además, como señaló el *a quo* en la resolución apelada, de las pruebas señaladas, así como de la instrumental de actuaciones y de la presuncional en su doble aspecto, no existe sustento legal que ayude a JORGE FRANCISCO, a seguir ocupando el inmueble materia del incidente.

En efecto, el apelante pretende sustentar la posesión del inmueble propiedad de ANA LILIA, con el argumento de que lo habita con sus tres hijos, así como que tiene la guarda y custodia del menor ANDRÉ, y la obligación alimentaria a cargo de la actora incidentista a quien como parte de los alimentos, le corresponde proporcionarle habitación y que ésta que queda cubierta con el inmueble.

Esta Alzada, considera que no le asiste la razón al recurrente al pretender continuar con la posesión del bien inmueble materia del incidente, esto por la circunstancia que aduce de tener a su hijo menor bajo su guarda y custodia, ya que la misma legalmente no le corresponde.

Efectivamente, como ya quedó precisado con antelación en la presente ejecutoria, en fecha XX de XXX de XXXX, el C. Juez Cuarto de lo Familiar de este H. Tribunal dictó sentencia firme en el juicio divorcio sin causa que ANA LILIA promovió en contra de JORGE FRANCISCO, expediente número XXX/XXXX, en la cual en su resolutivo sexto determinó que quedaban subsistentes las medidas provisionales decretadas en fecha once de agosto de dos mil dieciséis, las cuales en lo conducente se hicieron consistir en:

...Se decreta la guarda y custodia provisional del menor ANDRÉ a cargo de la actora tomando en consideración la corta edad con la que cuenta la misma (*sic*), de conformidad con el artículo 282 del código civil...Sin perjuicio de lo anterior se fija por concepto de pensión alimenticia provisional a favor de la actora y su menor hijo la cantidad de \$0,000.00 XXX pesos 00/100 M.N.), de manera mensual los cuales deberá exhibir a este juzgado mediante billete de depósito los primeros cinco días hábiles de cada mes a partir de XXX de XXXX....

De lo anterior, se advierte que fue decretada legalmente en favor de la actora incidentista la guarda y custodia del menor, así como que la condena al pago de una pensión alimenticia provisional es a cargo del ahora recurrente y a favor de ANA LILIA y el menor hijo de las partes, además, no se dictó medida provisional alguna que le diera al apelante el uso de la vivienda, por lo que al no haber sido modificadas tales circunstancias el *a quo*, actuó conforme a derecho al resolver en el sentido en que lo hizo, de ahí lo infundado del agravio.

En ese tenor, esta Alzada considera que el apelante no puede alegar en su favor para continuar con la posesión de un bien inmueble por la necesidad de satisfacer el rubro de habitación de sus hijos, esto porque considerando a los hijos de las partes mayores de edad, no se les tiene reconocido el derecho a percibir alimentos por parte de sus progenitores y menos aún la condena a cubrirlos para la actora incidentista, y por lo que hace su hijo menor ANDRÉ, el demandado incidentista no puede alegar a su favor la guarda y custodia que detenta en forma ilegal, al existir un mandato judicial, hasta el momento firme, que la decretó a favor de su madre ANA LILIA.

Por otra parte, tampoco le asiste la razón al recurrente al señalar la inaplicabilidad al caso concreto de las tesis que señala en sus agravios, esto porque las mismas según se advierte de la sentencia apelada fueron aplicadas por analogía y en lo conducente.

Por lo que hace a la de rubro “**ACCIÓN REIVINDICATORIA. ES IMPROCEDENTE SI SE INTENTA CONTRA QUIEN DETENTA LA POSESIÓN QUE DERIVA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL CELEBRADO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES, POR LO QUE DEBE EJERCERSE LA ACCIÓN PERSONAL BASADA EN LA DISOLUCIÓN DE ESE VÍNCULO**”, en la resolución apelada se advierte marcado con negrillas lo relativo a cuando existe un régimen de separación de bienes, el inmueble ocupado como domicilio conyugal permanece como propiedad del cónyuge que lo adquirió ... Por tanto, una vez disuelto el matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes, sin haber hijos procreados por ambos esposos, el cónyuge que tenga el carácter de poseedor derivado debe desocupar el inmueble, por haber terminado el acto jurídico causal de la posesión, e incluso puede ser condenado a ello, ...también procede si el cónyuge poseedor derivado tiene derecho a alimentos,...y el cónyuge poseedor derivado se abstenga de desocuparlo voluntariamente tras la disolución del vínculo matrimonial, el propietario del bien tiene derecho a recuperar la posesión, pero no a través de una acción

real, como la reivindicatoria, sino de la acción personal basada en dicha disolución, en virtud de que los poseedores derivados sólo pueden ser compelidos a restituir un bien mediante acciones personales relacionadas con el vínculo jurídico que les permitió adquirir la calidad de poseedores....

De lo anterior, se tiene la referencia jurisprudencial a que en el régimen de separación de bienes se da la propiedad exclusiva del cónyuge que adquirió el bien; la obligación del cónyuge que tenga el carácter de poseedor derivado de desocupar el inmueble por haber terminado el acto jurídico causal de la posesión, y que incluso puede ser condenado a ello, así como el derecho del propietario de recuperar la posesión a través de la acción personal, como la que ejerció la actora incidentista en el cual se actualizan los supuestos previstos, sin que el hecho de que se haga mención en la tesis al hecho de que no haya hijos, sea obstáculo para su aplicación al caso concreto, porque como ya se señaló en este asunto, la existencia de los hijos de las partes no justifica la negativa del actor de realizar la entregar del inmueble a que fue condenado.

Respecto a la tesis de rubro: “SEPARACIÓN DE BIENES. LOS CÓNYUGES CONSERVAN LA PROPIEDAD Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES QUE ADQUIERA CADA UNO, ASÍ COMO SUS FRUTOS Y ACCESIONES (LEGISLACIÓN DE NUEVO LEÓN)”, la aplicación en lo conducente se refiere a ...en el régimen de separación de bienes, cada consorte conserva la propiedad y administración exclusiva de los bienes que adquiera a su nombre así como sus frutos y accesiones... lo cual contrario a lo señalado por el recurrente, aplica al presente asunto dado el régimen patrimonial que fue elegido por los ahora ex cónyuges para su matrimonio, así como la *litis* planteada en el incidente.

Por todo lo anterior, son infundados los agravios del apelante, por lo que se confirma la sentencia apelada.

IV. Al no estar el presente asunto comprendido en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 140 del código de procedimientos civiles, no es el caso hacer condenación en costas.

Por lo expuesto y fundado, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Son infundados los agravios que el apelante expresó; en consecuencia:

SEGUNDO. Se confirma la sentencia interlocutoria apelada.

TERCERO. No se hace condena en costas en esta Instancia.

CUARTO. Notifíquese y remítase testimonio de esta resolución debidamente autorizada al juzgado de su origen y en su oportunidad archívese el toca como asunto total y definitivamente concluido.

Así, unitariamente, lo resolvió y firma la C. Magistrada licenciada Adriana Canales Pérez, integrante de la Tercera Sala Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia en la Ciudad de México, en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica de este Tribunal, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Luis Alberto Ramírez Garcén, quien autoriza y da fe.

TERCERA SALA FAMILIAR

PONENTE UNITARIA:

MGDA. ADRIANA CANALES PÉREZ

Recurso de apelación que el actor incidentista demando en contra del auto dictado en el incidente de modificación de convenio derivado en la controversia del orden familiar, alimentos, guarda y custodia.

SUMARIO: RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. LOS HIJOS QUE ESTÉN BAJO LA PATRIA POTESTAD DE SUS PROGENITORES TIENEN EL DERECHO DE CONVIVIR CON AMBOS, AUN CUANDO NO VIVAN BAJO EL MISMO TECHO. El derecho de convivencia es un derecho fundamental de los niños a mantener contacto directo con ambos padres, tendente a proteger su interés superior; ello es así en virtud de que la convivencia de los menores con sus padres permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen; así, el desarrollo normal de un menor se produce en el entorno de éste y su armonía con la familia y grupo social al que pertenece, que le permite y otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con la percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; lo cual se logra alcanzar cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identi-

dad, familia y fundamentalmente la convivencia con los padres; y para garantizar dicha prerrogativa, los juzgadores se encuentran no sólo facultados sino obligados a tomar todas las medidas necesarias a fin de proteger ese máximo principio de convivir con ambos padres, en el entendido de que sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor.

Ciudad de México, XX de XX de XXXX.

Vistos los autos del toca número XXX/XXXX, para resolver el tercer recurso de apelación que el demandado incidentista JUAN JOSÉ, por su propio derecho y en representación de su hija NICOLE, interpuso en contra del auto de fecha XX de XXX de XXXX, que el C. Juez Décimo Tercero Familiar de este Tribunal Superior de Justicia, doctor, Eduardo Vélez Arteaga, dictó en el incidente de modificación de convenio, que derivó de la controversia del orden familiar, alimentos, guarda y custodia, que ANA KARLA promovió en contra de JUAN JOSÉ, expediente XXX/XXXX; y

RESULTANDO:

1. El auto materia del presente recurso de apelación, es del tenor literal siguiente:

Ciudad de México, XX de XXX del XXXX.

Agréguese a sus autos el escrito de JUAN JOSÉ, atento a su contenido, sin lugar a suspender el régimen de visitas y convivencias decretado en autos, por lo que se le requiere para que presente a su menor hija NICOLE al régimen de visitas y convivencias supervisadas, apercibido que de no hacerlo será acreedor a una medida de apremio consistente en una multa de XX XXX pesos, por desacato a un mandamiento judicial, en perjuicio de su menor hija, lo anterior con fundamento en los artículos 62 y 73 del código de procedimientos civiles. Notifíquese personalmente

al cursante. Así lo proveyó y firma el juez Décimo Tercero de lo Familiar de la Ciudad de México, doctor, Eduardo Vélez Arteaga, asistido de la (*sic*) de acuerdos “A”, licenciada Alejandra Margarita Méndez Campos, quien autoriza y da fe.

2. El demandado incidentista JUAN JOSÉ, inconforme con el auto transcrita, interpuso recurso de apelación en su contra y expresó su inconformidad ante el juez de primera instancia, quien admitió el recurso en efecto devolutivo y remitió a esta Sala las constancias necesarias con el escrito de agravios, sin contestación. Esta Sala confirmó la calificación de grado que el juez del conocimiento hizo, y turnó el toca a esta ponencia para dictar la resolución que hoy se pronuncia; y

CONSIDERANDO:

I. El único agravio que el recurrente expresó obra a fojas siete a once del presente toca, el que se tiene por reproducido en este espacio como si se insertase a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

II. El apelante en su único agravio señaló, esencialmente:

Que el juzgador transgrede los derechos fundamentales de la hija de las partes, en virtud de que omitió revisar los informes del Centro de Convivencia Familiar Supervisada, en los que consta que la hija de las partes se niega a convivir con su progenitora.

Que a pesar de que el recurrente ha motivado a su hija para que conviva con la actora incidentista, la niña le ha manifestado que no quiere estar con ella, que teme que le pegue, que la deje encerrada sin comer y que su novio “RICARDO” le toque su “colita” y su cuerpo.

El recurrente precisa que inició una averiguación previa en contra del señor RICARDO, novio de la señora ANA KARLA, por el delito de abuso sexual en contra de la hija de las partes, además denunció a la actora incidentista por el delito de omisión de cuidados.

Por todo lo anterior, el recurrente se opone rotundamente a seguir presentado a su hija al Centro de Convivencia Familiar Supervisada de este tribunal.

El único agravio que el recurrente expresó es infundado, en atención a las siguientes consideraciones:

Los artículos 3, 9, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 3.

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

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

[...]

ARTÍCULO 9.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. [...]

ARTÍCULO 18.

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

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

[...]

El artículo 416 Bis del Código Civil, aplicable en la Ciudad de México, establece:

ARTÍCULO 416 Bis. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

[...]

Además, los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles aplicable en la Ciudad de México, señalan:

ARTÍCULO 940. Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.

ARTÍCULO 941. El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de

alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

[...]

De dichos preceptos se desprende que el derecho de convivencia es un derecho fundamental de los niños a mantener contacto directo con ambos padres, tendente a proteger su interés superior; ello es así en virtud de que la convivencia de los menores con sus padres permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen; así, el desarrollo normal de un menor se produce en el entorno de éste y su armonía con la familia y grupo social al que pertenece, que le permite y otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con la percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; lo cual se logra alcanzar cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia y fundamentalmente la convivencia con los padres; y para garantizar dicha prerrogativa, los juzgadores se encuentran no sólo facultados sino obligados a tomar todas las medidas necesarias a fin de proteger ese máximo principio de convivir con ambos padres, en el entendido de que sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor.

Sirve de apoyo a lo anterior, la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

VISITA Y CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PROGENITORES. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE TIENDE A PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS SIENDO, POR TANTO, DE

ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Conforme a los artículos 635 y 636 del Código Civil para el Estado de Puebla, la convivencia de los menores con sus padres y con la familia de ambos, permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes y demás parientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen. En tal virtud, el desarrollo normal de un menor se produce en el entorno de éste y su armonía con la familia y grupo social al que pertenece, que le permite y otorga la posibilidad en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con la percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; lo cual se logra alcanzar cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia y fundamentalmente la convivencia con los padres, en tanto que ello no le resulte más perjudicial que benéfico. En esos términos, el artículo 637 de la aludida codificación categóricamente establece: "No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales ni la convivencia entre el menor y sus parientes, ni siquiera cuando la patria potestad o la guarda corresponda a uno de ellos, por lo que en caso de oposición a la solicitud de cualquiera de ellos o incumplimiento del convenio en que las partes hubieren fijado el tiempo, modo y lugar para que los ascendientes que no tengan la guarda del menor lo visiten y convivan con él, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, en atención al interés superior del menor. ...". Por ello el tribunal contará con los medios eficaces que considere necesarios para decretar la convivencia en el modo y forma que beneficie a los menores y en caso de incumplimiento parcial o total podrá decretar las medidas de apremio que concede la ley o dar vista al Ministerio Público si del comportamiento de quien deba permitir la convivencia se desprende algún delito; y que sólo por mandato judicial expreso y fundado en causa justa podrá impedirse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere dicho dispositivo legal. Atento a lo cual, el derecho de visita y convivencia con sus progenitores, debe catalogarse como un derecho fundamental del menor porque

es tendente a proteger su interés superior, siendo éste por tanto de orden público y de interés social, y sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor. Por lo que, ante tal situación, en aras de ese supremo derecho que tienen los niños a ser amados y respetados, sin condición alguna, por regla general sus progenitores deben ejercer tanto la guarda y custodia, como el derecho de visita y convivencia, en un ambiente de comprensión y respeto para con sus hijos, procurando en todo momento su pleno desarrollo físico y mental. Y, concatenadamente, la autoridad judicial se encuentra obligada a que los menores puedan gozar de ese máximo principio de convivir con ambos padres y las familias de éstos, para lo cual debe tomar las medidas necesarias a fin de proteger ese interés superior.

Jurisprudencia. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 17, abril de 2015, tomo II, tesis: VI.2o.C. J/16 (10a.), página: 1651. registro: 2008896.

En el caso concreto, de las constancias que esta Alzada tiene a la vista, las cuales gozan de plena eficacia probatoria de conformidad con lo que establece el artículo 327, fracción VIII, del código de procedimientos civiles, se advierte lo siguiente:

Mediante auto de fecha XX de XXX de XXX, el juez del conocimiento fijó un régimen provisional de visitas y convivencias entre la niña NICOLE y su progenitora ANA KARLA, en los siguientes términos:

...Por otra parte, tomando en consideración el interés superior de la menor hija de las partes, a efecto de que prevalezca el lazo afectivo con su progenitora, sin que la menor pueda estar en peligro de riesgo, se establece un régimen de visitas y convivencias entre la menor NICOLE y su progenitora ANA KARLA, los XXX de cada semana en un horario de las XX a las XX horas de cada XXX, en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada de este Tribunal...

Dicho proveído fue confirmado por esta Alzada mediante sentencia de fecha XX de XXX de XXXX, dictada en el toca de apelación número XXX/XXXX.

El día XX de XXX de XXXX, el juez sostuvo una plática con la hija de las partes NICOLE, quien en lo conducente, manifestó:

Que tiene XX años, que va en kínder, que vive con su papá, su abuelita y su primo Kevin, que vio a su mamá pero no quiere estar con ella, porque le pegaba en la cabeza y en los cachetes con la mano, que tenía XX años cuando le pegaba, que su papá la trata bien, que quiere vivir con su papá porque su mamá le pega, que si quiere ver a su mamá pero no quiere estar con ella, que su papá se enoja un poquito si ve a su mamá, que su papá es un poquito enojón, que su papá le dijo que nos dijera algunas cosas pero ya se le olvidó que cosas, que quiere ver a su mamá pero que le pega, que le pega con un puño la cachetada, que su papá le dijo que nos dijera que no quiere ver a su mamá, que le gustaría jugar con su mamá a las muñecas y al té, pero no la quiere ver, que tiene mucho que no ve a su mamá porque su papá se enoja, que si su mamá se tuviera que ir lejos no le gustaría porque quisiera que estuviera cerca de ella, que le gustaría que su mamá entrara y la abrazara pero que no le digamos a su papá porque si no se enoja, que si se enoja su papá la regaña. Se hace constar que el juez pide a ambas partes que pasen a su privado para platicar con ellos, y al momento que éste último abrió la puerta la menor lo tomó del pantalón y le dijo que “no”, porque su papá se iba a enojar y decía “no le digan, no le digan” y ya una vez estando adentro, el juez le dijo a NICOLE que abrazara a su mamá y de inmediato volteó a ver a su papá diciéndole “verdad que te vas a enojar”, diciéndole este juzgador y la representante social que no se iba a enojar su papá, por lo que la menor procedió a abrazar a su mamá y darle un beso, debe señalarse que mientras este resolutor sostuvo una plática con las partes NICOLE abrazaba y le daba besos a su mamá, además de que estuvo platicando con ella, de igual forma dijo “no te vas a enojar porque me quiero ir con mi mamá”, “mi corazón se puso muy feliz porque mis

papás están platicando y se están perdonando”, “yo creo que me voy a quedar con mi mamá”. Finalmente se hace constar que al salir del privado de este juzgador cuando la menor iba a agarrar a su madre, el actor incidental jaló a su hija de la mano, por lo que este resolutor le pidió al actor incidental (*sic*) que si su hija quería estar con su madre se lo permitiera...

Así, la convivencia entre la hija de las partes y la demandada incidentista fue programada a partir del día XX XX de XXX de XXXX, en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada de este tribunal; por lo que a partir de entonces, el referido centro remitió al juez del conocimiento los reportes de las convivencias que se han llevado a cabo entre la hija de las partes y la demandada incidentista, de los cuales, en su parte conducente, se advierte lo siguiente:

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...En (*sic*) el transcurso de la convivencia madre e hija se apreciaron integradas y sonrientes, toda vez que la señora fue complaciente y cuidadosa con su hija, además de expresarle afecto a través de palabras de cariño y abrazos, muestras de cariño que la niña correspondió, además de verse entusiasmada y sonriente con su mamá...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Durante el encuentro, la señora y la niña NICOLE ingresaron a la sala de convivencias, ambas se sentaron en un sillón donde la niña se mostró sonriente y tranquila, luego NICOLE se entretuvo en el área de juegos infantiles, deslizándose en la resbaladilla, se introdujo dentro de la casita de plástico mientras que la madre espero fuera de ésta... La niña NICOLE se mostró tranquila, entretenida y cooperativa en presencia de su madre...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...En en (*sic*) el transcurso de la convivencia madre e hija se apreciaron integradas y sonrientes, toda vez que la madre demostró empeño en fomentar la inte-

racción y la comunicación con la niña, toda vez NICOLE se observó entusiasta y participativa con su mamá, quien además le expresó afecto a través de besos en la mejilla y abrazos, mientras su hija correspondió a ello...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La señora ANA KARLA a su hija NICOLE le dio de comer sopa de codito con jamón y agua de sabor, al mismo tiempo que platicaron de actividades cotidianas. Posteriormente, la progenitora abrazó a su niña y vieron una película infantil, en tanto comentaron sobre los personajes de esa película. Finalmente se despidieron de abrazo y beso en la mejilla...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La progenitora cargó a su hija, le hizo con la boca cosquilla y ambas se dieron besos en la mejilla, luego se sentaron a degustar de pastelillos, yogurt y jugo envasado... Más adelante madre e hija se peinaron de "trenzas" e imaginaron cuentos, también NICOLE se recreó en los juegos infantiles del centro, bajo los cuidados de su mamá, asimismo la madre la cargó en los hombros, giró con ella, la niña sonrió a carcajadas, por momentos se acostaron sobre una colchoneta e hicieron "piruetas"... Al concluir la convivencia, la progenitora se despidió de la infante con un beso en la frente y mejilla, refiriéndole palabras afectivas, correspondió la niña con una sonrisa...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Madre e hija pasaron a la sala de convivencia, tomaron asiento, enseguida la mamá obsequió un par de botas a su hija, ropa interior, calcetas y un suéter, momento en que se observó a la niña sonriente. Después, mamá e hija se divirtieron jugando con un memorama... Al término de la interacción madre e hija se despidieron cariñosamente con abrazos, besos en la mejilla y se persignaron...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Madre e hija permanecieron sentadas en uno de los sillones, donde conversaron de manera cordial, al tiempo que sonreían y se abrazaban constantemente. La mamá le entregó a NICOLE algunas prendas. Luego, se entretuvieron con un rompecabezas, en los juegos infantiles y con una muñeca. Al concluir el encuentro.

Se despidieron afectivamente con un beso, un abrazo y persignándose. Durante la estancia, se apreció una adecuada interacción materno filial, notándose integradas, sonrientes, participativas a la señora y a su hija. Asimismo, se observaron claras demostraciones de afecto...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La mamá con gestos de alegría sentó a su hija en sus piernas y le dio de comer alimentos que trajo, mientras la niña jugaba con dos muñecas. Después la señora entretuvo a su hija con una revista didáctica, además la niña se divirtió peinando a su mamá y la progenitora en forma de juego simuló maquillar a su hija, acción que les causó risa constantemente...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La progenitora proporcionó una libreta y lápices de colores a la niña, donde dibujaron, además con la ayuda de la señora, la niña escribió su nombre y la (*sic*) de su mamá, también escribieron frases afectivas, observando a las participantes sonrientes y entretenidas. Asimismo, la mamá subió a su hija a los juegos infantiles, ahí la progenitora por momentos cargó a la niña NICOLE, expresó palabras de afecto, correspondiendo la niña con besos en la mejilla. Finalmente, madre e hija se abrazaron, se dieron besos en la mejilla...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La señora ANA KARLA y su hija NICOLE...comieron pizza y tomaron jugo, al mismo tiempo que platicaron de actividades cotidianas, además por instantes la mamá cargó a su niña en sus piernas y brazos. Más tarde, la pequeña se subió a los juegos infantiles, en tanto, su madre estuvo al pendiente de ella...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...En el área de recepción, la progenitora con actitud cordial se acercó a su hija, de inmediato la niña abrazó a su mamá, ambas (*sic*) gestos de alegría se tomaron de la mano y se dirigieron a la sala de convivencia. Enseguida, madre e hija jugaron con diversos juguetes e imaginaron cuentos, a su vez la niña sonriente, imitó personajes de caricaturas y realizó "piruetas" con el apoyo de su progenitora y por momentos en forma de juego se atraparon y se hicieron cosquillas... Finalmente,

la señora se despidió de su hija con un abrazo, un beso en la mejilla, la persignó, la niña correspondió al afecto de igual manera...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Al inicio del encuentro en el área de recepción la señora KARLA se aproximó a su hija, a quien saludó afectivamente con un beso y un abrazo, en ese momento la madre le indicó a su hija ingresara y las dos caminaron, pero la niña ingresó al sanitario y la señora KARLA refirió a la Licenciada Sonia, trabajadora social, que su hija quería referir algunas situaciones que estaban pasando, por lo cual la Licenciada Sonia le refirió que si la niña espontáneamente lo refería, se iba a estar al pendiente de ello y no ante la indicación de ella, así madre e hija ingresaron a las salas de convivencia comenzando a jugar en la casita infantil donde simularon que elaboraron algunos alimentos y después la niña se estuvo deslizando en las resbaladillas con los cuidados hacia la menor por la progenitora. Después estuvieron entretenidas con algunas tarjetas infantiles donde identificaron letras de las vocales y también jugaron lotería, al final cuando se le comentó a la señora KARLA, que había concluido el tiempo de la convivencia la niña comenzó a voltear a todos lados en cuanto encontró a lic. Sonia, le dijo a su madre que si le podía decir algo y la señora KARLA le dijo que se aproximara y la madre se apartó a unos pasos, entonces al oído de la lic. Sonia refirió lo siguiente "dice mi mamá que diga que Ricardo no me toca la colita, pero si es cierto", la Licenciada Sonia le indicó a la niña que el suscripto era el que estaba a cargo de la convivencia, por lo que se le indicó a la niña que era lo que estaba pasando y la niña refirió "dice mi mamá que diga que Ricardo no me toca la colita, pero si es cierto", por lo que se le comentó a la niña que no se preocupara que en un momento se platicaría con su madre y después la niña se retiró con su progenitor. Al final se platicó con la progenitora de lo que había referido la niña, no obstante la madre comentó que el padre de la niña era quien le indica a la niña que asista con un trabajador social a referir situaciones que han sucedido supuestamente fuera del centro de convivencia, por lo que se señaló que lo importante era lo que hoy había referido su hija y se le exhortó a que no involucraran a la niña en cuestiones de los adultos y después la progenitora se retiró.

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La señora y la infante NICOLE ingresaron juntas a la sala de convivencia, mostrando a sus hijas un par de botas que tenía en la bolsa, refiriendo la infante a su mamá que le gustaban mucho todas sus botas, bromeando y sonriendo ambas, expresándose mutuamente frases afectivas como: "te amo", haciendo un cono con papel el cual usaron como bocina, sentándose NICOLE sobre las piernas de su mamá, diciendo: "¿me quieres mamá?", su mamá le respondió que la adoraba, la infante buscando la mirada de su madre y abrazándola respondió, repitiendo la acción en varias ocasiones, mirándose ambas fijamente a los ojos para luego seguir riendo, expresándose lo mucho que se quieren, la niña comentó a su madre; "todo el día quiero que me abraees", cantando juntas rondas infantiles, recordando la infante a su madre sobre algunos anécdotas de momentos que vivieron juntas, divirtiéndose en los juegos infantiles y con títeres que proporcionó la madre de NICOLE, mostrándose buena comunicación e interacción entre la señora y su hija, atenta en todo momento a la pequeña, permaneciendo cercana quien suscribe, jugando madre e hija en la casita infantil. Al final, se le comentó a la progenitora que habían llegado por la pequeña, dirigiéndose ambas a guardar sus pertenencias, instante en que NICOLE caminó hacia quien suscribe y comentó: "mi mamá me dijo que dijera que Ricardo no me tocó la colita, pero si lo hace" (sic), sin embargo es importante resaltar que en todo momento quien suscribe permaneció sentada cercana a las participantes y en ningún momento se percibió que la señora realizara dicho comentario, después se dirigió a su madre para salir juntas a la sala de espera.

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

La señora ANA KARLA y su hija NICOLE, ingresaron a las salas de convivencia platicando. Posteriormente, con "bloks" de plástico hicieron figuras, al tiempo que comentaron de ellas. Luego, la pequeña se metió en la casita infantil y revisó los accesorios que ahí había, en tanto, su mamá la observó por las ventanas y puerta de dicho juego. Más tarde, la progenitora le regaló a su hija los "bloks" ya mencionados y ambas los guardaron en la bolsa en que venían. Después, la pequeña se subió a la resbaladilla y pidió que su mamá le jalara los pies, para que se resbalara

más rápido, la cual aceptó, al tiempo que se observaron sonrientes. Más adelante, la señora a petición de su niña la balanceó en sus brazos y la cargó en su espalda...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La progenitora y su hija se tomaron de la mano e ingresaron a la sala, enseguida se saludaron con un beso, se sentaron juntas y degustaron frituras, a la vez que platicaron acerca de sus actividades cotidianas, también la madre leyó un cuento infantil, ambas hicieron comentarios respecto del libro, después se entretuvieron en el área de juegos infantiles, mostrándose ambas integradas y participativas, además se observaron en sus rostros gestos de alegría...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...En un inicio, ambas convivientes se saludaron afectuosamente, al tiempo que, se dirigieron a la sala. A continuación, la niña se entretuvo con un cuento infantil y juguetes que se encontraban en el área. Más tarde, la madre revisó y peinó el cabello de su hija. Ambas participantes platicaron y comentaron algunas de las actividades que realizan, en tanto, continuaron interactuando mediante el juego, hasta concluir la convivencia. Acto seguido, se despidieron con un beso en la mejilla y un abrazo. Durante el desarrollo de la convivencia, se apreció que sí hubo interacción entre madre e hija, en tanto, ambas establecieron comunicación verbal, asimismo, se observó que mantuvieron acercamiento y entre ellas hubo expresiones de afecto.

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Enseguida la señora ingresó a la sala de convivencia en compañía de su pequeña, para sentarse juntas y entretenérse con juguetes del centro, para luego divertirse jugando con una pelota pequeña la cual se lanzaron una a la otra; observando a las participantes entretenidas y sonrientes, interactuando en las diversas actividades, sonriendo continuamente madre e hija, expresando frases afectivas la señora a su hija quien respondió con sonrisas, entretenidas en la casita infantil, simulando jugar a la comidita; más tarde se divirtieron saltando y corriendo de lado a lado de la sala, estableciendo contacto físico y visual entre madre e hija, abrazándose ambas repetidamente de forma espontánea. Al final, se le informó a la progenitora que habían llegado por Nicole, no obstante la infante inmediatamente

manifestó: “¡no me quiero ir!”, mostrándose cabizbaja la pequeña, quien aceptó para salir caminando con su madre, despidiéndose con un abrazo y un beso en la mejilla...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Las convivientes se saludaron afectuosamente, al tiempo que, se dirigieron a una de las salas. A continuación, la madre mostró a su hija algunos materiales que trajo, con los que hicieron figuras de masa modeladora, asimismo, se desplazaron a los juegos infantiles, donde permanecieron un breve tiempo, asimismo, se desplazaron a los juegos infantiles, donde permanecieron un breve tiempo, asimismo, la infante entró a la casa pequeña que se encontraba en dicho espacio...al concluir guardaron sus pertenencias, momento en el que madre e hija se despidieron con un beso en la mejilla y un abrazo. Mediante lo observado en la convivencia se apreció que sí hubo interacción entre ambas participantes, dado que la niña se mostró integrada y participativa en las dinámicas que efectuó con su mamá a través del juego. Ambas mantuvieron acercamiento y tuvieron muestras de afecto.

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La señora y su hija degustaron “cupcakes” que la señora dio a su hija el tiempo que conversaron cordialmente, luego se entretuvieron con pequeños juguetes que pertenecen al centro... al concluir el horario de convivencia la señora se despidió afectuosamente de su hija Nicole...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

La señora ANA KARLA y su hija NICOLE... observaron una película infantil, en tanto, platicaron de ella, además, la progenitora le desenredó el cabello a su niña. Finalmente se despidieron de beso en la mejilla...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Al asistir madre e hija al centro se reunieron en la sala de convivencias, observándose que la progenitora fue atenta con la niña dándole golosinas auxiliándola en el sanitario y cuidándola mientras la infante subió a los juegos... durante la visita madre e hija mantuvieron contacto verbal, visual y físico, en tanto se rieron mostrándose contentas...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La progenitora felicitó a su niña por su cumpleaños y le puso una diadema infantil, una falda encima de su mallón y un par de tenis, observándose sonrientes... después, la progenitora a su hija le cantó las mañanitas y le dio de comer pastel...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La mamá cargó a su hija, la besó en la mejilla y de manera de (*sic*) sorpresa le regaló una bolsa infantil diciéndole: “¡Te la mandó con mucho cariño tu abuelita!”, la cual fue del agrado de la niña, se la puso y se la modeló a su progenitora, acción que les causó risa, también tomaron jugo envasado, después jugaron con una pelota y “escondidas por la sala”, durante esta ronda la madre simuló no encontrarla, sonrió, aplaudió exclamando “¡bien NICOLE te escondes bien!”, la infante sonrió a carcajadas...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La señora ANA KARLA y la niña NICOLE se saludaron afectuosamente e ingresaron tomadas de la mano a la sala de convivencia, se saludaron afectuosamente con abrazos y besos en la mejilla, tomaron asiento y establecieron una conversación con un lenguaje fluido y manteniendo contacto visual respecto a sus vacaciones y los regalos recibidos con motivo del día de “reyes”... se apreció que la señora y la niña NICOLE estuvieron integradas e involucradas en la dinámica que efectuaron intercambiaron sonrisas y mostraron una actitud tranquila, participativa y propositiva. Además, se apreció que se dirigieron con respeto y la progenitora estuvo al pendiente del cuidado de su hija permaneciendo cerca de ella...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...En dicha área la señora y su hija permanecieron sentadas viendo una película infantil al tiempo que conversaron cordialmente y por momentos conversaron (*sic*), además la niña NICOLE se entretuvo peinando el cabello a su madre, mostrando madre e hija en todo momento integradas y sonrientes...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Madre e hija permanecieron en una de las salas, enseguida la progenitora ofreció alimentos a NICOLE, mismos que ella degustó. Asimismo, ambas perma-

necieron en un sillón y observaron una película infantil. Por unos momentos recorrieron el pasillo y más adelante, se desplazaron al área de juegos, donde la niña permaneció en el puente e ingresó a la casa pequeña que se encontraba en dicho espacio, a la vez, la progenitora platicó con la niña desde el exterior y comentaron algunas de las actividades que realizan. Al término de la misma ambas se despidieron afectuosamente...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Al ingresar al área de convivencia madre e hija se saludaron con un beso en la mejilla. Luego caminaron hacia la sala, en tanto NICOLE se mostró serio momento en que la progenitora le preguntó si se encontraba bien, ante ello la niña asintió. Después ambas permanecieron en un sillón al tiempo que observaron una película infantil y por momentos platicaron de las actividades que realizan. Por momentos la señora cargó a NICOLE, quien se mostró sonriente... Durante su estancia se apreció que si hubo vinculación entre las convivientes, dado que la niña se integró en las actividades de juego que efectuó con su mamá. Ambas mantuvieron acercamiento y entre ellas hubo expresiones de afecto.

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Durante la interacción entre las participantes hubo contacto verbal, visual y físico, mientras se sonrieron con gesto de agrado...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

La señora ANA KARLA y su hija NICOLE ingresaron a las salas de convivencia y enseguida vieron una película infantil, al mismo tiempo que platicaron sobre ella, además por momentos la madre abrazó a su hija. Finalmente la progenitora cargó a su niña en sus brazos, le dio besos en la mejilla y al dirigirse al área de recepción el que suscribe le preguntó a la niña como se la había pasado y ella respondió que bien, además el suscrito le preguntó si le gustó la película que habían visto y la infanta dijo que sí. A continuación, llegaron a la entrada del área de recepción y enseguida la señora puso de pie a su hija y esta se reunió con el señor JUAN JOSÉ, observándose en ese momento, que la niña pasó varias veces la palma de su mano en la mejilla que le había dado beso su madre, además su papá platicó con ella en voz baja...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Ingresando la señora de la mano de su hija NICOLE, mostrándose ambas sonrientes, sentándose juntas para saludarse con un abrazo y un beso en la mejilla, platicando sobre actividades cotidianas, películas y juguetes mientras tomaron jugo envasado y comieron frituras que facilitó la madre de la infante, luego decidieron poner juntas una película la cual vieron sentadas, abrazadas, bromeando sobre los personajes de la película instante en que NICOLE comentó a su madre que ya sabía la numeración, contando del 1 al 140, felicitándola su madre con un abrazo, el cual la niña respondió de manera sonriente, dándose un beso en la mejilla... NICOLE le pidió continuar viendo la película realizando un comentario la pequeña a su madre en voz baja al oído, sin que la suscrita lograra escucharlo, respondiendo su madre: "no interpretes cosas que no existen", para continuar caminando y sentarse juntas. Minutos antes de concluir NICOLE se mostró seria, razón por la cual la suscrita le sugirió a la niña realizar dibujos con su mamá, lo cual ambas aceptaron caminando madre e hija de la mano; sin embargo, sin que la señora realizara comentario alguno, la pequeña nuevamente se dirigió en voz baja a su madre, quien reiteró: "no interpretes cosas que no son ciertas NICOLE", sentándose la niña mostrándose cabizbaja, instante en que sin razón aparente la pequeña comenzó a llorar, su madre intentó tranquilizarla sin lograrlo, sentándose la infante sobre las piernas de su madre, por lo que la suscrita se acercó intentando tranquilizar a la pequeña, quien continuó sollozando, preguntando la pequeña el motivo por el cual lloraba, en tanto NICOLE realizó movimientos con las manos frente a su rostro refiriendo: "es que me acuerdo de cosas de cuando estaba con mi mamá y me da miedo", inmediatamente comenzó a llorar, la suscrita intentó calmar a la pequeña sin lograrlo, observando que NICOLE comenzó a temblar frotando sus brazos con sus manos continuamente y sin parar de hacerlo de manera repetida, no obstante la suscrita se dirigió a la pequeña logrando calmarla, pidiéndole que respirara; refiriendo NICOLE que deseaba retirarse con su papá, comentando nuevamente; "es que mi mamá me dijo la vez pasada que me llevaría con mi tía y yo no quiero ir", su mamá con tono suave de voz le refirió que eso no era

cierto, llorando nuevamente la pequeña; momento en que el personal de recepción informó a quien suscribe que había llegado el padre de la infanta, por lo que se le indicó a la progenitora que se entregaría a la pequeña al señor, despidiéndose NICOLE de su madre con un abrazo y un beso en la mejilla; acompañando la suscrita a la infante a lado de su padre a quien se le explicó el motivo del llanto de su hija solicitando la suscrita al señor que se sentara con su hija para que se tranquilizara, acción que el progenitor realizó sin que la niña lograra calmarse, en tanto el señor comentó situaciones de juzgado, ajenas a la convivencia y de su contraparte en presencia de la pequeña; por lo que se le pidió evitar esos temas en presencia de la niña, explicándole que la intención es tranquilizar a su hija y brindarle confianza mas no alterarla, solicitándole platicar con la pequeña con la finalidad de que su hija lograra expresar a su madre lo que sentía para que la convivencia se realizara conforme a lo establecido por su señoría. Cabe hacer mención que la suscrita permaneció en todo momento cercana a la señora y a NICOLE, percatándose de su conversación y sin que la señora realizara comentarios ajenos a la convivencia a su hija, observando que la pequeña comenzó a llorar sin motivo o razón aparente, sin lograr controlarse por lo que quien suscribe ante lo acontecido por la infante sugiere realizar una evaluación psicológica con la finalidad de establecer la situación emocional de la infanta y considerar terapia psicológica si es necesario.

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

Al llegar al área de recepción el suscripto observó que la señora ANA KARLA se encontraba hablando con su hija NICOLE, en tanto el señor JUAN JOSÉ, se encontraba junto a ellas. Acto seguido el que suscribe invitó a la señora a que en la próxima convivencia, espere a que este presente el que va a supervisar su convivencia, para que anote desde el inicio lo que comenten, la madre dijo que así lo haría y de inmediato, la niña refirió a su mamá: “no quiero estar contigo, porque han pasado muchas cosas”, la madre le preguntó: “¿Qué te hice?”, la infanta volvió a repetir: “es que han pasado muchas cosas”. El que suscribe exhortó al señor a que motive a su hija a que pase a un área anexa con su mamá, para que platicue con ella del porque no quiere convivir, pero éste no aceptó, manifestando: “si, de

hecho yo la traje bien, incluso no quería venir, venía llorando”, la señora con tono fuerte le manifestó a su contraparte: “Qué le dijiste”, el que suscribe le sugirió a la progenitora se concretara a motivar a su hija a que pasen a las salas de convivencia a platicar el motivo por el cual la niña no quiere convivir… el suscrito la escuchó y luego la invitó a que pasara un momento con su mamá, pero la infanta no aceptó, por lo que se le invitó a que por lo menos tomara asiento con su madre en las sillas que están en el área de recepción, para que platicaran un momento, pero la niña no quiso. Luego, el que suscribe le dijo a la niña que pasara a un área anexa con sus dos papás y ella dijo que sí, pero cuando se le dijo que le comentara a su papá que la acompañara a dicha área, la infanta ya no quiso pasar, manifestando: “ya no quiero pasar, ya he pasado y han pasado varias cosas”, el que suscribe le contestó que en el área ya mencionada puede platicarle de las cosas que han pasado, pero la infanta no aceptó. Finalmente, la mamá se despidió de su hija con un beso en la mejilla, lo cual, fue permitido por la niña…

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Una vez que las partes realizaron su registro se indicó a madre e hija que ya podía iniciar la convivencia, la niña NICOLE de inmediato se negó mostrándose inquieta, al tiempo que movía constantemente sus manos... acto seguido, la señora preguntó a su hija que tenía, expresando la niña con la misma actitud: “es que mi mamá me dice muchas cosas”, la progenitora le expresó que la quiere mucho y que respeta su decisión, momento que preguntó a su hija NICOLE el motivo de su negativa, expresando la niña: “¡es que no quiero!”, su madre le explicó que entendía que no deseaba quedarse a convivir, pidiéndole le hiciera saber qué le molestaba, instante que preguntó a su hija si le había hecho algo que le hubiera hecho sentir mal expresando la niña: “es que he sentido sentimientos horribles de que ya no quiero estar contigo”; la progenitora prosiguió expresando a su hija que hiciera lo que ella sintiera en su corazón, y le propuso se quedara con ella solo unos minutos, negándose la niña NICOLE, por lo que la señora enseguida pidió a su hija que en las próximas visitas estuviera tranquila y se despidió verbalmente de ella, ya que la niña evitó en todo momento el contacto físico con su madre...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Estando las partes en la sala de espera se observó que la madre se agachó en cuclillas ante la niña invitándola a entrar, NICOLE no aceptó, mostrando una mueca de angustia, a un lado de ella permaneció el señor JUAN JOSÉ, manteniendo un gesto serio. Acto seguido, la de la voz invitó a las participantes a la convivencia a reunirse en la otra sala, la infante no se movió del lugar, por lo cual la suscrita la invitó a pasar con su mamá, ella dijo que no quería, la que suscribe explicó a la infante que su papá la iba a esperar en la recepción, en tanto pasara un momento con su mamá, NICOLE continuó negándose, enseguida la suscrita pidió apoyo al progenitor para que invitara a la niña a entrar, él la acompañó y al ingresar NICOLE lloró y nuevamente se quedó en el pasillo continuo, asimismo su papá quedó cerca de ella, de inmediato la progenitora se sentó a un lado de NICOLE. A continuación, la que suscribe solicitó al señor diera el espacio a la madre y a la niña, él se quedó en el acceso del pasillo observando a su hija, enseguida el de la voz pidió al padre permaneciera en los asientos de la sala de espera... en la reunión entre madre e hija, NICOLE repitió "no quiero" su mamá preguntó "¿Qué?", la infante manifestó "no quiero estar contigo", su madre preguntó a la niña si estaba enojada, NICOLE asintió, la progenitora preguntó con quien, la infante respondió con ella, la señora preguntó a su hija la razón de su molestia, en un comienzo NICOLE no dio motivo alguno, solo le dijo que no quería, después la niña le mencionó: "me enoja estar contigo", su madre le preguntó "¿Por qué?", "¿Por qué me fui con tu abuelita?", NICOLE dijo no, su mamá le preguntó "¿Por qué no estoy con tu papá?", ella dijo que no, hizo una pausa y manifestó que tiene miedo, la progenitora preguntó porque, NICOLE comentó "me das miedo", la señora le dijo: "¿Por qué?, si solo jugamos, leemos cuentos" y agregó: "no te regaño o ¿lo hago?, NICOLE asintió, su mamá le argumentó que no la ha regañado. Cabe mencionar que durante la situación antes descrita, la señora al dirigirse de forma cordial hacia su hija logró captar su atención, mencionándole a otros infantes, así como la fiesta de uno de ellos y que en esta hubo payasos, percibiendo que la niña detuvo su llanto y miro con gesto de asombro a

su mamá, luego nuevamente la niña volvió a llorar y de manera forzada, ya que gimoteaba pero no derramó lágrimas...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...Inicialmente la señora invitó a su hija a pasar a platicar la niña se negó sin separarse de su padre, enseguida ambas partes ingresaron a la sala anexa... la niña con lágrimas en los ojos expresó: "ya no me quiero ir, no quiero estar con ella, me da miedo", la madre pidió a su hija que estuviera tranquila que le respetaría su respuesta, la niña de manera insistente miraba con insistencia a su padre, el señor no hizo comentario alguno y permaneció enfrente de su hija, la niña NICOLE continúo insistiendo; "no quiero estar con ella (mirando a su padre), me da miedo..."

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...No se realizó la convivencia por lo siguiente: en el área de recepción, la señora ANA KARLA, saludó a su hija verbalmente y la invitó a convivir, pero NICOLE movió su cabeza en señal negativa mientras se recargaba en los brazos del señor ... ya estando en la sala anexa la señora con actitud amable y sonriente invitó a su hija a convivir y a dialogar, pero la infante continuó renuente, la madre le preguntó el motivo de su negativa y la niña le respondió: "no quiero venir aquí, te tengo miedo", la progenitora le comentó a qué le tenía miedo, la niña observando a la suscrita refirió "lo quiero decir pero no quiero que me escuche mi mamá",... NICOLE con actitud cabizbaja le respondió "es que te tengo miedo porque me dices cosas en la oreja....

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...La niña se mostró renuente a ingresar al área de convencimiento, por lo que se pidió al progenitor la pasara. Sin embargo, NICOLE se negó a pasar al lugar que se indicó para la intervención a pesar de que el padre se lo pidió comenzando a sollozar. En seguida, el progenitor exclamó: "ya ve lo que ocasiona, no quiere pasar y no la puedo traer a la fuerza"... la niña se mostró seria y renuente a conversar, la señora invitó a la infante a jugar mostrándole un estuche con maquillaje. No obstante, NICOLE se negó sin manifestar un motivo claro, solo dijo que no le gustaba que le hablaran al oído, agregando: "no me gusta que me digas ¡NICOLE

no digas eso!”. La niña no aceptó despedirse de su madre ni el regalo que le trajo. Al concluir la intervención la niña al ver a su papá comenzó a llorar sin un motivo aparente...

Reporte del día XX de XXX de XXXX:

...En el área de recepción, el suscrito invitó a la Señora ANA KARLA y a su hija NICOLE, a que ingresaran a las salas de convivencia, aceptando la progenitora, pero la niña no accedió, además no se quiso separar de su papá el señor JUAN JOSÉ... Acto seguido se exhortó al señor a que acompañara a su hija a dicha área, a efecto de que la niña estuviera tranquila y el progenitor aceptó. A continuación el señor invitó a su infanta a que pasaran al área ya referida, pero la niña no quiso, sin embargo al poco tiempo el señor tomó de la mano a su hija y la pasó a dicha área, donde la niña refirió: “No quiero entrar, porque mi mamá me quiere llevar con ella”. Acto seguido, la señora y el suscrito aclararon que en este lugar eso no es posible, ya que la única persona que se la puede llevar de este inmueble es su papá, y que en estas instalaciones sólo viene a jugar un tiempo con su madre, pero que al finalizar se tiene que retirar con su padre. Enseguida la niña prosiguió: “Ricardo me toca y ella me pega”, al tiempo que señaló a su mamá. La progenitora le refirió que eso no era cierto y el suscrito le respondió que lo que dice de Ricardo no va a pasar en este inmueble, ya que él no se encuentra en este lugar...

De lo anterior, se advierte que desde el mes de XX de XXX, fecha en la que comenzó el régimen provisional de visitas y convivencias supervisado entre la niña NICOLE y la señora ANA KARLA, hasta el día XX de XXX de XXXX, la convivencia entre la hija de las partes y la actora incidentista se realizó en buenos términos, se observó una excelente relación entre la niña y su progenitora, con claras muestras de cariño y afecto entre ambas, y fue hasta el mes de febrero de dos mil diecisiete, en que la hija de las partes comenzó a negarse a convivir con su progenitora sin un motivo aparente, ya que si bien NICOLE ha manifestado

que le tiene miedo a su mamá y que no quiere estar con ella, lo cierto es que la niña no señala la razón de por qué tiene esos sentimientos de miedo; razones que a juicio de esta Alzada no son suficientes para suspender el régimen provisional supervisado de visitas y convivencias supervisado entre la niña NICOLE y su progenitora ANA KARLA, como lo pretende el recurrente, ya que como se señaló en líneas anteriores, el derecho de convivencia es un derecho fundamental de la hija de las partes a mantener contacto directo con su progenitora, y al llevarse de manera supervisada, la hija de las partes no corre ningún riesgo o peligro que justifique la suspensión del citado régimen. Sobre todo porque en la plática que el juez del conocimiento sostuvo con la hija de las partes, la niña manifestó afecto hacia su progenitora y su deseo de convivir con ella. De ahí lo infundado de los motivos de inconformidad que el recurrente expresó.

No obstante lo anterior, en virtud de que la relación entre la niña NICOLE y la señora ANA KARLA se encuentra afectada sin que se conozca un motivo claro, y que incluso, en la evaluación psicológica que se practicó a la niña NICOLE el día XX de XXX de XXXX, que obra a fojas 232 del cuaderno de constancias correspondiente al presente toca de apelación, se advierte que el psicólogo JORGE concluyó que:

...Pese a que en los resultados de la evaluación de los actores del presente juicio no se encontraron signos tendientes a ejercer manipulación, la niña se encuentra afectada en la esfera emocional, situación que se genera por la distorsión que tiene de la madre, a quien la ubica como una persona agresiva, sin embargo, no existe correspondencia en el dicho y las manifestaciones o alteraciones, así como no se encontraron signos compatibles con personas víctimas de violencia. Hace suyo el discurso que escucha del padre, por lo que utiliza un vocabulario el cual no corresponde a la edad...;

Es por lo que, en uso de las amplias facultades que la ley le concede a jueces y tribunales para intervenir de oficio en asuntos que se involucren derechos de menores de edad, de acuerdo con lo que establecen los artículos 940 y 941 del código de procedimientos civiles, así como a efecto de velar por el interés superior de la niña NICOLE, el cual se traduce en el derecho que tiene a desarrollarse en un ambiente de armonía y de salud psicológica y emocional, esta Alzada estima procedente modificar el auto apelado, para el efecto de ordenar al señor JUAN JOSÉ que asista a recibir apoyo psicoterapéutico con la finalidad de que trabaje áreas en conflicto que puedan prevalecer respecto de la problemática que tenga con la señora ANA KARLA, y para que entienda que su hija NICOLE debe crecer de una manera libre, por lo que debe evitar trasmisir a su hija los conflictos que tenga con la actora incidentista; asimismo, se ordena al señor JUAN JOSÉ que presente a su hija NICOLE a que reciba terapia de reintegración junto con su progenitora ANA KARLA, a fin de lograr una adecuada aceptación y convivencia entre ambas y de esta manera pueda restablecerse el vínculo afectivo-filial entre ellas; para lo cual, deberá girarse oficio al Instituto de la Familia A.C., para que designe perito que conforme la problemática, deba atender al señor JUAN JOSÉ, y a la señora ANA KARLA en integración con la niña NICOLE, con la libertad de que en caso de que el perito designado estime necesario otro tipo de terapia lo haga saber al juez del conocimiento; asimismo, para que informe al juez los días, horarios y costos del servicio de terapia psicológica, con el objeto de hacérselos saber a las partes mediante notificación personal, a fin de que el señor JUAN JOSÉ acuda a recibir terapia psicológica en los términos señalados, y para que presente a su hija NICOLE a que reciba terapia de reintegración con la señora ANA KARLA, los días y horarios que el referido instituto señale, en el entendido de que cada parte cubrirá el costo de su respectiva terapia, esto es, el señor JUAN JOSÉ cubrirá el costo de la terapia que reciba de manera individual, y

la señora ANA KARLA cubrirá el costo de la terapia de reintegración que reciba junto con su hija NICOLE; bajo el apercibimiento que de no acudir a las terapias ordenadas, o en caso de que el señor JUAN JOSÉ no presente a su hija NICOLE a la terapia de reintegración con su progenitora ANA KARLA, se le aplicará al que incumpla, como primera medida de apremio una multa por la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), por desacato a un mandato judicial de conformidad con lo que establece el artículo 73 del código de procedimientos civiles. Asimismo, una vez que se cuente con la información del perito, horarios y costos del referido instituto y que se conozca el horario al que acudirán las partes y su hija, el juez deberá requerir al representante legal del Instituto de la Familia A.C., para que le informe, de manera bimestral, los avances y asistencia de las partes y su hija a dichas terapias.

Sirven de apoyo a lo anterior las jurisprudencias y tesis aisladas que a continuación se transcriben:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO. El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.

Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, marzo de 2011, tesis: I.5o.C. J/14, página: 2187. registro: 162563.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU RELACIÓN CON LOS ADULTOS. El concepto interés superior del menor, cuya salvaguarda es prioritaria en el sistema jurídico mexicano, permite delimitar con precisión y claridad los derechos y obligaciones que corres-

ponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficio posibles para ellos, como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función social de orden público e interés social.

Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, marzo de 2011. tesis: I.5o.C. J/15. página: 2188. registro: 162561.

DERECHOS PREFERENTES DEL MENOR. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, en el Código Civil para el Distrito Federal, y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el interés del menor es calificado como superior. Por ello, son derechos preferentes de éste: a) recibir una atención especial en todas las instancias judiciales, administrativas o de bienestar social; y b) dar su opinión y que sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten, con inclusión de los de carácter judicial y administrativo.

Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, marzo de 2011. tesis: I.5o.C. J/13. página: 2179. registro: 162602.

MEDIDAS PRECAUTORIAS PARA TUTELAR EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS. LOS TRIBUNALES FAMILIARES DEBEN ACTUAR CON CELERIDAD Y CREATIVIDAD. En conformidad con lo dispuesto en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los tribunales de lo familiar están facultados para intervenir, de oficio, en los asuntos que afecten a la familia, en el ámbito de sus competencias, especialmente tratándose de menores, y en ejercicio de esa facultad deben decretar las medidas precautorias que tiendan a preservar a la familia y proteger a sus miembros. Esto implica que deben estar sensibles, prestos y expeditos para decretar las providen-

cias inmediatas y eficaces para que cese *ipso facto* cualquier situación irregular que esté ocurriendo con perjuicio de los intereses de los niños, y no mantenerse en una actitud pasiva o ceñida a la inercia, mediante la toma de decisiones ordinarias a pesar de encontrarse frente a situaciones extraordinarias, como sucede cuando a pesar de haberse dispuesto la aplicación de los medios de apremio y haber dado vista al Ministerio Público, no se logra vencer la resistencia del custodio, con el daño indiscutible que pueden resentir los menores con el alejamiento innecesario e ilegal de su padre o madre, de modo que sin apartarse el juez de la ley, debe hacer uso de su creatividad para superar al punto esa situación, requiriendo, por ejemplo, al custodio para que en la fecha inmediata de las establecidas para el efecto, presente al menor al Centro de Convivencia Familiar Supervisada, con el apercibimiento, para el caso de persistir en su negativa posición, de suspenderlo de inmediato en el ejercicio de la custodia, para poner al menor bajo el cuidado de otras personas previstas por la ley, que faciliten la convivencia del niño con ambos padres, hasta que se resuelva la controversia incidental en definitiva, siguiendo al efecto las exigencias de audiencia y contradicción, pero con la celeridad que impone el caso, y que les permiten los artículos 942 y siguientes del código adjetivo invocado.

Tesis Aislada. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, febrero de 2011. tesis: I.4o.C.322 C. página: 2349. registro: 162789.

INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. CUANDO EN UNA CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, ALGUNO O AMBOS PROGENITORES MANIFIESTEN ACTITUDES QUE PUEDAN AFECTAR LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O SEXUAL DE SUS MENORES HIJOS, EL JUZGADOR DEBE ACTUAR, INCLUSO DE OFICIO, SOMETIÉNDOLOS A TERAPIA PSICOLÓGICA, A FIN DE CUMPLIR CON DICHO PRINCIPIO. Los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 y 4 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 2, fracción I y 4, fracción I de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, en concordancia con los diversos preceptos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado mexicano y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el

veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno), establecen el interés superior de los menores como principio rector en las decisiones de carácter judicial que repercutan en la vida de aquéllos. Dicho principio obliga a que en las controversias del orden familiar, el juzgador observe, por sobre todas las cosas, el bienestar de los infantiles, anteponiéndolo al interés de cualquier adulto involucrado en la contienda, incluso, supliendo en su provecho la queja deficiente. Así pues, cuando en un juicio de esa naturaleza, alguno o ambos progenitores manifiesten actitudes o comportamientos que puedan dañar la integridad física, psíquica o sexual de sus menores hijos, el juez, en aras de cumplir con el mandato constitucional, debe, aun de oficio, tomar las medidas necesarias para someter a los padres a terapia psicológica, a fin de que cese la afectación, pues esa decisión tiende a lograr el bienestar de los niños y en consecuencia, a satisfacer el principio de su interés superior.

Tesis Aislada. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, mayo de 2008. tesis: I.7o.C.107 C. página: 1054. Registro: 169680.

Por las razones que se expusieron con anterioridad, a pesar de lo infundado del único agravio que el recurrente expresó, por diversas consideraciones, resulta procedente modificar el auto materia del presente recurso de apelación, en los términos que se precisarán en el segundo resolutivo del presente fallo.

III. El presente caso no se encuentra dentro de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 140 del código de procedimientos civiles, por lo que no se hace condena en costas por la tramitación de la presente instancia.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE:

PRIMERO. El único agravio que el recurrente expresó es infundado, sin embargo, por diversas consideraciones:

SEGUNDO. Se modifica el auto materia del presente recurso de apelación en los siguientes términos:

Agréguese a sus autos el escrito de JUAN JOSÉ, atento a su contenido, sin lugar a suspender el régimen de visitas y convivencias decretado en autos, por lo que se le requiere para que presente a su menor hija NICOLE al régimen de visitas y convivencias supervisadas, apercibido que de no hacerlo será acreedor a una medida de apremio consistente en una multa de XXX pesos, por desacato a un mandamiento judicial, en perjuicio de su menor hija, lo anterior con fundamento en los artículos 62 y 73 del código de procedimientos civiles. Asimismo, en virtud de que de las constancias de autos se advierte que la relación entre la niña NICOLE y la señora ANA KARLA se encuentra afectada sin que se conozca un motivo claro, en uso de las amplias facultades que la ley le concede a jueces y tribunales para intervenir de oficio en asuntos que se involucren derechos de menores de edad, de acuerdo con lo que establecen los artículos 940 y 941 del código de procedimientos civiles, así como a efecto de velar por el interés superior de la niña NICOLE, el cual se traduce en el derecho que tiene a desarrollarse en un ambiente de armonía y de salud psicológica y emocional, se ordena al señor JUAN JOSÉ que asista a recibir apoyo psicoterapéutico con la finalidad de que trabaje áreas en conflicto que puedan preverse respecto de la problemática que tenga con la señora ANA KARLA, y para que entienda que su hija NICOLE debe crecer de una manera libre, por lo que debe evitar trasmitir a su hija los conflictos que tenga con la actora incidentista; asimismo, se ordena al señor JUAN JOSÉ que presente a su hija NICOLE a que reciba terapia de reintegración junto con su progenitora ANA KARLA, a fin de lograr una adecuada aceptación y convivencia entre ambas y de esta manera pueda restablecerse el vínculo afectivo-filial entre ellas; para lo cual, se ordena girar oficio al Instituto de la Familia A.C., para que designe perito que conforme a la problemática, deba atender al señor JUAN JOSÉ, y a la señora ANA KARLA en integración con la niña NICOLE, con la libertad de que en caso de que el perito designado estime necesario otro tipo de terapia lo haga saber al juez del conocimiento; asimismo,

para que informe los días, horarios y costos del servicio de dichas terapias, con el objeto de hacérselos saber a las partes mediante notificación personal, a fin de que el señor JUAN JOSÉ acuda a recibir terapia psicológica en los términos señalados, y para que presente a su hija NICOLE a que reciba terapia de reintegración con la señora ANA KARLA, los días y horarios que el referido Instituto señale, en el entendido de que cada parte cubrirá el costo de su respectiva terapia, esto es, el señor JUAN JOSÉ cubrirá el costo de la terapia que reciba de manera individual, y la señora ANA KARLA cubrirá el costo de la terapia de reintegración que reciba junto con su hija NICOLE; bajo el apercibimiento que de no acudir a las terapias ordenadas, o en caso de que el señor JUAN JOSÉ no presente a su hija NICOLE a la terapia de reintegración con su progenitora ANA KARLA, se le aplicará al que incumpla, como primera medida de apremio una multa por la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), por desacato a un mandato judicial de conformidad con lo que establece el artículo 73 del código de procedimientos civiles. Asimismo, una vez que se cuente con la información del perito, horarios y costos del referido Instituto y que se conozca el horario al que acudirán las partes y su hija, deberá requerirse al representante legal del Instituto de la Familia A.C., para que le informe, de manera bimestral, los avances y asistencia de las partes y su hija a dichas terapias. Notifíquese personalmente.

TERCERO. No se hace condena en costas por la tramitación de la presente instancia.

CUARTO. Notifíquese y remítase testimonio debidamente autorizado de la presente resolución al juzgado de origen y en su oportunidad archívese el presente toca como asunto concluido.

Así, unitariamente, lo resolvió y firma la C. Magistrada, licenciada Adriana Canales Pérez, integrante de la Tercera Sala Familiar de este H. Tribunal Superior de Justicia, en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica de este Tribunal, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Luis Alberto Ramírez Garcén, quien autoriza y da fe.

TERCERA SALA FAMILIAR

MAGISTRADOS:

ADRIANA CANALES PÉREZ, MANUEL DÍAZ INFANTE DE LA
MORA Y JOSÉ CRUZ ESTRADA

PONENTE:

MGDA. ADRIANA CANALES PÉREZ

Recurso de apelación que la actora interpuso en contra de la sentencia definitiva dictada en la controversia del orden familiar, alimentos.

SUMARIO: CONCUBINATO. IMPROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE BIENES. Si bien, el numeral 291 *Ter* del Código Civil establece que “todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia regirán al concubinato”, no implica la incorporación de regímenes patrimoniales que sólo se prevén dentro del matrimonio civil, en que las partes formulan capitulaciones matrimoniales y disponen la forma de administrar y constituir el régimen patrimonial que elijan. Por ende, la liquidación de bienes que se plantee con motivo de la terminación de un concubinato no procede conforme a cierto régimen patrimonial, atento a que las disposiciones relativas al matrimonio, con relación a la liquidación de dicho régimen, no pueden ser aplicables al concubinato, institución en la que no hay un régimen patrimonial reglamentado. De ahí que al concu-

binato no le son aplicables las normas del patrimonio correspondientes al matrimonio, si el legislador no lo estableció así expresa y formalmente.

Ciudad de México, XX de XXX de XXXX.

Vistos los autos del toca número XXX/XXXX, para resolver el primer recurso de apelación en su orden que la actora AMÉRICA, interpuso en contra de la sentencia definitiva de fecha XX de XXX de XXXX, que la C. Juez Trigésimo Familiar, maestra María Luisa Vázquez Cerón dictó en la controversia del orden familiar, alimentos que AMÉRICA promovió en contra de DAVID, con número de expediente XXX/XXXX; y

1. La sentencia definitiva apelada concluyó con los siguientes puntos resolutivos:

PRIMERO. Ha procedido la vía incidental planteada, en la que AMÉRICA acreditó parcialmente los extremos de su pretensión y DAVID acreditó parcialmente sus excepciones y defensas. En consecuencia:

SEGUNDO. Se declara improcedente la prestación marcada como "c" por los razonamientos lógico-jurídicos vertidos en el cuarto considerando del presente fallo judicial.

TERCERO. Se declaran improcedentes las prestaciones marcadas como "d" y "e" por los razonamientos lógico-jurídicos esgrimidos en el quinto considerando del presente fallo judicial.

CUARTO. Resultan procedentes las prestaciones "a" y "b" según los razonamientos lógico-jurídicos vertidos en el sexto considerando del presente fallo judicial, luego entonces, se decreta una pensión alimenticia a favor de AMÉRICA equivalente al veinte por ciento (20%) mensual del total de las percepciones tanto ordinarias como extraordinarias que reciba DAVID como pensionado del Instituto Mexicano del Seguro Social, previos los descuentos estrictos de ley; porcentaje que se estima proporcional atento a lo prescrito por el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por tanto, una vez que cause ejecutoria esta resolución, gírese oficio al representante legal del Instituto Mexicano del Seguro Social, con el objeto de que proceda a efectuar el descuento del veinte por ciento (20%) a los ingresos ordinarios y extraordinarios que como pensionado perciba DAVID, previos los descuentos de ley, y la cantidad correspondiente sea entregada a AMÉRICA previa identificación y acuse de recibo, apercibido que de no hacerlo, se hará deudor responsable de doble pago sin perjuicio de las demás responsabilidades del orden civil o penal en que pueda incurrir y se le impondrá como medida de apremio una multa por \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), por desacato a una orden judicial en términos de lo dispuesto por el artículo 73, fracción I del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México en relación con el diverso 62 del mismo ordenamiento legal.

QUINTO. Toda vez que el presente asunto no se encuentra comprendido en alguno de los supuestos previstos por el artículo 140 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, no se hace especial condena en costas procesales.

SEXTO. Agréguese al legajo de sentencias de este órgano jurisdiccional copia con firma autógrafa de este fallo.

SÉPTIMO. Notifíquese personalmente.

Así, definitivamente juzgado lo resolvió y firma la C. Juez Trigésimo de lo Familiar de la Ciudad de México, maestra María Luisa Vázquez Cerón, ante el C. Secretario de Acuerdos “A”, licenciado Víctor Manuel Méndez Frías, quien autoriza y da fe.

2. Inconforme con dicha sentencia, la actora AMÉRICA, interpuso en su contra recurso de apelación y expresó agravios ante la jueza de primera instancia, quien admitió el recurso en ambos efectos y remitió los autos así como el escrito de agravios sin contestación a esta Sala, quien revocó la calificación de grado que hizo el *a quo*, admitiéndose el recurso en el efecto devolutivo y turnó el toca a esta ponencia para dictar la resolución que hoy se pronuncia; y

CONSIDERANDO:

I. En primer término, es de señalarse que toda vez que ambas partes interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha XX de XXX del año XXXX, debe substanciarse en un procedimiento unitario, debiéndose concluir éste en una sentencia única, con apoyo en lo dispuesto en la jurisprudencia sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que establece:

APELACIONES DISTINTAS CONTRA UNA RESOLUCIÓN. DEBEN DECIDIRSE EN UNA SOLA SENTENCIA.

La interpretación de los artículos 81 y 688 al 715 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, referentes al contenido de las sentencias y al recurso de apelación, relacionados con los principios de concentración, economía procesal, claridad y concisión de los fallos y con las reglas de la lógica, revela que la segunda instancia de un proceso jurisdiccional, sin importar si su apertura tuvo origen en la inconformidad de una o varias partes, jurídicamente debe sustanciarse en un procedimiento unitario compuesto de una secuencia ordenada de actos, para concluir normalmente con una sentencia, en la cual se estudien y resuelvan todas las cuestiones planteadas legalmente por el recurrente único o los distintos recurrentes. Ciertamente, para lograr el objeto de la apelación, fijado en el artículo 688 mencionado, se requiere la unidad apuntada y la sentencia única, pues sólo así queda el tribunal de alzada en aptitud legal y lógica de determinar si confirma, modifica o revoca la resolución impugnada, luego de haberse ocupado de los diferentes motivos de inconformidad expuestos por cada uno de los apelantes contra la misma resolución, pues de seguir procedimientos separados o emitir formalmente sendas sentencias, se puede llegar a una contradicción real o aparente, verbigracia, si los resultados de esos “fallos” fueran: *a)* se confirma la sentencia recurrida, por desestimar la apelación de una parte; *b)* se modifica la misma sentencia al acoger parcialmente la apelación de un tercero legitimado en los términos del artículo 689, y *c)* la sentencia recurrida se revoca por estimar fundado el recurso

interpuesto por la otra parte; el artículo 689 prevé la posibilidad de pluralidad de apelantes, mas no la de multiplicidad de procedimientos o de sentencias para resolver sendos recursos interpuestos contra una misma resolución, como tampoco se hace en otras disposiciones; el artículo 690, al referirse a la apelación adhesiva alude, de algún modo, a un solo procedimiento y una sola sentencia, pues sólo así es posible al recurso adhesivo seguir la suerte del principal; en las demás disposiciones indicadas se contempla la sustanciación de un procedimiento único y no se usa el plural cuando se alude al dictado de sentencia (artículo 712, 713, 714 y 715); y los principios procesales enunciados se ven satisfechos plenamente con la unidad y totalmente contrariados con la pluralidad, pues se reduce el número de actuaciones, evidentemente baja el costo general de la alzada y es menor la actividad del juzgador y de las partes, e indudablemente se gana en claridad y concisión, al no resultar reiterativo el fallo único. No. registro: 913,396, jurisprudencia, materia(s): Civil Octava Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Apéndice 2000*, tomo IV, civil, jurisprudencia TCC, tesis: 454, página: 390.

II. La actora AMÉRICA expresó como agravios los que se encuentran a fojas XXX a XXX del presente toca, los que se tienen por reproducidos en este espacio como si se insertasen a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

III. AMÉRICA manifestó como agravios en síntesis:

PRIMERO. Que se violentó el contenido de los artículos 327 y 402 del código de procedimientos civiles. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la jueza declaró improcedente la prestación marcada con el inciso c) de su escrito inicial de demanda, referente al pago de una indemnización o reparación del daño por haber adquirido una incapacidad permanente durante el concubinato. Que derivado de los cuidados que la apelante le proporcionaba al apelado, se empezó a sentir mal de la cabeza, la columna, los brazos, las manos y las piernas; lo que médicaamente derivo que la apelante padece Profusión Discal de C5-C6 y C6-

C7, con compresión radicular izquierda y rectificación de columna cervical, tal y como lo informó el Hospital XXX de XXX. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la jueza no le dio valor probatorio al informe rendido por el hospital XXX de XXX, aduciendo que con dicho documento no demuestra que el padecimiento hubiese sido generado por el demandado. Que el informe del Hospital XXX no fue debidamente analizado bajo las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. Que si la jueza apreció que del informe del Hospital XXX se advierte que la apelante tiene una incapacidad o padecimiento que médica mente se refiere a Profusión Discal de C5-C6 y C6-C7, con compresión radicular izquierda y rectificación de columna cervical y de autos quedó acreditado que la apelante realizaba las actividades concernientes a bañar, cambiar, medicar, trasladar de su silla de ruedas a la cama o al baño al apelante e incluso a las camionetas de su propiedad, a juicio de la recurrente es por lógica que su padecimiento o enfermedad se desprende de las actividades que realizaba a favor y en beneficio del apelado. Que a juicio de la apelante acreditó la ejecución de las actividades de referencia y la relación que las mismas tienen con el informe rendido por el Hospital XXX. Que la apelante durante el concubinato no realizó ninguna otra actividad que no fuera en beneficio ni a favor del hoy apelado con la cual pudiera haberse lesionado. Que de constancias de autos quedó demostrada la discapacidad que presenta el hoy apelado la cual le impide realizar sus actividades cotidianas personales y propias de su sexo en forma autónoma e independiente. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la jueza no concatenó los medios de pruebas que obran en autos, a fin de dar el valor probatorio que debe darle a un medio de prueba. Que se le debe dar valor probatorio pleno al informe rendido por el Hospital XXX de XXX, y condenar al apelado al pago de una indemnización o reparación de daño a favor de la apelante.

SEGUNDO. Que se violentó el contenido de los artículos 291 Ter y 291 Quater del código civil. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la jueza declaró improcedentes las prestaciones marcadas con los incisos *d*) y *e*) de su escrito inicial de demanda, referente al pago y retribución prevista en el

artículo 216 del código civil y al pago de la compensación prevista en la fracción VI del artículo 267 del código civil. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la juez argumentó que el concubinato tal y como está reglamentado en el código civil, no prevé la regulación sobre régimen patrimonial alguno y que tampoco indica procedimiento para la liquidación de los bienes que se incorporen o adquieran durante dicho concubinato. Que a juicio de la apelante, la jurisprudencia que aplicó la juez del rubro: “CONCUBINATO. COMO NO EXISTE RÉGIMEN PATRIMONIAL DENTRO DE ESTA FIGURA JURÍDICA, CUANDO SE PLANTEA LA LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES INCORPORADOS O ADQUIRIDOS EN DICHA RELACIÓN, ESTA NO SE RIGE POR NINGUNO DE LOS REGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO. (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). No es acertado ni válido, porque los artículos 291 *Ter* y 29 *Quater* del código civil, establecen que el concubinato deberá regirse con los derechos y obligaciones inherentes a la familia y genera entre los concubinos, además de los derechos alimentarios y sucesorios los demás derechos y obligaciones reconocidos en el código civil. Que el derecho de familia establece que cuando uno de los cónyuges se dedica a la administración de los bienes del cónyuge ausente o impedido tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y resultado que produjera, sin importar el régimen bajo el cual se contrajo matrimonio. Que el código civil establece que cuando uno de los cónyuges se dedica a las labores del hogar merece una compensación que deberá ser un porcentaje de los bienes adquiridos durante el concubinato no mayor al 50% de dichos bienes. Que la apelante reconoce que el concubinato no se rige por el régimen patrimonial de separación de bienes o de sociedad conyugal como en el matrimonio. Que en términos de lo dispuesto por el artículo primero constitucional y en respeto a sus derechos humanos, se le debe aplicar en su beneficio los artículos 216 y 267, fracción VI del código civil, porque el concubinato es equiparable a la institución del matrimonio. Que es inconstitucional la aplicación de la jurisprudencia citada por la juez e incongruente su criterio sustentado con lo previsto en los artículo 291 *Ter* y 291 *Quater* 216, 267 fracción VI, 291 *Ter* y 291 *Quater* del Código Civil”.

TERCERO. Que se violentó el contenido de los artículos 281, 282, 327 y 402 del código de procedimientos civiles. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la jueza no hizo una valoración adecuada de las pruebas ofrecidas por las partes. Que con las pruebas aportadas que obran en autos, se advierte que la capacidad o solvencia económica del apelado para dar alimentos a la apelante, es superior al equivalente del porcentaje que se le fijó como pensión alimenticia. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la jueza le fijó por concepto de pensión alimenticia definitiva, el 20% mensual sólo respecto a la pensión que el Instituto Mexicano del Seguro Social le otorga al apelado, lo cual es incongruente porque de los informes rendidos por la Comisión Nacional Bancaria y las instituciones bancarias, se desprende que la solvencia económica del deudor alimentario, no sólo radica en lo que percibe como pensión por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, sino que también obtiene ingresos por los bienes inmuebles de su propiedad, los intereses que le deja el dinero que tiene en sus cuentas bancarias y las actividades que realiza como comisionista. Que la pensión alimenticia definitiva que la jueza le fijó, debió fijarse no solo respecto a lo que percibe el apelado como pensionado del Instituto Mexicano del Seguro Social sino también con respecto a los demás ingresos que tiene y que quedaron acreditados. Que no es creíble que el apelado viva de los \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.), que percibe como pensión por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social. Que se debe revocar la sentencia definitiva apelada, y en su lugar fijarle una pensión alimenticia del 35% y que dicho porcentaje sea tanto a los ingreso que percibe el apelado como pensionado del Instituto Mexicano del Seguro Social, así como de los ingresos que percibe con respecto a los bienes inmuebles de su propiedad y dinero que mantiene en sus cuentas bancarias, los cuales no fueron considerados por la jueza.

IV. El primer agravio expresado por la recurrente es infundado para modificar o revocar la sentencia definitiva apelada, por lo siguiente:

Los artículos 162, 164, 291 *Bis* y 291 *Ter* disponen:

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

ARTÍCULO 164. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

ARTÍCULO 291 *Bis*. Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos....

ARTÍCULO 291 *Ter*. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Asimismo, los artículos 81 y 281 del código de procedimientos civiles, rigen:

ARTÍCULO 81. Todas las resoluciones sean decretos, autos provisionales, definitivos o preparatorios o sentencias interlocutorias, deben ser claras, precisas y congruentes con las promociones de las partes, resolviendo sobre todo lo que éstas hayan pedido....

ARTÍCULO 281. Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.

En el caso concreto, en los autos que esta Sala tiene a la vista -que tienen valor probatorio pleno en términos de lo dispuesto por el artículo 327 fracción VIII del código de procedimientos civiles- consta que en escrito presentado el XX de XXX de XXXX, AMÉRICA demandó de DAVID, entre otras prestaciones y en lo que aquí interesa las siguientes:

a) La fijación de una pensión alimenticia provisional y, en su caso, definitiva a favor de la suscrita. *b)* El aseguramiento de la pensión alimentaria, provisional y definitiva a favor de la suscrita, en términos de los (*sic*) dispuesto por el artículo 317 del Código Civil, en vigor, para el Distrito Federal. *c)* El pago de una indemnización por incapacidad permanente sufrida durante el concubinato que sostu-

ve con el hoy demandado, lo que me imposibilita laborar, lo anterior con base en lo establecido por la Ley Federal del Trabajo. *d)* El pago de la retribución prevista en el artículo 216 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, en virtud de que dada la incapacidad física del hoy demandado, la suscrita en forma temporal se dedico (*sic*) ha (*sic*) administrar los bienes de dicho demandado los cuales, gracias a la suscrita, llegaron ha tener en conjunto la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M. N.) entre bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancarias. *e)* El pago de la compensación, del 50% del valor de los bienes adquiridos durante el concubinato que sostuve con el hoy demandado, a que se refiere la fracción VI del artículo 267 del código civil, vigente para el Distrito Federal, en virtud de que la suscrita se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado del hoy demandado... Y manifestó en los hechos uno, tres, cuatro, cinco, seis y siete lo siguiente: 1. Con fecha XX de XXX de XXXX, la que suscribe, me uní en concubinato, con el señor DAVID, por lo que desde la fecha antes señalada comenzamos a tener vida en común como si estuviéramos casados, ya que la suscrita se hacía cargo de las labores domésticas y de la atención en su persona del ahora demandado e incluso me llegue (*sic*) a hacer cargo de sus negocios; cabe aclarar que, también, desde (*sic*) XX de XXX del año XXXX, establecimos nuestro domicilio conyugal o común en avenida XXX número XXX, edificio XXX departamento XXXX, unidad habitacional XXX, c. p. 00000 delegación XXX, en esta ciudad... 3. Pongo en conocimiento de su señoría que el ahora demandado es una persona con discapacidad o capacidades diferentes, ya que padece una parálisis psicodinámica, (*sic*) de las denominadas abasia-astasia, es decir, que tiene perdida (*sic*) de la motricidad pues no puede andar ni ponerse de pie; lo anterior le producía periodos durante los cuales no podía hacerse cargo de sus actividades por lo que la suscrita se encargaba de llevar la administración de sus actividades de comisionista, de sus bienes inmuebles, muebles y cuentas bancarias, por ello en fecha XX de XXX del año XXXX decidió otorgar un poder para pleitos y cobranzas, mismo que ejerceríamos en forma separada y/o conjunta la suscrita y su hermana CLAUDIA, fecha desde la cual me hice cargo de la admi-

nistración de sus actividades de comisionista, de sus bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancarias, actividad que realice (*sic*) hasta el día XX de XXX del año XXXX; cabe aclarar que cuando recibí la administración de sus actividades de comisionista, des (*sic*) sus bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancarias, el hoy demandado contaba con un monto aproximado de \$0,000.000.00 (XXX de pesos 00/100), y para cuando dejé (*sic*) la administración de que se habla hicimos cuentas y de la administración de sus actividades de comisionista, des (*sic*) sus bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancaria resulto (*sic*) que le entregue (*sic*) un monto total de \$0,000,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), razón por la que se demanda la prestación marcada con el inciso *d*). del capítulo (*sic*) de prestaciones... 4. No obstante lo anterior la suscrita desde que empecé el concubinato de que he venido hablando, con el hoy demandado, es decir desde el XX de XXX de XXXX y hasta el XX de XXX del XXXX, me dedique (*sic*) preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado del hoy demandado, por lo que se reclama la prestación marcada con el inciso *e*). del capítulo (*sic*) de prestaciones, tan es así que la suscrita dependía económicamente del hoy demandado y nunca pude trabajar por mi cuenta...En el mismo orden de ideas y por dedicarme a cuidar al hoy demandado en lo personal, es decir, a bañarlo, cambiarlo, medirarlo, trasladarlo de su silla de ruedas a la cama o al baño, e incluso a las camionetas de su propiedad, cuando salíamos, me empecé a sentir mal de la cabeza, la columna, los hombros, los brazos, las manos y las piernas por lo que le pedí al demandado que me atendiera médicaamente, pero como los médicos particulares, según me decía, el demandado, que le salían caros opto (*sic*) por darme de alta en el Instituto Mexicano del Seguro Social lugar en que se me asignó (*sic*) el número (*sic*) de agregado de identidad 00000000, como concubina del asegurado DAVID, quien tiene el número (*sic*) de afiliación o seguridad social 0000-00-0000-0 y con CURP: XXXX000000XXXXXX00; sin embargo, una vez que decidí separarme del hoy demandado, es decir, el XX de XXX del año XXXX, dicho demandado opto (*sic*) por darme de baja del Seguro Social y se me negó la atención médica, (*sic*), por lo que seguí mi atención médica en el Hospital XXX de México,

Institución de Salud Pública; (*sic*) por carecer de trabajo y de ingresos para una mejor atención, donde se me asignó (*sic*) el número (*sic*) de expediente 000000, en razón de lo anterior es que se reclama la prestación marcada con el inciso *c*). del capítulo (*sic*) de prestaciones...5. La suscrita optó (*sic*) por buscar la manera de separarme del hoy demandado en virtud de su inestabilidad emocional que a (*sic*) larga se tradujo en conductas violentas para con la suscrita, tales como agresiones verbales, físicas y sexuales... por todo lo anterior, una vez que me separe (*sic*) del hoy demandado acudí ante el C. Agente del Ministerio Público a denunciar los delitos de violencia intrafamiliar, y de abuso sexual, recayéndoles a estas denuncias los números de averiguación previa XXXXX/00/X0/00000/00-00, y XXX/XXX-0/X0/000/00-00 respectivamente...6. En razón de la conducta sumamente violenta del demandado hacia mi persona, descrita en el hecho anterior, la suscrita decidí separarme del hoy demandado a partir del día XX de XXX del año XXXX...7. Finalmente he de decir a esta autoridad que el ahora demandado, tiene ingresos propios en principio por una pensión de invalidez que le proporciona el Instituto Mexicano del Seguro Social, misma de la que ignoro su monto exacto, pero sé que oscila entre los \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M. N.) y los \$00,000.00 (XXX pesos 00/100 M. N.) mensuales ya que tiene el número (*sic*) de seguridad social 0000-00-0000-0 y su CURP es el XXXX000000XXXXXX00; para seguir el hoy demandado trabaja por su cuenta como comisionista, por cuyo trabajo tiene ingresos de aproximadamente \$00,000.00, (XXX pesos 00/100 M. N.), al mes, es decir, que dicho demandado tiene ingresos aproximados, al mes de \$00,000.00 (XXX pesos 00/100 M. N.).... Y ofreció como pruebas 1. La confesional, a cargo de la parte demandada DAVID... 2. La testimonial, a cargo de las señoras MARÍA DE LA LUZ y CARMEN... 3. Las documentales públicas, (*sic*) consistentes en los anexos del uno al once, mismos que se exhiben mediante mi escrito inicial de demanda y que ya han quedado debidamente detallados... 4. Las documentales privadas, consistentes en los anexos doce y trece, mismas que se exhiben mediante mi escrito inicial de demanda y que han quedado debidamente detallados... 5. La documental pública, (*sic*) consistente en el anexo catorce, mismo que

se exhibe mediante mi escrito inicial de demanda y que ya ha quedado debidamente detallado... 6. Las documentales privadas, consistentes en los anexos quince, dieciséis y diecisiete, mismas que se exhiben mediante mi escrito inicial de demanda y que han quedado debidamente detallados... 7. La documental pública, (*sic*) consistente en el informe que rinda el Instituto Mexicano del Seguro Social con respecto al hoy demandado señor DAVID... 10. La documental publica (*sic*) consistente en el expediente medico, (*sic*) incluyendo todo tipo de estudios realizados a la suscrita AMÉRICA, expediente que deberá ser remitido a su señoría por el Instituto Mexicano del Seguro Social, pues la suscrita ostenta el número (*sic*) de afiliación o el número (*sic*) de asegurado de identidad 00000000. 11. La documental publica (*sic*) consistente en el expediente medico, (*sic*) incluyendo todo tipo de estudios realizados a la suscrita AMÉRICA, expediente que deberá ser remitido a su señoría por el Hospital XXX de XXXX, dependiente de la Secretaría de Salud, en el que se me asigno (*sic*) el número (*sic*) de expediente de la Secretaria (*sic*) de Salud, en el que se me asigno (*sic*) el número (*sic*) de expediente 000000, pues la suscrita ha continuado en tal lugar el tratamiento de mi incapacidad física... 12. La documental pública (*sic*) consistente en el informe que rinda la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, con respecto al hoy demandado... en dicho informe la autoridad de (*sic*) bancaria, antes nombrada, nos deberá decir: *a*). Si la cuenta bancaria aperturada en el XXXX de XXXX, S. A., bajo el número (*sic*) 00000000000 se encuentra a nombre del señor DAVID. *c*) El estado y monto que guarda, a la fecha, la cuenta bancaria aperturada en el Banco XXX, S. A., bajo el número (*sic*) 00000000000 a nombre del señor DAVID. *d*) Si la cuenta bancaria aperturada en el Banco XXX, S. A., bajo el número (*sic*) XXX 00000000000 y con número de chequera asociada 00-0000-00000-0, se encuentra a nombre del señor DAVID. *e*) Los montos que ostenta la cuenta bancaria aperturada en el Banco XXX, S. A., bajo el número (*sic*) XXX00000000000 y con número de chequera asociada 00-0000-00000-0 a nombre del señor DAVID, del mes de XXX del año XXXX al mes de XXX del año XXXX. *f*) El estado y monto que guarda, a la fecha, la cuenta bancaria aperturada en el Banco XXXX, S. A., bajo el número (*sic*) XXX

000000000000 y con número de chequera asociada 00-0000-00000-0, a nombre del señor DAVID. g) Si las cuentas bancarias aperturadas en el Banco XXX, S. A., bajo los números 000000000000 y 000000000000, se encuentran a nombre del señor DAVID. h) Los montos que ostentan las cuentas bancarias aperturadas en el Banco XXX, S. A., bajo los números 000000000000 y 000000000000, a nombre del señor DAVID, del mes de XXX del año XXXX al mes de XXX del año XXXX. i) El estado y monto que guardan, a la fecha, las cuentas bancarias aperturadas en el Banco XXXX, S. A., bajo los números 000000000000 y 000000000000, a nombre del señor DAVID. j) Si el hoy demandado, DAVID, tiene otras cuentas bancarias en las Instituciones Bancarias que existen en nuestro país, los números de cuenta, los bancos, si están vigentes y los montos que existen o existieron en dichas cuentas, en su caso. 13. La instrumental de actuaciones... 14. La presuncional en su doble aspecto legal y humana.....

Asimismo consta en autos que en escrito de XX de XXX de XXXX, DAVID dio contestación a la demanda instaurada en su contra, y al dar contestación a los hechos uno, tres, cuatro y cinco manifestó lo siguiente:

1. Se acepta parcialmente el correlativo que se contesta únicamente en lo que refiere a la relación de concubinato que tuve con la C. AMÉRICA hasta el XX de XXX del XXXX, día en el que la misma no solo abandono (*sic*) injustificadamente el domicilio concubinal, sino que valiéndose del precario estado de salud del suscrito, y del efecto sedante de un medicamento administrado por la misma actora, sacó todas sus pertenencias, así como pertenencias del suscrito como alhajas, aparatos electrónicos, títulos de crédito (pagarés) y una camioneta propiedad del suscrito... Se niega en lo que refiere que se hacía cargo de mis negocios, pues los mismos no existen en virtud de que como principio tangible soy una persona discapacitada, que tal y como he tenido a bien manifestar ante su señoría percibo lo que me corresponde por una incapacidad permanente total (100%) por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social pues padezco una lesión medular a nivel

T7 desde el mes de XXX de XXXX y el monto mensual de dicha pensión es de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 MN)... 3. Se acepta parcialmente el correlativo que se contesta...SE NIEGA que la actora AMÉRICA se haya encargado de la administración "de mis actividades de comisionista, de mis bienes muebles, inmuebles y cuentas bancarias", resultando lo anterior totalmente falso y absurdo pues como principio tangible la actora es omisa en manifestar comisionista de que, dejándome en total estado de indefensión...Lo cierto es que en el mes de XXX del XXXX el suscrito tuve un accidente automovilístico...con la subsecuente pérdida de una de mis piernas, motivo por el cual al estar en estado delicado de salud otorgue (*sic*) el poder para pleitos y cobranzas a la actora AMÉRICA en conjunto con mi hermana CLAUDIA pues debido a lo mismo, y previniendo alguna situación en la que tuviera que vender alguno de los vehículos de mi propiedad o para efectos del seguro de vida (mismo que amparaba la pérdida de un miembro) se tuviese que realizar algún trámite que no pudiera llevar a cabo en forma personal debido a mi estado de salud...Asimismo es falso... en el sentido de que al hacerse cargo de la administración "de mis actividades de comisionista" (misma que omite especificar) haya hecho prosperar a tal grado la economía del suscrito...Desconociendo la razón o el origen de la cantidad manifestada por la actora AMÉRICA... Se niega lo argumentado por la actora en el sentido de que soy propietario de todos los bienes inmuebles a que refiere la misma... 4.... Se niega el correlativo que se contesta en virtud de que los padecimientos que dice tener la actora AMÉRICA no tienen nada que ver con lo que manifiesta, pues afortunadamente siempre he contado con el apoyo de mis sobrinos para tales efectos, mismos que en su oportunidad acompañaban a la actora...5. Se niega totalmente lo que refiere en el sentido de que el suscrito ejecute (*sic*) conductas de violencia familiar en contra de la actora pues dentro de la averiguación previa XXX-0X0/000/00-00 por el delito de abuso sexual ya ha sido enviada al archivo en fecha XX de XXX del XXX con número de folio XXX al decretarse el no ejercicio de la acción penal... Ahora bien en lo que respecta a la denuncia XXXX/00/X0/000/00-00 por el delito de violencia familiar, la misma se encuentra en determinación...". Y ofreció como pruebas "1. La documental

pública. consistente en copia certificada de las actuaciones que conforman la indagatoria denunciada XXX-0X0/000/00-00 por el delito (*sic*) de violencia familiar, radicada en la Fiscalía de Procesos en Juzgados Familiares Agencia Investigadora sin Detenido Unidad Investigadora Tres... 2. La documental privada, consistente en el (*sic*) la cesión de derechos celebrada con el C. DAVID sobre el inmueble ubicado en la calle de XX número XX departamento XXX-X colonia XX delegación XXX de fecha XX de XXX del XXXX, documental que tengo a bien anexar al presente escrito... 3. La documental privada. consistente en el contrato privado de compraventa celebrado con la señora LAURA respecto del inmueble ubicado en avenida del XXX número X departamento X-X colonia X, delegación XX... 4. La documental pública, consistente en el informe que rinda la Coordinación de Auxiliares de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal respecto de la averiguación previa XXX-0X0/000/00-00 por el delito de abuso sexual misma que ha sido enviada al archivo en fecha XX de XXX del XXX con número de folio XXX al decretarse el no ejercicio de la acción penal... 5. La documental pública consistente en oficio original de fecha XX de XXX del XXXX con número de folio 0000XXX dirigido a la actora AMÉRICA, de parte de la oficina de Martha, en el que se lee: "...solicita se le brinde ayuda psicológica para superar el problema familiar que enfrentó (*sic*)... a la Secretaría de Salud donde se le brindará la atención...", firmado por el licenciado Omar secretario particular, con lo cual se acreditará que la actora AMERICA tiene problemas psicológicos desde hace mucho tiempo y dicho problema le lleva a tener conductas erráticas que desafortunadamente perjudican su relación con las personas de su entorno... 6. La documental pública, consistente en informe que rinda el Instituto Mexicano del Seguro Social respecto del suscrito, informando el monto de la pensión por concepto de incapacidad permanente total que me es depositado cada mes... 7. La documental pública, consistente en informe que rinda la Unidad de Medicina Familiar número XX del Instituto Mexicano del Seguro Social, respecto a los padecimientos que tengo el suscrito, de mi estado de salud actual... 8. La documental pública, consistente en original del oficio en el que se me informa que la averiguación previa XXX-0X0/000/00-00 por el delito

de robo agravado en pandilla en el que aparece como probable responsable la actora AMÉRICA en fecha XX de XXX del XXXX se turnó para su consignación a la Dirección de Consignaciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, probanza que servirá para acreditar que cuando la actora abandonó (*sic*) injustificadamente el domicilio concubinal... 9. La confesional a cargo de la actora AMÉRICA... 10. La testimonial a cargo de los señores CLAUDIA y JESÚS... 12. La instrumental de actuaciones... 13. La presuncional en su doble aspecto legal y humana....

Seguidas las etapas procesales, se dictó la sentencia definitiva, materia del presente recurso de apelación.

Sentado lo anterior, diremos a la recurrente no asistirle la razón, toda vez que de la lectura de la prestación marcada con el inciso *c*), se advierte que está solicitando el pago de una indemnización por incapacidad permanente sufrida durante el concubinato que sostuvo con el demandado, lo que la imposibilita laborar, con base en lo establecido por la Ley Federal del Trabajo, sin embargo de constancias de autos, no se advierte que las partes hayan tenido una relación obrero-patronal para que pueda reclamar dicha prestación, incluso esta Alzada no tiene facultades para pronunciarse de una relación laboral, por tanto dicha prestación es inatendible.

Además debe señalarse a la apelante que al existir entre las partes una relación de concubinato, ambas partes tienen derechos y obligaciones inherentes a la familia, atento a lo dispuesto por el artículo 291 *Ter* del código civil, por tanto, ambos se debían consideraciones propias y socorrerse mutuamente, atento a lo establecido en los artículos 162 y 168 del código civil, de ahí que los cuidados que la apelante le haya proporcionado al demandado, es una consideración que nació del concubinato, por la discapacidad que DAVID tiene y que incluso al momento en que se unió en concubinato con el apelado era del conocimiento de la recurrente.

Además del informe que rindió el Hospital XXX de XXX, de fecha XX de XXX de XXXX, sólo se advierte que a la apelante se le realizaron estudios radiológicos (dos resonancias magnéticas), y que el diagnóstico fue el siguiente: "diagnóstico de envío: hernia discal C5-C6", sin que del informe se advierta que por dicho diagnóstico la apelante esté imposibilitada para laborar y menos aun quedó demostrado que la hernia discal C5-C6, que le fue diagnosticada haya sido por causas imputables al demandado, esto es, por los cuidados personales que la recurrente le proporcionó al apelado (bañarlo, cambiarlo, medicarlo, trasladarlo de su silla de ruedas a la cama o al baño), pues de las pruebas ofrecidas por la apelante consistentes en la prueba confesional ofrecida a cargo de DAVID tendientes a demostrar que recibió de la apelante cuidados personales, éste las negó, asimismo, las pruebas documentales ofrecidas por la apelante en su escrito inicial de demanda, tampoco le son favorables para demostrar que debido a la hernia discal que tiene, esté imposibilitada para laborar, pues los anexos uno a cinco, son recibos de Luz y Fuerza del Centro, y solicitud de energía eléctrica, el anexo seis, es la credencial para votar con fotografía a nombre de la apelante, el anexo siete, es el acta de matrimonio del apelado con su anterior esposa y con la cual sólo queda demostrado que con fecha XX de XXX de XXXX, se ordenó la disolución del vínculo matrimonial que unía al ahora demandado con MARÍA; el anexo ocho, es una sentencia definitiva de fecha XX de XXX de XXXX, con la cual sólo se acredita que la ahora apelante se divorció de ABRAHAM, el anexo nueve, es un poder para pleitos y cobranzas, el anexo diez es el alta de la apelante al Instituto Mexicano del Seguro Social como beneficiaria del apelado y el anexo once, es copia simple de solicitud de estudios de rayos X e imagenología del Hospital XXX de XXXX, por tanto, como ya se dijo con dichos documentos no demostró que se encuentra imposibilitada para laborar.

Máxime que esta Alzada no es perito en materia de medicina para determinar que debido a la hernia discal C5-C6 que tiene la apelante esté imposibilitada para laborar y menos aun para determinar que fue por causas imputables al apelado. De ahí lo infundado del agravio.

El segundo agravio expresado por la recurrente, también deviene de infundado por lo siguiente:

En primer término, habremos de precisar que la jueza se ajustó a derecho al declarar improcedente la prestación solicitada por la actora en el inciso *d)* del escrito inicial de demanda consistente en “*d)*. El pago de la retribución prevista en el artículo 216 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, en virtud de que dada la incapacidad física del hoy demandado, la suscrita en forma temporal se dedico (*sic*) ha (*sic*) administrar los bienes de dicho demandado los cuales, gracias a la suscrita, llegaron ha tener en conjunto la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M. N.) entre bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancarias”, por lo siguiente:

Los artículos 172, 216 del código civil, disponen:

ARTÍCULO 172. Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

ARTÍCULO 216. En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten; pero si uno de los cónyuges, por ausencia o impedimento del otro, se encarga temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia y al resultado que produjere.

Ahora bien, en términos de lo dispuesto por el artículo 281 del código de procedimientos civiles, a la actora le correspondía demostrar los hechos constitutivos de sus pretensiones, lo que no hizo. Se afirma lo anterior, porque la actora en el hecho tres de su escrito inicial de demanda manifestó lo siguiente:

... 3. Pongo en conocimiento de su señoría que el ahora demandado es una persona con discapacidad o capacidades diferentes, ya que padece una parálisis psicodinámica, (*sic*) de las denominadas ABASIA-ASTASIA, es decir, que tiene perdida (*sic*) de la motricidad pues no puede andar ni ponerse de pie; lo anterior le producía periodos durante los cuales no podía hacerse cargo de sus actividades por lo que la suscrita se encargaba de llevar la administración de sus actividades de comisionista, de sus bienes inmuebles, muebles y cuentas bancarias, por ello en fecha XX de XXX del año XXXX decidió otorgar un poder para pleitos y cobranzas... fecha desde la cual me hice cargo de la administración de sus actividades de comisionista, de sus bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancarias, actividad que realice (*sic*) hasta el día XX de XXX del año XXXX; cabe aclarar que cuando recibí la administración de sus actividades de comisionista, des (*sic*) sus bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancarias, el hoy demandado contaba con un monto aproximado de \$0,000.000.00 (XXXX de pesos 00/100), y para cuando deje (*sic*) la administración de que se habla hicimos cuentas y de la administración de sus actividades de comisionista, des (*sic*) sus bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancaria resulto (*sic*) que le entregue (*sic*) un monto total de \$0,000,000.00 (XXXX pesos 00/100 M. N.)...

Ahora bien, atento a lo dispuesto por el artículo 172 del código civil, aplicado por analogía, el apelado al ser concubino mayor de edad, tienen capacidad para administrar sus bienes propios, sin que para tal objeto necesite uno de los concubinos el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes

comunes, y de constancias de autos no quedó demostrado que los concubinos hayan adquiridos bienes en común.

Además de que tampoco se da el supuesto de la norma contenido en el artículo 216 del código civil, pues la apelada omitió demostrar atento a lo dispuesto por el artículo 281 del código de procedimientos civiles: Que el demandado haya estado ausente o impedido para administrar sus bienes; que, dada la discapacidad del apelado, no se haya podido hacer cargo de la administración de sus bienes; pues con el poder general para pleitos y cobranzas exhibido por la apelante, no queda demostrado que el apelado le haya dejado la administración de sus bienes, pues dicho poder no contiene cláusula especial para administrar bienes muebles, inmuebles o cuentas bancarias, asimismo de la prueba confesional ofrecida a cargo del demandado, de las posiciones tendientes a demostrar que el apelado es comisionista y que la recurrente le administró sus bienes muebles, inmuebles y cuentas bancarias, el apelado las negó, y si bien la hoy recurrente, refirió que cuando recibió la administración de las actividades de comisionista, de los bienes inmuebles, bienes muebles y cuentas bancarias, el hoy demandado contaba con un monto aproximado de \$0,000.000.00 (XXX de pesos 00/100), y cuando dejó la administración le entregó un monto total de \$0,000,000.00 (XXXX pesos 00/100 M. N.); de constancias de autos no quedó demostrado que el demandado haya sido comisionista; tampoco quedó demostrado los bienes muebles o inmuebles que la apelante dice administró del demandado, de qué forma administró dichos bienes muebles o inmuebles a fin de acrecentar el patrimonio del apelado; tampoco quedó demostrado qué cantidad de dinero tenía el demandado en sus cuentas bancarias al momento en que afirma le dio la administración de sus cuentas bancarias, ni de qué forma administró las cuentas bancarias del apelado, a fin de acrecentar la cantidad de dinero afirma tenía el apelado en sus cuentas bancarias al momento en que le dejó la administración de las cuentas bancarias, además,

de los informes rendidos por las instituciones bancarias Banco XXX, S. A., y Banco XXX, no quedó demostrado que al momento en que afirma la recurrente dejó la administración de los bienes del apelado (XX de XXX de XXXX), el apelado haya tenido la cantidad de \$0,000,000.00 (XXXX pesos 00 / 100 M. N.) en sus cuentas bancarias. Máxime que las cuestiones patrimoniales no atañen al concubinato. De ahí lo infundado del agravio.

Así también, la jueza se ajustó a derecho al declarar improcedente la prestación *e)* solicitada por la apelante en su escrito inicial de demanda consistente en

...*e*). El pago de la compensación, del 50% del valor de los bienes adquiridos durante el concubinato que sostuve con el hoy demandado, a que se refiere la fracción VI del artículo 267 del Código Civil, vigente para el Distrito Federal, en virtud de que la suscrita se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado del hoy demandado....

Lo anterior es así, porque los artículos 291 *Ter* y 291 *quáter* del código civil rigen:

ARTÍCULO 291 *Ter*. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

ARTÍCULO 291 *Quáter*. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

El concubinato y el matrimonio son instituciones jurídicas distintas, y la legislación civil aplicable no prevé disposiciones expresas para determinar la existencia de un régimen patrimonial dentro del concubinato; por tanto, no señala fórmulas para la liquidación de los bienes que se aporten al concubinato, pues atento a lo dispuesto por el artículo 291

quáter del código civil, sólo aplican con relación a los nexos que derivan de esa unión, los alimentos y los derechos hereditarios; por ende, no son aplicables al concubinato las disposiciones relativas al matrimonio en tratándose de su disolución y liquidación, ante la inexistencia de un régimen patrimonial en tal institución reconocida como unión voluntaria.

Y si bien, el numeral 291 *Ter* del código civil establece que “todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia regirán al concubinato”, no implica la incorporación de regímenes patrimoniales que sólo se prevén dentro del matrimonio civil, en que las partes formulan capitulaciones matrimoniales y disponen la forma de administrar y constituir el régimen patrimonial que elijan. Por ende, la liquidación de bienes que se plantee con motivo de la terminación de un concubinato no procede conforme a cierto régimen patrimonial, atento a que las disposiciones relativas al matrimonio, con relación a la liquidación de dicho régimen, porque no pueden ser aplicables al concubinato, institución en la que no hay un régimen patrimonial reglamentado.

Por ende, no es posible incorporar derechos no reconocidos legalmente al concubinato, precisamente porque los preceptos que se refieren a la liquidación del patrimonio en un matrimonio civil sólo aplican a ese acto jurídico, pero no son incorporables, al concubinato. De ahí que al concubinato no le son aplicables las normas del patrimonio correspondientes al matrimonio, si el legislador no lo estableció así expresa y formalmente.

Por tanto, los bienes adquiridos pertenecen a quien aporte pruebas de su propiedad, porque el matrimonio y su régimen, como la sociedad conyugal y su aspecto patrimonial, no son compatibles con el concubinato, pues, se reitera, a dicha institución no aplican las disposiciones del matrimonio en orden con el régimen patrimonial en cita.

De ahí que la jueza se ajustó a derecho al sustentar su resolución en la jurisprudencia por contradicción del rubro: “CONCUBINATO. COMO NO

EXISTE RÉGIMEN PATRIMONIAL DENTRO DE ESTA FIGURA JURÍDICA, CUANDO SE PLANTEA LA LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES INCORPORADOS O ADQUIRIDOS EN DICHA RELACIÓN, ÉSTA NO SE RIGE POR NINGUNO DE LOS REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)”. Porque es de aplicación obligatoria atento a lo dispuesto por el artículo 217 de la Ley de Amparo.

De ahí que dicho motivo de inconformidad sólo es una apreciación subjetiva de la apelante que no puede impedir la aplicación de la contradicción de tesis. Sirve de apoyo las siguientes jurisprudencias y tesis:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. RESULTA INNECESARIO SU ANÁLISIS, CUANDO SOBRE EL TEMA DE FONDO PLANTEADO EN LOS MISMOS YA EXISTE JURISPRUDENCIA. Resultan inoperantes los conceptos de violación y, por ende, innecesario su análisis, en los que en relación con el fondo del asunto planteado en ellos, ya existe jurisprudencia que es obligatoria en su observancia y aplicación para la autoridad responsable, que la construye a resolver en el mismo sentido fijado en esa jurisprudencia, por lo que, en todo caso, con su aplicación se da respuesta integral al tema de fondo planteado; luego, si esa jurisprudencia es contraria a los intereses de la quejosa, ningún beneficio obtendría ésta el que se le otorgare la protección constitucional para que el tribunal de apelación estudiara lo planteado en la demanda, así como en los agravios que se hicieron valer en relación con el tema de fondo que es similar al contenido en dicha jurisprudencia, pues por virtud de su obligatoriedad, tendría que resolver en el mismo sentido establecido en ella. Época: Décima Época, Registro: 2012829, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 35, octubre de 2016, tomo IV, materia(s): Común, tesis: XVII.1o.C.T. J/9 (10a.), página: 2546.

CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES IMPROCEDENTE CUANDO EXISTE JURISPRUDENCIA TEMÁTICA, QUE RESUELVE EL MISMO TEMA. Si se configura una contradicción de tesis y existe jurisprudencia temática emanada de otro asunto de la misma naturaleza que resuelve

el tema central a dilucidar en aquélla, en tanto que las legislaciones aplicadas en los asuntos correspondientes contienen identidad de texto, tal circunstancia hace innecesario examinar el fondo del asunto y lleva a declarar improcedente la denuncia relativa. Época: Novena Época, Registro: 163385, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXII, diciembre de 2010, Materia(s): Común, tesis: 2a./J. 182/2010, página: 293.

El tercer agravio expresado por la recurrente, también deviene de infundado por lo siguiente:

El artículo 311 del código civil señala:

ARTÍCULO 311. Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos...

Ahora bien, de las constancias remitidas por la juez y que esta Alzada tiene a la vista, sólo quedó demostrado que el apelado percibe por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, una pensión mensual por riesgo de trabajo por la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00 / 100 M.N.), de ahí que la juez se ajustó a derecho al fijar la pensión alimenticia definitiva a favor de la recurrente en los términos que lo hizo.

Lo anterior es así, porque —como ya se dijo— no quedó demostrado que el apelado sea comisionista, pues de la prueba confesional ofrecida por la recurrente a cargo del apelado, de las preguntas tendientes a demostrar que el demandado es comisionista, éste las negó, asimismo, la actora omitió exhibir documento alguno con el cual demuestre que el apelado tiene bienes inmuebles, ni mucho menos aportó prueba alguna con la cual demuestre que el demandado perciba ingresos por bienes inmuebles de su propiedad.

Asimismo del informe que rindió la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, con fecha XX de XXX de XXXX, se advierte que las instituciones bancarias XXX, XXX, XXX y XXX, señalaron que el apelado canceló sus cuentas bancarias, por tanto, en el momento en que se fija la pensión alimenticia no quedó demostrado que el demandado tenga ingresos superiores a los que percibe por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social; asimismo del informe rendido por la institución bancaria XXX, ésta reportó un saldo en ceros, y del informe que rindió la institución bancaria XXXX de fecha XX de XXX de XXXX, sólo se advierte que tiene un saldo de \$000.00 (XX pesos 00/100 M.N.), además que es en esta institución bancaria donde el Instituto Mexicano del Seguro Social, le deposita al apelado la pensión mensual por riesgo de trabajo, por tanto, no quedó demostrado que el apelado percibe ingresos por la actividad de comisionista ni que reciba intereses de sus cuentas bancarias ni mucho menos que obtenga ingresos por bienes inmuebles de su propiedad. Máxime que la apelante no expresó agravio alguno tendiente a manifestar que la pensión alimenticia definitiva que se le fijó sea insuficiente para cubrir sus necesidades alimentarias. De ahí lo infundado del agravio.

V. El demandado DAVID, expresó como agravios los que se encuentran a fojas cincuenta y dos a cincuenta y cinco del presente toca, los que se tienen por reproducidos en este espacio como si se insertasen a la letra en obvio de repeticiones innecesarias.

VI. DAVID señaló como agravios, en síntesis:

PRIMERO: Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la jueza omitió realizar un adecuado estudio de las denuncias XXXXX/00/X0/000/00-00 por el delito de violencia familiar y XXXXX/00/X0/000/00-00 por el delito de abuso sexual presentadas por AMÉRICA en contra del apelante. Que dichas denuncias se encuentran sub judices, porque en una se determinó el no ejercicio de la acción penal, y en

la otra se AMÉRICA, se inconformó, por tanto, está pendiente su resolución. Que la juez se abstuvo de realizar un adecuado análisis de dichas documentales públicas que obran en el expediente. Que se violentó el contenido del artículo 320 fracción III del código civil. Que la injuria consiste en el ánimo de agraviar, ofender o deshonrar a otro. Que en el presente asunto, se violentó la reputación del apelante, al presentar la apelada, las denuncias penales por los delitos de violencia familiar y abuso sexual. Que el legislador sancionó el acreedor que comete actos de ingratitud, injurias u ocasiona daños graves al deudor, privándole del derecho para exigir alimentos de aquél. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la juez hizo caso omiso de dichas documentales. Que en el presente asunto existe una causal de improcedencia para el otorgamiento de la pensión alimenticia a favor de AMÉRICA, en virtud de la existencia de injurias graves en contra del apelante. Que la conducta de la apelada constituye vejación, menoscabo, ultraje y ofensa en contra de la mutua consideración y respeto para humillar y despreciar al apelante con el fin de causarle un menoscabo ante la sociedad en su reputación.

SEGUNDO. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la juez omitió realizar un adecuado estudio de las constancias que obran en el expediente. Que la juez no consideró la discapacidad que padece el apelante. Que la sentencia definitiva apelada le causa agravio, porque la juez condenó al apelante al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de AMÉRICA, consistente en el veinte por ciento de los ingresos que obtiene como pensionado ante el Instituto Mexicano del Seguro Social. Que la apelada tiene plenitud física para realizar un trabajo remunerado, mientras que el apelante no. Que se violentó el contenido del artículo 311 del código civil. Que la pensión alimenticia definitiva debió fijarse en base al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades reales del deudor.

El primer agravio expresado por el apelante es infundado para modificar o revocar la sentencia definitiva apelada por lo siguiente:

El artículo 320 del código civil señala: "Se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguien-

tes causas: I...; II...; III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos...". El apelante señala que la actora se colocó en el supuesto de la norma contenida en la fracción III del artículo 320 del código civil, porque lo denunció y acusó calumniosamente por supuestos delitos de abuso sexual y violencia familiar y que por ello se violentó la reputación del apelante.

Ahora bien, el artículo 320 del código civil, al no haber determinado y precisado las injurias graves inferidos por el acreedor alimentista, contra el que debe pagar los alimentos, y que sean causa de la cesación de la obligación de suministrarlos, es evidente que deja esta apreciación al juez, por tanto, para que procediera dicha excepción, era necesario que el apelante acreditara plenamente su excepción mediante pruebas que produzcan en el juzgador la convicción necesaria para tenerla por acreditada, ya que de no tener a su alcance los elementos valorativos de juicio para calificar la gravedad de las injurias, se encontraría imposibilitado para ello, lo que sucedió en el presente asunto, pues el concepto de injuria varía según las circunstancias y el contexto social de las personas, de acuerdo con su cultura, ya que las mismas palabras pueden considerarse como injurias en determinados círculos sociales y pueden no serlo en otros; además para que se actualice la figura de injurias graves, resulta necesario que la conducta de uno de los cónyuges implique vejación, menosprecio, ultraje u ofensa para el otro. Por tanto, al no haber ofrecido el apelante prueba alguna con la que demuestre que derivado de las denuncias penales de la apelada, dicha conducta hubiera tenido la intención de causar las consecuencias de despreciar y causarle un menosprecio al apelante ante la sociedad en su reputación que sólo enuncia de manera general, por tanto, no se puede calificar la gravedad de la injuria que aduce el recurrente, pues sólo deben considerarse dichas denuncias penales como el ejercicio de un derecho de la

apelada, por lo que este cuerpo colegiado estima que no se encuentra en el supuesto de la fracción III del artículo 320 del código civil local. De ahí lo infundado del agravio.

El segundo agravio expresado por el apelante, también deviene de infundado por lo siguiente.

El artículo 288 del código civil aplicado por analogía señala:

ARTÍCULO 288. En caso de divorcio, el juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes; tomando en cuenta las siguientes circunstancias: I. La edad y el estado de salud de los cónyuges; II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo; III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia; IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor....

Ahora bien, atento a dicho precepto legal, la jueza se ajustó a derecho al fijar a la apelada por concepto de pensión alimenticia definitiva, el veinte por ciento de los ingresos que percibe el apelado del Instituto Mexicano del Seguro Social de la pensión mensual por riesgo de trabajo, pues al recurrente le queda el 80% (ochenta por ciento) de sus percepciones para cubrir sus necesidades alimentarias, por tanto, no se deja en estado de insolvencia al apelante ni tampoco se pone en riesgo su seguridad ni integridad, pues la pensión alimenticia se fijó atento a lo dispuesto por el artículo 288 del código civil aplicado por analogía, pues se tomó en cuenta el estado de salud de las partes, del que se advierte que el recurrente es una persona con discapacidad, que no puede laborar y que percibe una pensión del Instituto Mexicano del Seguro

Social, por la cantidad de \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.), mientras que la apelada tiene una hernia C-5, C6, sin que de constancias de autos haya quedado demostrado que dicha hernia le impida laborar, que de constancias de autos se advierte que la apelada no labora, que tiene XX años (audiencia confesional), por tanto puede acceder a un empleo que el concubinato tuvo una duración de XX años XX meses, que se tiene la presunción que durante el concubinato se dedicó al hogar y que la apelada sólo se va a dedicar a ella al no haber tenido hijos en común, que de constancias de autos, no quedó demostrado que la apelada haya colaborado en algún trabajo de las actividades del concubino (pues no quedó demostrado que haya sido comisionista, ni que haya administrado bienes muebles, inmuebles y cuentas bancarias del apelante), y que de constancias de autos no quedó demostrado que la apelada obtenga medios económicos y que si bien el apelante lo refirió en su escrito de fecha XX de XXX de XXXX, que sus necesidades ascienden aproximadamente a \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), mensuales, por gastos de vivienda, alimentación, vestido, médicos y de transporte, también lo es que en escrito de fecha XX de XXX de XXXX, señaló que percibe ayuda de sus hijos, hermanos y demás familiares, que oscilan entre los \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.) y los \$0,000.00 (XXX pesos 00/100 M.N.), de ahí que al contar con el apoyo de sus familiares puede cubrir sus demás necesidades alimentarias como lo ha venido haciendo. Por su parte, la apelada si bien refirió que sus necesidades ascienden a \$00,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.), no se puede fijar una pensión alimenticia superior al 20% (veinte por ciento que la juez fijó, porque los ingresos del deudor alimentario sólo ascienden a la cantidad de \$0,000.00 (XXXX pesos 00/100 M.N.) mensuales, por tanto, la juez se ajustó a derecho al fijar la pensión alimenticia en los términos que lo hizo. Máxime que la apelada refirió que vive con sus padres, su hija, su hermana y que ellos son los que cubren todos los gastos del domicilio

en que habita, por tanto sus necesidades son menores. De ahí lo infundado del agravio.

VII. Al no estar el presente caso dentro de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 140 del código de procedimientos civiles, no se hace condena en costas por la tramitación del presente recurso de apelación.

Por todo lo expuesto, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Son infundados los agravios expresados por ambas partes; en consecuencia:

SEGUNDO. Se confirma la sentencia definitiva apelada.

TERCERO. No se hace condena en costas en esta instancia.

CUARTO. Notifíquese y remítase testimonio de esta resolución debidamente autorizada al juzgado de su origen y en su oportunidad archívese el toca como asunto total y definitivamente concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron y firman los CC. Magistrados integrantes de la Tercera Sala Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia, Manuel Díaz Infante, José Cruz Estrada y Adriana Canales Pérez, en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica de este Tribunal, ante el C. Secretario de Acuerdos, licenciado Luis Alberto Ramírez Garcén, quien autoriza y da fe.

MATERIA PENAL

**NOVENA SALA PENAL EN FUNCIONES DE TRIBUNAL
DE ALZADA DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO
DE LA CIUDAD DE MÉXICO**

PONENTE RELATOR:

MGDO. JORGE PONCE MARTÍNEZ

Recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial del imputado, contra la negativa de abrir el procedimiento abreviado emitida por el Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México, por el delito de robo calificado.

SUMARIO: INGRESOS ANTERIORES DEL IMPUTADO. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Aun cuando el artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales no incluya el informe relativo oficial sobre anteriores ingresos del imputado dentro de los requisitos de procedencia, es evidente que un procedimiento de carácter abreviado parte de la base de que exista certidumbre de que el imputado esté enterado de las consecuencias derivadas del mismo —tal y como se infiere incluso de lo dispuesto por el artículo 17 constitucional—, por lo que la disposición del tercer párrafo del numeral 202 del propio código adjetivo nacional constituye un presupuesto que debe satisfacerse para la tramitación del procedimiento de que se trata, en tanto señala: “Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso... el Ministerio Público

podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos dolosos y hasta dos terceras partes de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa". De donde se desprende que es necesaria la información acerca del registro oficial sobre condenas anteriores del sujeto para determinar las proporciones de disminución de la penalidad (como consecuencia inherente al procedimiento abreviado), ello con independencia de lo señalado por el Juez de Control acerca de que tal información también resulta indispensable para establecer la eventual procedencia o negativa de sustitutivos o beneficios penales en la sentencia correspondiente.

En la Ciudad de México, XX de XXX de XXXX, la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México pronuncia sentencia en el toca X-XX 00/0000, relacionado con el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial del imputado JOSÉ, contra la negativa de abrir el procedimiento abreviado de XX de XXX del año XXXX, emitida por Ricardo Ojeda Gándara, Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México, en relación con la carpeta 000/0000/0000, por el delito de robo calificado en agravio de la empresa denominada XXXXX.

Al apelar tal resolución, la defensa de JOSÉ presentó escrito de expresión de agravios. Con dicho documento se corrió traslado a las partes, en términos del penúltimo párrafo del artículo 471 del Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo que, en su momento, el licenciado agente del Ministerio Público presentó su respectivo escrito de contestación. Recibidos los registros en este Tribunal de Alzada se integró el toca X-XX 00/0000, determinándose que el recurso se resolvería unitariamente, por el magistrado Jorge Ponce Martínez, conforme al numeral 248, *in fine*, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Una vez admitido el recurso, el tribunal se reservó

para resolver por escrito dentro del plazo correspondiente en términos del artículo 478 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

CONSIDERANDO:

I. Conforme a lo dispuesto por los artículos 122, párrafos segundo y quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 133, fracción III, del código nacional de procedimientos penales; 44, fracción I, y 248, *in fine*, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, esta Sala es competente para conocer unitariamente de la presente apelación, cuya finalidad está señalada en el párrafo primero del artículo 479 del código adjetivo penal nacional que, al referirse a la sentencia mediante la cual se resuelva la apelación, señala: "...confirmará, modificará o revocará la resolución impugnada, o bien ordenará la reposición del acto que dio origen a la misma

II. Del análisis al video X_0000, correspondiente a la audiencia celebrada el XX de XXX del año XXXX, ante el Juez de Control, Ricardo Ojeda Gándara, respecto de la solicitud de la fiscalía en el sentido de que se autorice el procedimiento abreviado relacionado con la carpeta judicial 000/0000/0000, respecto de JOSÉ, es importante destacar lo siguiente: abierta la audiencia por parte del Juez de Control, la fiscalía formuló acusación exponiendo para tal efecto el segmento fáctico y clasificación jurídica del hecho, sustentando su acusación con datos de convicción, de la cual resulta necesario hacer la transcripción para una mejor comprensión, a partir del minuto 11:57:12, lo que (*sic*) continuación se señala:

... Ministerio Público: (11:57:12) Con la entrevista del denunciante, Señoría, usted prefiere que únicamente los enuncie si no hay ningún inconveniente por las partes (11:57:20).

Juez: ¿No sé, la licenciada? (11:57:22).

Defensa: No, su Señoría, en virtud de que estoy debidamente impuesta de la carpeta (11:57:56).

Juez: ¿Y sí va a reiterar lo que ya nos dijo? (11:57:30).

Ministerio Público: ¡Exactamente!, es del mismo segmento *fáctico*. (11:57:32).

Juez: Ok, si va aportar un dato novedoso sería pertinente (11:57:39).

Ministerio Público: (11:57:41) Ok bueno, tenemos la entrevista del denunciante SILVESTRE, que como ya escuchamos, se desprende el propio segmento fáctico; entrevista de los policías captores, ÓSCAR y JOEL, de la Secretaría de Seguridad Pública, que en la parte conducente manifestaron la manera en que llevaron a cabo la captura del hoy acusado; el certificado de estado físico del denunciante SILVESTRE, a quien se concluyó que las lesiones que presentó tardan en sanar menos de quince días; el informe policial homologado por parte de los policías captores; el informe de SIPOL, en el que se aprecia que el hoy acusado no cuenta con registros de indagatorias anteriores; el informe rendido por la policía de investigación en el que ,de igual manera, nos advierte que no cuenta con órdenes judiciales pendientes por cumplimentar el hoy acusado; la opinión pericial en materia de valuación rendida por el experto en la materia JOSÉ, de fecha XX de XXX de XXXX, respecto de dos botellas de bebida de la marca XXX de 275 ml, sabor manzana verde y mango durazno, con valor de mercado de XX pesos, una botella vacía y rota de vodka de la marca XXXX con un valor de mercado de XX pesos, el valor total del mercado serían XX pesos; la fijación fotográfica de seis impresiones fotográficas por parte del perito JORGE, donde fija los objetos materia del apoderamiento; el informe rendido por el policía de investigación VERÓNICA, respecto de la inspección de los objetos anteriores; la opinión pericial en materia de criminalística de campo rendido por el experto oficial JORGE, respecto de una botella XXX en la que se concluyó que éste puede actuar como una arma si se aplica fuerza utilizando su extremo como fijo, puede generar lesiones, como heridas cortantes, punzocortantes y puede ser apta para agreddir, según la intención del portador (11:59:16); resultando, así con lo anterior, la responsabilidad penal en la comisión del delito de robo calificado por parte del hoy acusado (11:59:52).

Juez: ¡Perdón, licenciada! Me narró usted el informe de SIPOL y el informe de policía de investigación respecto a ingresos anteriores (12:00:02).

Ministerio Público: Así es (12:00:03).

Juez: ¿Al respecto de esa situación no tiene otra constancia más? (12:00:09).

Ministerio Público: No Señoría, contamos con éste y el del sistema penitenciario (12:00:14).

Juez: Ese es el que necesitamos (12:00:15).

Ministerio Público: Un segundo más, Señoría (12:00:40).

Juez: Sí (12:00:41).

Ministerio Público: Señoría, son los únicos dos documentales con las que contamos. En su momento, no se consideró necesario recabar ya la información del Secretario del Sistema Penitenciario, sí se giró el oficio, pero como en SIPOL y, por parte de la policía de investigación, resultó que no tenía ningún anterior antecedente ya no se recabó el del sistema penitenciario (12:01:51).

Juez: ¿Y le parece que esos sean los documentos idóneos para tener la certeza de esa situación, o sí requerimos el informe de anteriores ingresos? (12:02:07).

Ministerio Público: Sí, lamentablemente no están agregados a la carpeta de investigación (12:02:13).

Juez: Pero sí los necesitamos (12:02:14).

Ministerio Público: Pues no sé si usted considera que sí sean importantes (12:02:24).

Juez: ¡Claro que sí, por supuesto que sí! (12:02:27).

Ministerio Público: ¿En específico el del sistema penitenciario? (12:02:29).

Juez: El de ingresos anteriores, que es el documento oficial sobre ese punto. Mire lo que pasa: es que dentro de la acusación y, como un requisito que el juez necesita para un dictado correcto de la sentencia, yo necesito saber si usted tiene anteriores ingresos a prisión o no, como dicen si tiene antecedentes. La licenciada tiene ahí en la investigación que hizo dos datos al respecto: uno del sistema policial integral, sistema integral de investigación policial y otro que rindió un policía, pero esos no son los oficiales y yo los necesito para dictar la sentencia de forma correcta

porque con esos documentos son importantes para mi sentencia. Mire, recapítulo y empiezo desde el principio: este procedimiento abreviado se supone que usted tiene que admitir su responsabilidad, en eso consiste, es uno de los requisitos que usted admite su responsabilidad en este hecho, si usted admite su responsabilidad en este hecho, el Ministerio Público puede solicitar al juez que le aplique una pena menor de la que la ley señala. En este caso, la pena menor son dos años y medio por los artículos que me invocó la licenciada, que yo le dije esos ya los conocemos, la pena mínima es de dos años y medio a ocho años, y si usted admite su responsabilidad a cambio de esto como es una solicitud que se basa en ceder ambas partes, usted admite su responsabilidad, le quita al Ministerio Público la obligación si lo lleva a juicio tener que demostrar en juicio con plenitud su culpabilidad, en eso se desahoga el Ministerio Público de un asunto, por así decirlo, pero a cambio de eso usted también tiene que recibir alguna cosa a cambio y eso es la solicitud de que no se le impongan dos años y medio que es la mínima, a la mejor me va a pedir el Ministerio Público a lo mejor dos años, a lo mejor un año nueve meses, no sé cuál hubiera sido el acuerdo entre ustedes y entonces la sentencia que se dicta es la que ustedes mismos han acordado, yo dictaría la sentencia si eso sucede, de un año nueve meses, lo que me hubieran pedido, pero eso no es toda la sentencia, en la sentencia hay otra parte posterior donde ya diciendo,(SIC) ¿cuál era la pena que me iba a pedir? ¿dos años? (12:05:19).

Ministerio Público: Dos años un mes (12:05:21).

Juez: Bueno, me iba a pedir dos años un mes, yo le dictó la sentencia de dos años un mes. Ahora después de eso, ¿qué pasa con los dos años un mes y con usted durante esos dos años un mes? Se va a quedar preso, va a pasar de aquí del reclusorio preventivo, se llaman preventivos porque las personas internas aquí no deben haber sido ya sentenciadas sino está en trámite su proceso, por eso se llaman reclusorios preventivos a diferencia de cuando ya las personas son declaradas culpables ya se les impone una pena y entonces pasan a la penitenciaría, a Santa Martha. Y, ¿qué pasa con usted estos dos años un mes se va a quedar privado de la libertad allá en Santa Martha? ¿O a lo mejor le vamos a conceder un beneficio o

un sustitutivo? Voy a usar la palabra beneficio en forma genérica y de manera que usted pueda tener alguna forma de libertad durante estos dos años un mes. ¿Qué va a pasar con eso? ¿cómo va a ser? Bueno, pues eso yo lo tengo que decidir y para decidirlo necesito ese informe de anteriores ingresos a prisión. ¿Pero digamos que es el oficial o es el legal o es el procedente o es el correcto, no solamente estos dos datos que me da la licenciada que es lo que un policía le informó y lo que esa área que se llama sistema integral de investigación policial le arrojó, porque no tienen la validez o la fuerza suficiente para ello. Esa es la situación; no tenemos los anteriores ingresos a prisión, entonces le doy la palabra antes de (12:07:12).

Defensa: No, pues lo que sucede, Señoría, considero respetando mucho su criterio, que ya el día X de XX del año en curso se había propuesto esta fecha para llevar a cabo este procedimiento abreviado; sin embargo, no se contaba con la autorización, máxime que ya se ha cerrado la investigación complementaria. Considero que estos dos datos que ha aportado el agente del Ministerio Público en ese momento podrían ser idóneos para acreditar en virtud de que, respetando mucho su criterio, son realizados por la Dirección General de Política Criminal y Estadística Criminal y eso nos da un dato confiable en cuanto a esa circunstancia. Aunado también de la investigación que realiza el propio policía, dos policías de investigación, de nombres GENARO y VERÓNICA, en donde hacen referencia a que no existen coincidencias respecto a esta circunstancia, respetando su criterio, pero estaríamos hablando que se diferiría de nueva cuenta durante un lapso de tiempo (*sic*) y esto está atentando considero respecto a los intereses de mi representado. Esto en virtud de que el día XX de XXX, por circunstancias ajenas al propio imputado no se tuvieron las condiciones pese a que había transcurrido un mes y en este sentido ya se ha cerrado la investigación complementaria; es decir, se considera que ya no podría realizar algún otro acto de investigación. El agente del Ministerio Público refirió que con estos consideraba que sustentaba la información que estaba precisando, por lo cual yo si le reiteraría que tomara en consideración estas circunstancias en virtud de que también, es de todos conocido, que el archivo de antecedentes en donde van a hacer la petición, derivado de los sismos, el trámite

ha sido muy lento y esto impediría o daría pauta a que mi representado continuara privado de la libertad, pudiendo tener un sustitutivo penal, por lo cual esa sería la petición: reiterar la solicitud de procedimiento abreviado, seria ¿cuánto? (12:09:18).

Juez: ¿Algo que decir, licenciada, sobre esto antes de que resuelva? (12:09:22).

Ministerio Público: Efectivamente, señoría, dentro de la carpeta de investigación y reitero sí se solicitaron al Sistema Penitenciario, de hecho se giró un oficio extra-urgente en fecha XX de XXX, pero no se tuvo contestación; pero como ya se tenían los informes de SIPOL y los de policía de investigación, se consideró suficiente por parte de mis homólogos investigadores que integraron y llevaron a cabo todas las diligencias en esta carpeta de investigación, que era lo que podíamos sustentar. De hecho, con esta información, se solicitó la reducción de la pena directamente a la Subprocuraduría de Procesos y fue autorizada (12:10:04).

Juez: ¡Muy bien! JOSÉ, mire, entiendo perfectamente la situación: si se lleva a cabo el procedimiento abreviado, la sentencia se debe dictar a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes osea mañana o pasado mañana, y si en esa sentencia yo le concedo a usted un beneficio, —ya le dije beneficio englobando también la otra figura que se llaman sustitutivos, que jurídicamente son diferentes—, pero lo que quiero es que usted me entienda, le digo globalmente beneficio, entonces yo le podría estar concediendo un beneficio quizás el miércoles. En el procedimiento abreviado a diferencia de los juicios normales los juicios ordinarios donde no se sabe cuál va a ser la sentencia, las partes es muy seguro casi que interponen apelación porque si en un juicio se condena a la persona, pues, bueno, el defensor apela y si en el juicio se absuelve a la persona es posible que el Ministerio Público apele y también es muy, —hay muy elevada posibilidad de eso— pero; en un procedimiento abreviado esa posibilidad de apelar se disminuye porque como es la sentencia en la que usted ya admitió su responsabilidad, ya pidieron dos años un mes, se le imponen dos años un mes pues entonces es posible que muy seguro casi que las partes se quedan satisfechas con la sentencia de procedimiento abreviado. De tal modo que, puedan decir tenemos cinco días para apelar, pero pues no vamos a apelar renunciamos a eso y ya por nuestra parte no hay problema en

que la sentencia quede firme y usted puede quedar entonces en libertad, si es que en la sentencia se le concedió uno de esos benéficos o sustitutivos, eso podría ser el jueves. Y entiendo esa situación, entiendo ese anhelo, esa desesperación, ese deseo, de llevar a cabo el procedimiento abreviado, lo entiendo por parte de usted, las dos personas que están en la sala quizás sean sus padres y tienen ese mismo deseo, pero ese hecho no significa que cuando pasa un asunto para sentencia se le debe llevar al juez el asunto así y de por sí el contenido de la sentencia ya está acordado. Y juez, díctanos la sentencia así; perdón pero no, falta el informe de anteriores ingresos a prisión, la licenciada dice ya lo pedimos desde tal día y luego el XX de XXX lo volvemos a solicitar extra urgente, pues para que lo solicitaron tan extra-urgente si con lo de SIPOL y con el informe de los policía bastaba cual era la necesidad, es un requisito de la ley. Mire yo en XXX cumple XX, primero Dios, XX años como juez y nunca en la vida he dictado una sentencia sin el informe de anteriores ingresos a prisión, porque si lo hago puedo cometer dos errores que son igualmente graves; un error que puedo cometer es concederle la libertad a usted cuando a lo mejor resulta que no tenía derecho, eso es muy gravísimo y; también al revés, puede ser que yo le niegue la libertad y usted sí tenía derecho. Las dos cosas son igual de graves, este sistema se hizo o se estableció para mejorar al anterior, para erradicar malas prácticas y vicios, que quizá había en el otro sistema pero este punto nunca pasaba, entonces, me parece que no bajo el argumento de que es un nuevo sistema y que este procedimiento abreviado antes no existía y ahora hacer algo peor que antes creo que no es la idea y yo debo, yo necesito para dictar una sentencia correctamente con plena seguridad ese informe de la institución idónea y la institución específica que es el que estoy requiriendo y aquí no lo tengo. Es una cuestión de presupuestos, usted no tiene aquí hace falta un requisito que no hay, en la audiencia pasada sucedió lo mismo, pero ahí desde el principio me dijeron señor juez no estamos en condiciones porque nos falta este informe y, bueno, sucedió lo mismo y yo les estaba explicando ahí que es algo así como que puse dos ejemplos... hay cosas que se necesitan requisitos o presupuestos de manera que no puede darse un segundo paso cuando no está el primero, mucho más las cuestiones judiciales, las

cuestiones judiciales... Aquí yo tengo que ser más cuidadoso, esta situación que está pasando, que una dependencia o que un policía diga un dato en el sentido de que usted no tiene ingresos anteriores y venga el otro documento y venga y diga que si, eso es muy común, lamentablemente, es muy común. A veces es al revés, a veces este es el que dice que no y este dice que sí, pero el fundamental, el oficial es ese que yo necesito. Esto es una cuestión que dije hace un rato, es de evitar riesgos, yo quiero ser un buen juez y me gustaría ser un juez eficiente que conjugara la legalidad y la seguridad, la certeza en sus decisiones con la rapidez, me gustaría eso, rápido, bien, eficiente y aquí estoy en conflicto entre la rapidez y la seguridad y lo correcto creo que si yo le doy prioridad a la rapidez, creo que estoy en un error porque lo verdaderamente trascendente no es lo urgente sino lo importante es que este bien, no que me precipite, no que me apresure. Creo que aquí no se trata de que yo me salte ese informe que me hace falta, esa no es la solución, la solución es que el Ministerio Público; me traiga todo lo que yo necesito, porque en la audiencia pasada y en esta audiencia y en otras más empezamos a generar esta práctica, pues hacemos una mala práctica y tenemos el riesgo de poner en libertad a personas que no lo merecen o al revés, de negarles libertad a personas que si la merecen, quizá usted si lo merece, se ve muy joven, supongo que no debe tener un ingreso anterior, pero necesito tener ese cuidado. Esto se llama o se trata de tratar de hacer mi trabajo de la mejor manera con la mayor eficiencia, con la mayor diligencia, sin nada de negligencia sino con sumo cuidado para resolver lo que es correcto, en las audiencias siempre les digo al principio, recuerdo que yo llevé esa audiencia de usted, me acuerdo mucho por la botella de XXX, que por cierto veo que ahí tienen una, que no sé por cierto cuál es el fin de tener ahí la botella..." (12:19:30).

Defensa: El fin sería para restituir (12:19:50).

Juez: ¡Perfecto! (12:19:52).

Defensa: Efecto de la reparación del daño y, asimismo, para efectos de audio y video y en términos del artículo 201 y 203, el dato que usted está solicitando no sería parte de los requisitos para procedencia o verificación del procedimiento abreviado, en virtud de que la admisibilidad, de acuerdo al 203, es únicamente constar

los datos de prueba que obren en la carpeta en cuanto hace a la acusación respecto al hecho, no en cuanto a antecedentes. Como le digo, respeto mucho su situación, pero en términos del 467, es para efecto de audio y video (12:20:28).

Juez: ¡Muy bien! Efectivamente, para la procedencia de este procedimiento no se requiere, pero sí se requiere para el fondo de la solución del procedimiento y el 203 que invoca la licenciada en su párrafo tercero dice que si no se admite la solicitud por inconsistencias o incongruencias en los planteamientos del Ministerio Público éste podrá presentar nuevamente su solicitud; creo que aquí hay una inconsistencia porque se me pide que dicte una sentencia y se me pone en riesgo a mí como juez de dictar una sentencia posiblemente equivocada, muy seguramente equivocada, porque no tengo el documento idóneo y yo como juzgador quiero hacer mi trabajo con el mayor celo con la mayor seguridad y prefiero evitar los riesgos de hacer lo que ya dije, conceder algo que no es o negarle algo que si debiera ser y yo debo evitar los riesgos, ese es el fundamento de los delitos el generar un riesgo de afectación a un bien jurídico. Cuando usted llegó a esa tienda XXXXX y agarra esas dos botellas y realiza esta conducta usted eleva los riesgos de que se afecte el patrimonio de alguien, en este caso es la tienda XXXXX, que es el bien jurídicamente protegido en el delito de robo, el bien jurídicamente protegido es el valor o es la esencia, la cuestión que se pretende proteger a través de la ley, aquí lo que se pretende proteger es el patrimonio y si alguien llega a una tienda XXXXX agarra dos botellas y una de XXX y de lo que sea y da su pago como debe ser, no se pone en ningún riesgo a la tienda XXXXX de ser afectada. Pero cuando alguien llega y las agarra y se las quiere llevar y rompe el cuello, según realiza esta conducta, se pone el riesgo para la tienda XXXXX de que se afecte su patrimonio y quizá hasta se pudiera poner en riesgo la integridad de la persona eso no fue motivo de este proceso solamente lo de la tienda XXXXX, y si ese riesgo se concretiza en el resultado y si eso es lo que está en el ámbito de protección de la norma, osea es lo que la ley quiere evitar, pues entonces se dice que a la persona le es imputable le es objetivamente imputable ese resultado, como consecuencia de ese actuar. Entonces imagínese yo por la premura, por la rapidez, porque a pesar de que se solicitó extra-urgente y no

llegó entonces pues yo me quedo cómodo, me quedo quieto, me quedo con esa situación y dicto una sentencia en cierto sentido, negándole un beneficio y ese oficio extra-urgente que tal que llega mañana o qué tal que llega pasado porque ya tiene más de quince días que lo pidieron y dice la información que yo necesito y que me hubiera implicado resolver de forma contraria a como lo hice, entonces yo por no tener cuidado, por no tener paciencia estoy generando un riesgo de dictar una sentencia incorrecta. Haga de cuenta que yo lo pongo en libertad a usted porque me piden que respete su presunción de inocencia y etcétera, y digo que sí, y lo pongo en libertad y ese oficio extra-urgente llega mañana o pasado, y dice que usted tiene un antecedente. Ya que por disposición de la ley, prohíbe concederle un sustitutivo pero yo ya se lo concedí desde, antes entonces, entonces estoy mal y yo pongo en riesgo otro bien jurídicamente protegido que es la correcta administración de justicia porque en la justicia si es importante la rapidez... sé que la naturaleza de este procedimiento es ser abreviado, ser rápido, ser breve, de ahí viene la palabra abreviado y su naturaleza jurídica es una forma de terminación anticipada rápida no hay que ir a juicio, rápido la sentencia y también hablamos de un mecanismo de aceleración, rápido esta sentencia, pero no tiene el alcance de omitir los requisitos... entonces el tema del derecho penal es de presupuestos de hecho, esa es una palabrita muy bonita que está en el artículo primero del Código Penal, en el primer artículo, vean que importante es este artículo... entonces, aquí para el dictado de la sentencia en su forma de culpabilidad o absolución me basta con lo que ustedes han acordado. Esa es la esencia del procedimiento abreviado, pero ahí no termina la sentencia, la sentencia tiene que rige por un principio entre otros, en el de congruencia y en algunos otros y hay uno que se llama de exhaustividad. El principio de exhaustividad implica que los jueces tenemos que resolver la totalidad de las cosas que están planteadas en ese asunto y la exhaustividad no es nada más decir que hay delito porque, seguramente, en un procedimiento abreviado diré que si hay delito y que usted si, es responsable y que se le impone la pena que acordaron en el caso concreto es de dos años un mes, pero ahí no acaba mi sentencia, yo tengo que por la exhaustividad, tengo que determinar: le concedo un sustitutivo o beneficio, o no

le concedo ninguna de esas dos cosas y ordeno que la pena la compurgue en su totalidad en el lugar que se designe para ello. Esa es una responsabilidad mía que no se están ocupando de ella y que no me están dando las herramientas o los presupuestos o todo lo que yo requiero... En este caso tengo lo fundamental que es el delito, la responsabilidad, su aceptación, la pena, ya tengo lo fundamental pero me falta... Necesito un dato que yo requiero para algo más de lo que ustedes me están pidiendo, porque si eso fuera todo lo que necesito no habría problema, pero no es todo lo que necesito, ¿que? me va a pedir en cuánto a los sustitutivos o beneficios. Me va a decir que se lo conceda porque esos dos documentos que me dijo así lo desprende, pero creo que con eso generamos un peligro para nuestro país porque hacemos un mal, creo que es un uso, no digo malo, pero si incompleto de las figuras legales y entonces esto puede provocar consecuencias graves socialmente y como Juez aparte de mi responsabilidad legal tengo responsabilidad social, o sea tengo que verificar... Pero hay más sociedad, la enormidad de la sociedad, los millones de habitantes de este país, seguramente coincidirán conmigo, en que lo que yo trato de hacer es coincidir con lo que pienso, que es el sentir general, y ¿Qué? pienso que la correcta situación sería, que los jueces verifiquen se pudo tardar tres días más o una semana más, no sé yo me brinco este dato o le requiero al Ministerio Público para que haga uso de los medios de apremio de los que dispone y le da la ley para requerir este dato que ya van dos veces que pide... Para la procedencia el requisito es que me lo pida el Ministerio Público, que no exista oposición de la víctima a través de su asesora jurídica y que usted admita su responsabilidad, etc. para la procedencia. Cuando los jueces admitimos el procedimiento abreviado para eso tenemos que ser muy celosos o muy rigurosos, o al menos yo tengo que ser muy celoso, muy quisquilloso, en que estén todos los requisitos. De ahí, el paso siguiente es que voy a dictar la sentencia y en la sentencia yo solito me amarré al autorizar el procedimiento abreviado y ya usted da por hecho que le vamos a dictar sentencia mañana o pasado y que el Ministerio Público no pidió que se le nieguen estos sustitutivos ni estos beneficios. Usted ya está esperando la libertad la sentencia en el sentido de que se le conceda alguna de estas cosas y, entonces yo como juez, como llego des-

pués mañana o pasado con mi sentencia donde le digo: se le impone los hechos que el Ministerio Público acusó si son constitutivos de tal delito previsto en tale artículos, se declara su responsabilidad penal en los mismos y, cómo lo solicitaron se le impone la pena de dos años un mes y ¿como le salgo que le niego eso? yo por eso puedo aprobar o no aprobar el procedimiento abreviado, porque tengo que verificar que está todo lo que necesito..., cuando vengan a solicitar un procedimiento abreviado tiene que traer la totalidad de las cosas porque no hacerlo así pues implica diluir requisitos, diluir elementos y eso obscurece la sentencia, eso le da un tinte de no claridad.... Aquí parecería que estamos haciendo algo bueno pero parece malo, entonces a mi no me parece bien que me lleguen los asuntos sin ese informe oficial que me da un dato indispensable para que yo pueda realizar mi función adecuadamente, no tanto de la individualización de la pena porque este procedimiento abreviado le da esa facultad al Ministerio Público de pedir esta reducción... Pero como le digo faltan más cosas en la sentencia, falta decidir sobre su libertad y aquí que el Ministerio Público y, congruentemente todas las partes me solicitan, me piden, que yo emita la sentencia en estas condiciones, pero no, me falta algo, yo soy el que la voy a dictar, es mi responsabilidad. Por lo tanto es obligación mía ser acucioso, ser diligente, y no porque yo le quiera negar a usted un derecho no es porque yo lo quiera mantener preso tres días más o una semana, no es eso, solamente quiero que me traigan las cosas completitas y entonces me parece que estoy en el supuesto de ese tercer párrafo del artículo 203, que dice que esto es una inconsistencia en el planteamiento del Ministerio Público, y la solución no es que yo dicte la sentencia así como va porque son sentencias judiciales, no son cosas sin mayor importancia... Licenciada, por favor, recaben esa documentación que falta y en cuanto lo tengan a la brevedad posible soliciten una nueva audiencia y de inmediato haremos el trámite, esa es la solución correcta, eso fortalece el Estado de Derecho, eso nos da legalidad, seguridad, certeza, porque todos los ciudadanos nos lastima cuando sentimos que hubo algo incorrecto, que hubo algo raro, que no está bien, que la justicia puede ser manipulada, eso no se molesta a todos los ciudadanos, entonces mi decisión se basa en esa transparencia que debe haber... Aquí falta un

dato importante, si no fuera necesario para el dictado de las sentencias, ¿cuál sería la razón de requerirlo de solicitarlo? Lo podríamos omitir, su defensora tiene razón en el sentido que no está en el Código Nacional que no está dentro de los requisitos para la procedencia del procedimiento, abreviado pero en el Código Penal que también hay que tomarlo en consideración porque es el sustantivo ahí habla hay un capítulo del artículo 84 en adelante hasta el 89, hasta el 91, habla de la sustitución de las penas y del beneficio de la ejecución condicional de la ejecución de la pena y el párrafo segundo del artículo 86 dice que la sustitución de la pena que es lo que debo hacer en la sentencia no podrá aplicarse por el juzgador... Cuando se trate de un sujeto que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por un delito doloso que se persiga de oficio, entonces, ¿cómo entendemos este artículo? Como que me obliga a mí a tener el mayor dato, la mayor verificación con el mayor grado de confiabilidad de que, efectivamente, usted no está en este supuesto y entonces, adelante, con mucho gusto, le concedo el sustitutivo. El artículo 89 para la otra figura, que se llama el beneficio, Juez o el tribunal, en su caso, al dictar sentencia condenatoria suspenderá motivadamente la ejecución de la pena si concurren los siguientes requisitos yo tengo que suspender, motivadamente; la pena, o sea que, tengo que explicar con la suficiente claridad con la suficiente sencillez, de manera que no solo los abogados entendían mi decisión, sino cualquier lector la pueda entender, tengo que explicar a ese nivel y eso para dar confianza. Creo que las resoluciones judiciales tienen que producir ese efecto, la confianza en la sociedad y en los destinatarios de lo que ahí se resuelve es correcto, por eso tenemos que motivar es una exigencia de la constitución y si aquí digo "unos policías me dieron el dato" dos policías y, además, en una dependencia que tiene colateralmente, accesorialmente, tiene cierta injerencia y dijeron que no había ingresos y ¿con eso ya estoy resolviendo? No, creo que mi motivación tiene que ser, tengo esos dos que me refieren que me indica. Además, usted le puedo dar el uso de la palabra pues manifestó que no tengo ningún ingreso, esta es la primera vez, ya tengo tres indicios pero los tengo que verificar. Soy un juzgador, todo tiene que estar probado, tenemos máximas que no están escritas en el código pero todo lo que se dice en juicio es

materia de prueba..., todo lo que se dice en un juicio en materia de prueba, excepto la presunción de inocencia que no es una presunción absoluta porque puede ser contrapuesta, devaluada con los datos y medios de prueba que las partes ofrecen. Es tan importante la prueba que es el centro del proceso, de modo que el que tiene la razón pero no tiene pruebas en realidad solamente tiene la sombra de la razón, la prueba es tan importante que se ha equiparado al Derecho mismo, el que tiene el derecho pero no tiene pruebas en realidad no tiene el derecho. Aquí hay algo así, con estos anteriores ingresos, yo necesito certeza; no puedo dictar una sentencia en base a suposiciones, inferencias a datos que merecen cierta atención pero que no son los idóneos. Yo necesito el dato idóneo y eso el Ministerio Público lo sabía, toda la vida lo ha sabido en todos los proceso penales que yo he conocido, en los que he intervenido y en otros que se entera uno los anteriores ingresos no pueden faltar son un documento infalible, por eso se requieren. Pues bueno, mi decisión es que con ese párrafo del artículo 203, en este momento, no autorizo el procedimiento abreviado. Considero hay una inconsistencia, pero dejo al Ministerio Público de recabarla, de requerirla, pienso que haciendo uso de los medios de apremio que la ley le da lo puede recabar fácil, cuando ya hizo dos peticiones anteriores y cuando tenga el dato, puede solicitar nuevamente audiencia y, de inmediato y con mucho gusto, hacemos el trámite correspondiente y si se cubren los demás requisitos —ya lo está pidiendo el Ministerio Público— no hay oposición y usted cumple su parte que está bien enterado de su derecho al juicio oral y renuncia expresamente a él y sabe el alcance y a consecuencia y admite su responsabilidad, autorizaré completo con todo lo que requiero la apertura de este procedimiento y a la brevedad el dictado de la sentencia (12:47:23)...

III. La defensa oficial señaló como único concepto de agravio la violación de lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos apartado *a*), inciso VII, así como de los numerales 201, 202, 203, 204, 205 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en atención a que el Juez de Control dictó una resolución

respecto de la negativa de apertura del procedimiento abreviado sin que dicha determinación fuera ajustada a Derecho, fundando para ello su determinación en el artículo 203, segundo párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales. Sin embargo, dentro de dicho ordenamiento se señala que no será admitido por el Juez de Control si no existen medios de convicción que no corroboren la imputación, en términos de la fracción VII del apartado de la Constitución, es decir, la información sobre antecedentes penales no puede ser una causal para negar el acceso al procedimiento abreviado, máxime que el plazo de investigación se encontraba cerrado, siendo violatorio de este sistema incorporar datos de prueba a la carpeta cuando ya se ha cerrado dicha etapa. Recordando que la investigación compete al Ministerio Público y la carga de la prueba le corresponde al igual a la fiscalía, mismo que al verificar los datos de prueba con los que contaba para la solicitud de procedimiento abreviado los consideró idóneos para sustentar su petición en relación al hecho, siendo idóneos, pertinentes y razonables, sin embargo, a consideración del Juez no fue así, ya que hizo referencia que, al no reunir los requisitos del artículo 203 del Código Nacional de Procedimientos Penales no se podía aperturar el procedimiento solicitado, siendo una vez subsanadas tales inconsistencias, se volverá a solicitar el procedimiento abreviado, considerando que su resolución no se encuentra apegada a derecho, ya que no se ajusta a *contrario sensu* a los requisitos que se establecen para admisibilidad del procedimiento abreviado, máxime que todas las partes procesales manifestamos que se encontraban reunidos los requisitos para sustentar el hecho y la participación de mi representado, pues el acto de molestia que se les infringe a las personas sujetos para ello, violentando lo establecido en el artículo 20 constitucional.

IV. Del examen de lo expresado por la defensa comparativamente con lo expuesto por las partes técnicas en audiencia, así como lo resuelto por el Juez de Control en la solicitud de procedimiento abreviado

este Tribunal de Alzada considera infundado el agravio propuesto por el apelante.

En efecto, la negativa del juzgador de primera instancia, según se advierte de su prolífica explicación realizada durante la audiencia respectiva, obedece a que no ha sido incorporado lo relativo al informe oficial sobre ingresos anteriores del imputado, exigencia con la que este Tribunal de Alzada coincide porque aun cuando el artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales no la incluya dentro de los requisitos de procedencia, es evidente que un procedimiento de carácter abreviado parte de la base de que exista certidumbre de que el imputado esté enterado de las consecuencias derivadas del mismo —tal y como se infiere incluso de lo dispuesto por el artículo 17 constitucional—, por lo que la disposición del tercer párrafo del numeral 202 del propio código adjetivo nacional constituye un presupuesto que debe satisfacerse para la tramitación del procedimiento de que se trata, en tanto señala: “Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso... el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos dolosos y hasta dos terceras partes de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa”. De donde se desprende que es necesaria la información acerca del registro oficial sobre condenas anteriores del sujeto, para determinar las proporciones de disminución de la penalidad (como consecuencia inherente al procedimiento abreviado), ello con independencia de lo señalado por el Juez de Control acerca de que tal información también resulta indispensable para establecer la eventual procedencia o negativa de sustitutivos o beneficios penales en la sentencia correspondiente.

Sin que le asista la razón a la defensa cuando afirma en su escrito de inconformidad que “...la información sobre antecedentes penales no puede ser una causal para negar el acceso al procedimiento abrevia-

do, máxime que el plazo de investigación se encontraba cerrado, siendo violatorio de este sistema incorporar datos de prueba a la carpeta cuando ya se ha cerrado dicha etapa...”; manifestaciones que no son acertadas porque, como ya se dijo, la información oficial fehaciente respecto de anteriores condenas del sujeto sí es necesaria como presupuesto para la disminución de la penalidad, entendida como una de las consecuencias esperadas por quien acepta someterse a un procedimiento abreviado, así como para establecer al momento de la sentencia si ha lugar o no a la concesión de un sustitutivo o beneficio penal, careciendo de relevancia que esté o no concluida la fase de investigación, puesto que al margen de esa circunstancia el tercer párrafo del artículo 203 del Código Nacional de Procedimientos Penales, autoriza una nueva solicitud respecto del procedimiento abreviado si llegare a satisfacerse la omisión o inconsistencia advertida en la solicitud inicial.

Habida cuenta de todo lo hasta aquí expuesto, con fundamento además en los artículos 480, 481 y 482 y relativos del Código Nacional de Procedimientos Penales, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Se confirma la negativa de apertura de procedimiento abreviado contenida en la resolución dictada por el Juez de Control, Ricardo Ojeda Gándara, de fecha XX de XXX de XXXX, relacionada con la carpeta 000/0000/0000, seguida a JOSÉ, por el delito de robo calificado en agravio de empresa denominada XXXXX.

SEGUNDO. Se ordena a la Unidad de Gestión Judicial Nueve del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México, notificar la presente resolución a las partes.

TERCERO. Se ordena igualmente a dicha Unidad de Gestión Judicial Nueve del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México, hacer del conocimiento del Juez de Control Ricardo Ojeda Gándara el

contenido de la presente resolución, entregándole copia simple de la misma.

CUARTO. Devuélvanse a la Unidad de Gestión Judicial Nueve del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México, los registros relacionados con la carpeta judicial 000/0000/0000, dándose por concluido el presente asunto, en el entendido que al ser nuevamente recurrible generará un nuevo toca penal.

Así, unitariamente lo resolvió y firma el ciudadano magistrado Jorge Ponce Martínez, integrante de la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, en funciones de Tribunal de Alzada del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

ESTUDIOS JURÍDICOS

LA RESOLUCIÓN DE ROJINA VILLEGRAS EN EL CASO TROTSKY: SU NEGATIVA DE LIBERTAD PREPARATORIA AL HOMICIDA JACQUES MORNARD

Jorge Ponce Martínez*

Sumario: 1. *El caso Trotsky y los personajes de la judicatura.* 2. *La condena de Jacques Mornard.* 3. *El esquema de ejecución penal en la época de la condena de Mornard.* 4. *Incursión de Rojina Villegas como juzgador penal.* 5. *Razones de Rojina Villegas para negar libertad preparatoria a Mornard.* 6. *Una nota final: el contraste de modelos de ejecución penal. Bibliografía*

1. EL CASO TROTSKY Y LOS PERSONAJES DE LA JUDICATURA

Uno de los casos más relevantes en la historia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), si no el más importante, es el relativo al homicidio de León Trotsky, cometido el 20 de agosto de 1940. El acusado decía llamarse Jacques Mornard¹ y fue procesado ante el Juzgado Mixto de Primera Instancia del Partido Judicial de Coyoacán,² donde se llevó a cabo la mayor parte de la fase de

* Magistrado integrante de la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

1 Se le procesó bajo los nombres de Jacques Mornard Vanderdresched o Frank Jacson, aunque más tarde se sabría que su verdadera identidad correspondía a Ramón Mercader, lo cual confirmó el estudio dactilar comparativo realizado por Alfonso Quiroz Cuarón. Datos anecdóticos sobre esto pueden verse en: Garmabella, José Ramón, *Dr. Alfonso Quiroz Cuarón. Sus mejores casos de criminología*, 1981, pp. 83 a 98.

2 En aquella época regía la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fueno Común del Distrito y Territorios Federales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1932, la cual establecía una división territorial en partidos judiciales y una clasificación de Jueces, entre los que se incluía a los Jueces Mixtos (que conocían de asuntos civiles y penales). En la cabecera del Partido Judicial de Coyoacán, según el artículo 63 de la citada ley orgánica, había un Juez de lo civil con jurisdicción mixta.

instrucción aunque, finalmente, fue la entonces Sexta Corte Penal³ la que dictó la sentencia condenatoria.

A pesar de las múltiples anécdotas, relatos o historias generadas a partir de este caso aún en la actualidad sigue despertando interés. Ha sido revisado desde muchos ángulos y casi siempre se alude directa o indirectamente a diversos personajes como, por ejemplo, al Juez Raúl Carrancá y Trujillo, quien conoció inicialmente del proceso y desde aquella época daba prestigio a la judicatura como doctrinario de vanguardia en el ámbito jurídico penal⁴. No se equivoca quien lo describe como el “elegante juez de Coyoacán”, ni cuando al referirse a su integridad señala que, en respuesta a quienes demandaban “ser implacable” con el homicida, dignamente contestó: “la justicia mexicana no tiene por qué ser implacable, porque no ha de moverla ningún espíritu de venganza. Deberá ser justicia a secas y apegarse estrictamente a las leyes vigentes”.⁵ Su ulterior designación como magistrado, así como el hecho de que llegara a ser Presidente del Tribunal Superior de Justicia, no fueron sino consecuencia necesaria de su brillante desempeño como juzgador.⁶

Por ello, llama de inmediato la atención los hechos o situaciones vinculadas con el caso, contexto en el que vale la pena abordar uno

³ Existían en la Ciudad de México ocho Cortes Penales numeradas progresivamente e integradas por tres jueces cada una, y había cuatro jueces supernumerarios, según el artículo 87 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fueno Común del Distrito y Territorios Federales de 1932.

⁴ Sus numerosos trabajos académicos dan cuenta de ello. Una cuestión muy difundida alude a la comunicación que sostuvo, a propósito de uno de sus textos, con Sigmund Freud, lo que expresamente menciona Carrancá y Trujillo: “...el Derecho Penal positivo encuentra un método seguro en el Psicoanálisis, para la investigación causal de los mismos. Por ello el Prof. Freud, comentando nuestro trabajo ‘Un ensayo judicial de la Psicotécnica’, expresó que ‘ha sido siempre un deseo ideal del Analítico el ganar dos personas para nuestro modo de pensar: el profesor y el Juez’ ...”. Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, “Teoría del Juez Penal Mexicano”, en *Tres Ensayos*, s/e, México, 1944, p.39.

⁵ Cfr. WOLDEMBERG, José, *Viena esquina Morelos: El asesinato de Trotsky*, Diario El Nacional, s/f. En la publicación se incluye la indicación de que se trata del prólogo del libro *Asesinato en Coyoacán*, integrado por notas periodísticas.

⁶ CARRANCÁ Y RIVAS, “Trotsky, mi padre y yo”, en *Revista Criminogénesis*, número 11, México, 2014, p. 89.

de los aspectos importantes derivados de la ejecución de la condena impuesta al homicida de Trotsky, como lo es el relacionado con la procedencia de un beneficio penitenciario. Resulta que al ejecutarse la sentencia, en un primer momento, la autoridad ejecutora le negó terminantemente la libertad preparatoria a Mornard; sin embargo, en vía de amparo un Juez de Distrito se la otorgó; después un Tribunal Colegiado revocó aquella resolución de amparo y negó el beneficio; y finalmente, ante una nueva petición del sentenciado, sin existir mayores razones de peso y casi al final de la condena, la autoridad encargada de la ejecución le concedió el beneficio para dejar en libertad al sentenciado y expulsarlo del país.

Dentro de esa secuela, intervino como titular de la autoridad ejecutora (léase Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación) María Lavalle Urbina,⁷ quien en su cargo anterior se había distinguido como la primera mujer en llegar a magistrada del Tribunal Superior de Justicia de esta Capital;⁸ y por otra parte, también destaca el hecho de que en este asunto de índole penal haya tenido intervención otro personaje que hasta la fecha es recordado por su trayectoria de eminente civilista, pero que en el ámbito del Derecho Penal carece de reconocimiento alguno. Me refiero a Rafael Rojina Villegas, quien por aquel entonces desempeñándose como magistrado en materia penal integrante del Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito, rechazó la concesión de libertad preparatoria de Mornard según el esquema legal de la ejecución penal de la época.

⁷ Un dato que deja constancia del reconocimiento a esta mujer consiste en que el auditorio de la sede de Plaza Juárez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México lleve precisamente el nombre de María Lavalle Urbina.

⁸ Al respecto, cabe señalar que en 1947 fue nombrada Magistrada del Tribunal Superior de Justicia del entonces Distrito Federal, y de 1954 a 1964 fungió como Jefa del Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación. Tales datos pueden consultarse en: <http://juridico.pri.org.mx/SabiasQue/Sabias.aspx?y=1751>; y también en la página: <http://expresocampeche.com/notas/estado/2012/06/04/maria-lavalle-urbina-mujer-de-vanguardia/>.

2. LA CONDENA DE JACQUES MORNARD

Basada en la acusación del Ministerio Público, la sentencia dictada por la Sexta Corte Penal abordó los hechos que son de sobra conocidos: Por la tarde del 20 de agosto de 1940, llevando ocultos un piolet (instrumento de alpinismo), un puñal y una pistola, Jacques Mornard consiguió entrar al despacho de Trotsky, en la casa de Coyoacán donde el líder ruso vivía hospedado por Frida Kalho y Diego Rivera. Mientras Trotsky leía un escrito mostrado por Mornard, éste aprovechó y lo hirió en la cabeza con el piolet. Al escuchar al herido, los guardias acudieron, detuvieron y golpearon al agresor.

Existe la errónea creencia muy difundida de que la sentencia de este caso la dictó el Juez Raúl Carrancá y Trujillo,⁹ como titular del Juzgado Mixto del Partido Judicial de Coyoacán, quien adquirió notoriedad internacional a raíz de que le fuera consignado el asunto, pero dicha información no es verídica¹⁰ porque él dejó de conocer del caso debido a una renovación del Poder Judicial en 1941, en razón de la cual se turnó el expediente al Juez Décimo Sexto de lo Penal, Manuel Rivera Vázquez, que concluyó la instrucción y debido a que también integraba la Sexta Corte Penal, fungió igualmente como Ponente de la sentencia.¹¹

9 Tal equivocación se ha generado porque en infinidad de libros, artículos y notas periodísticas por lo general se hace referencia a Carrancá y Trujillo como el único juzgador que intervino en el caso, lo que no es exacto. Un ejemplo de tal equívoco puede verse cuando Garmabella erróneamente afirma: "...Ramón Mercader (Jacques Mornard), faltándole todavía algo más de cuatro meses de prisión para cumplir los veinte años fijados por el juez Carrancá y Trujillo...". Cfr. GARMABELLA, José Ramón, *El grito de Trotsky. Ramón Mercader, el hombre que mató al líder revolucionario*, México, Random House Mondadori, 2011, p. 321.

10 Lo hace notar Carrancá y Rivas, cuando sostiene que la "...sentencia de 20 años un día, que por cierto no impuso el juez Carrancá y Trujillo". Cfr. CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, "Trotsky, mi padre y yo", en *Revista Criminogénesis*, número 11, México, 2014, p. 88.

11 La Sexta Corte Penal estaba integrada por los Jueces Manuel Rivera Vázquez, José María de la Garza Villarreal y Rafael García de León. En el trigésimo cuarto resultando de su sentencia textualmente se lee: "...XXXIV. Al renovarse el Poder Judicial en enero de (1941) mil novecientos cuarenta y uno, el Ciudadano Juez de Primera Instancia de Coyoacán, substituto del iniciador de este proceso, se excusó de conocer del mismo ordenando que pasara al Juzgado Mixto de Primera Instancia de Villa Obregón y recibida la causa por este último Juzgado, también se excusó de conocer de ella el Titular, disponiendo que se remitiera al Juzgado Mixto de Primera Instancia de Xochimilco, el que, por su parte, con fecha (20) veinte de enero del año mencionado acordó que, "por ser notorio que la jurisdicción territorial de los Ciudadanos

La resolución fue dictada el 25 de febrero de 1943. Declaró a Jacques Monard responsable penalmente de los delitos de homicidio calificado y portación de armas prohibidas, absolviéndolo respecto del delito de ataque peligroso. Por el homicidio calificado se le impuso 19 años 6 seis meses de prisión y por el delito de portación de armas prohibidas 6 seis meses de privativa de libertad, de manera que en total la pena del sentenciado fue de 20 años de prisión.¹² En la época del dictado de la sentencia, los márgenes de penalidad prevista para el homicidio calificado por el artículo 320 del Código Penal de 1931, eran de 13 a 20 años de prisión,¹³ infiriéndose que el grado de peligrosidad advertido en Mornard por la Sexta Corte Penal fue cercano al máximo, pero es criticable que no lo haya señalado expresamente y hay quien sostiene que, en función de la calidad o circunstancias de la víctima, ameritaba la asignación de una peligrosidad máxima¹⁴ y,

Jueces de las Cortes Penales de la ciudad de México es mucho más próxima” que la del aludido Juzgado, se remitiera el proceso al Tribunal Superior de Justicia del Distrito, para que fuese turnado al Juez de lo Penal que correspondiera; y con fecha (22) veintidós de los citados mes y año, el Ministerio Público consignó la causa a esta Sexta Corte Penal, correspondiéndole conocer de ella el suscrito Juez Ponente y como el Juzgado de Xochimilco antes citado notificó el acuerdo respectivo a la coadyuvante, se devolvió aquélla, por conducto del Ministerio Público, al citado Juzgado, el cual subsanada la deficiencia señalada, devolvió los autos al Juzgado Décimo Sexto de lo Penal, a cargo, como ya se dijo, del C. Juez Ponente en esta sentencia hecha la radicación, la que fue notificada a las partes, el aludido Juzgado se avocó el conocimiento”. *Cfr. Revista Anales de Jurisprudencia*, 30 de junio de 1944, Tomo XLV, número 6, Segunda Época, sin números de página visibles. El texto de ese pasaje de la resolución puede verse también en CARRANCA Y RIVAS, Raúl, “El caso Trotsky, presentación de un proceso”, Conepod, edición facsimilar de Federico Hemmer Colmenares, México, 1994, tomo VI, p. 77).

12 CARRANCA Y RIVAS, Raúl, obra citada en nota anterior, tomo VI, p. 127. Existe también la muy difundida y errónea idea de que a Mornard se le aplicó la pena máxima: “...pidió (el Ministerio Público) para el asesino de Trotsky la pena más grave prevista por las leyes en vigor: veinte años de reclusión. A esta pena precisamente fue condenado Jacson Mornard...” (Gorkin, Julián, *El asesinato de Trotsky*, Barcelona, Aymá Sociedad Anónima Editora, 1971, p. XXX), lo que no es verdad porque los veinte años fueron la suma de las penas de dos delitos y por ninguno de ellos se aplicó la máxima.

13 *Cfr. RUIZ HARRELL*, Rafael, *Código penal histórico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, pp. 255-256.

14 Carrancá y Rivas dice en cuanto a este punto: “El hecho es que las condiciones particulares de la víctima—artículo 52—son determinantes en la calificación de la culpabilidad. ¡Absurda sentencia de 20 años un día, que por cierto no impuso el juez Carrancá y Trujillo! Yo no soy partidario de igualar el grado de culpabilidad con la cantidad de la pena; pero si la pena impuesta sirve para distinguir la naturaleza y sustancia del dolo —como acontece en un homicidio calificado— no hay la menor duda de que se debe imponer la máxima”. *Cfr.*

por ende, de una pena de igual magnitud para ambos delitos materia de la condena.

Dicha sentencia fue recurrida mediante apelación, pero la confirmó la Octava Sala del Tribunal Superior de Justicia del entonces Distrito Federal¹⁵, cuya determinación fue impugnada mediante el juicio de amparo directo 7060/44, del que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁶ el cual negó la protección de la justicia federal. Ante ello, la pena total de 20 años debía compurgarla necesariamente el sentenciado. De ahí que, la única posibilidad de acortar el tiempo de su estadía en prisión era a través de lo que la ley establecía como beneficios penitenciarios, aplicables bajo determinadas circunstancias durante la ejecución de la sentencia condenatoria.

3. EL ESQUEMA DE EJECUCIÓN PENAL EN LA ÉPOCA DE LA CONDENA DE MORNARD

Desde el punto de vista de los fines de la pena, es sabido que el Constituyente de 1917 utilizó en el texto constitucional original el término “regeneración”¹⁷. La legislación secundaria habría de hacerlo extensivo a sus preceptos al disponer que el Ejecutivo Federal teniendo a su cargo

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Trotsky, mi padre y yo, loc. cit.*, p. 88. Cabe observar que la afirmación de que la pena impuesta fue de “20 años un día”, está contradicha con el texto mismo de la sentencia que alude al total de 20 años de prisión.

15 El texto de la boleta de Mornard en la que consta el resultado de la apelación, a la letra dice: “Por ejecutoria de la Octava Sala del H. Trib. Sup. de Justicia y por el delito de homicidio y portación de armas prohibidas, sufra veinte años de prisión, en calidad de retención. Por reparación del daño pague la suma de \$3486.00 pesos. Se decomisa el piolet instrumento del delito. Se le absuelve del delito de ataque peligroso. Amonestado”. Este documento puede verse en: https://commons.wikipedia.org/wiki/File:Sentencia_definitiva_condenando_a_Ram%C3%B3n_Mercader_en_1944_-_%27Ram%C3%B3n_Mercader_mi_hermano.pdf.

16 Así se indica en la resolución de clasificación de información 8/2011-J, de 6 de julio de 2011, emitida por el Comité de Acceso a la Información y de Protección de Datos Personales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resoluciones/2017-01/CI_08.11.J.pdf.

17 Cfr. SARRE, Miguel, “Debido proceso y ejecución penal”, en *Revista Derecho Penal Mínimo*, número 9, julio de 2012, p. 161.

la ejecución de las penas,¹⁸ al igual que la organización de los lugares destinados a la prisión preventiva y al cumplimiento de las penas y medidas de seguridad, debía ejercer su función “...sobre la base del trabajo como medio de regeneración...”¹⁹

Entre los beneficios que en la etapa de ejecución podían obtenerse, sobre la premisa de la “regeneración”, se incluía el de la denominada libertad preparatoria, de la que podían beneficiarse los sentenciados a más de dos años de prisión que hubieren cumplido los dos tercios de su condena, siempre que también hubieren observado con regularidad los reglamentos carcelarios y que el Ejecutivo resolviera positivamente basado en los informes de los cuerpos consultivos (Comisiones Unitarias) bajo determinadas condiciones.²⁰ Existía prohibición expresa para conceder este beneficio penitenciario cuando se tratase de condena por robo de infante, así como respecto de delincuentes reincidentes o habituales.²¹ La observancia de mala conducta por parte del sentenciado con libertad preparatoria o la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones legales exigidas al otorgársele el beneficio, eran causales de revocación de la libertad preparatoria.²² Y por supuesto que los sentenciados que disfrutasesen de dicha libertad quedaban bajo el cuidado y vigilancia de la autoridad.²³

De la más elemental observación a ese esquema legal vigente a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia a Jacques Mornard,

18 Cfr. art. 77 del Código Penal de 1931, en RUIZ HARREL, Rafael, *op. cit.*, p. 71.

19 Cfr. art. 79, *ibidem*, p. 72.

20 Cfr. art. 84, *ibidem*, pp. 74-75.

21 Cfr. art. 85, *ibidem*, p. 76. Llama la atención que durante mucho tiempo el legislador no ampliara los supuestos de prohibición fundados en la naturaleza del delito, pues fue hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, cuando se extendió a otros delitos, entre ellos el homicidio doloso calificado. Cfr. RUIZ HARRELL, Rafael, *op.cit.*, pp. 77-78. Dado que en la Ley Nacional de Ejecución actual publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016, ha sido suprimida la denominada libertad preparatoria y se establecen otras categorías de beneficios penitenciarios, por más que alguno de ellos se asemeja a la libertad preparatoria, el tema de las prohibiciones por razón de la naturaleza del delito no es relevante para los efectos del presente estudio.

22 Cfr. art. 86, *ibidem*, p. 78.

23 Cfr. art. 87, *ibidem*, p. 80.

se advierte que si el cumplimiento de las sanciones estaba basado en el trabajo como medio de “regeneración”, ello daba lugar a considerar que el delincuente, precisamente a consecuencia del delito cometido, era un degenerado al que era necesario regenerar, y este simple detalle pone de relieve el modelo positivista de carácter etiológico que regía en la legislación penal de la época, pero que además tenía fundamento constitucional. Las causas mismas de la delincuencia se buscaban hacia el interior del individuo etiquetado como anormal y, por tanto, generador de un estado de peligro que, mientras subsistiera, justificaba la segregación o aprisionamiento del sujeto. La posterior crítica fundamental a dicha visión consistiría en que no debe sancionarse a la persona por su condición de tal o por su forma de vida, sino por los actos que realiza.

Si bien durante el cumplimiento de la condena de Mornard, en 1964-65, ocurrió una reforma que sustituyó el concepto de “regeneración” por el de “readaptación social”, esto no fue realmente un gran avance pues si bien el delincuente dejó de ser un degenerado pasó a ser un desadaptado: un sujeto anormal por ser mental o psicológicamente desviado.²⁴ Tanto el degenerado como el desadaptado fueron concebidos como generadores de riesgo y su peligrosidad era en ambos casos la justificación de su sancionamiento y, por lo mismo, de su permanencia en prisión aun después de cumplida la pena impuesta por el juzgador pues eventualmente podía operar la figura de la retención.²⁵ Desafortunadamente para Mornard dicha reforma no disminuyó las exigencias

24 Cfr. SARRE, Miguel, *op. cit.*, p. 162. La significativa evolución del concepto llegaría después con la reforma constitucional de 2008, que incorporó con el término reinserción social.

25 La figura de la retención estaba prevista por los artículos 88 y 89 del Código Penal de 1931: “Art. 88. Las sanciones privativas de libertad, siempre que excedan de un año, se entienden impuestas en calidad de retención hasta por la mitad más de su duración; así se expresará en la sentencia, sin que la omisión de este requisito sea obstáculo para hacerla efectiva. Art. 89. La retención se hará efectiva cuando a juicio del Ejecutivo, el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, resistiéndose al trabajo, incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los reglamentos del establecimiento penal”. Cfr. RUIZ HARRELL, Rafael, *op. cit.*, p. 80.

del artículo 84 para el otorgamiento de libertad preparatoria,²⁶ aunque lo determinante en su caso específico fue la opinión de Quiroz Cuarón, al considerar que aun habiendo transcurrido los dos tercios del tiempo de la condena impuesta, persistía el estado de peligrosidad o riesgo que dicho sujeto representaba:

...En síntesis, la peligrosidad criminal es la probabilidad de que un delincuente vuelva a delinquir. En consecuencia, interesa saber apreciar la citada probabilidad para la comisión de una nueva infracción. En otros términos, es necesario establecer un pronóstico acerca de la futura conducta de una persona que haya delinquido, y tal labor, se deduce del cuidadoso estudio de la personalidad:...ha quedado científicamente establecida la identidad del asesino de León Trotsky que ha resultado no ser otro que Ramón Mercader. Con los antecedentes proporcionados adquieren todo su valor las conclusiones que hace más de diez años habíamos entregado al señor juez; en efecto, no hay duda de que Ramón Mercader ha tenido habilidades para fingir, ocultar y engañar; su conducta anterior y posterior al delito fue y es sospechosa y anormal, por cuanto que usó pasaporte falso y continúa usando un nombre falso (Jacques Mornard).²⁷

Dado que no es posible aquí un análisis a fondo sobre el desarrollo de los modelos explicativos sobre el fenómeno delincuencial, baste con señalar que en la actualidad el derecho penal de autor basado en el paradigma etiológico ha sido reemplazado por el derecho penal de acto, conforme al cual se responsabiliza al sujeto atendiendo a la conducta delictuosa y donde la medida de las penas o medidas de seguridad no está en su peligrosidad, sino en su culpabilidad graduable en función

26 Los requisitos del artículo 84 para la libertad preparatoria serían modificados hasta mucho después, mediante reformas en 1971 y 1974, disminuyéndose el porcentaje exigido de cumplimiento de la condena, que finalmente se fijo en tres quintas partes tratándose de delitos intencionales y la mitad de la pena si el delito era imprudencial, además de atemperarse las demás exigencias para la obtención del beneficio. *Ibidem*, pp. 75-76.

27 CENICEROS, Eduardo, *Jacques Mornard. Gestiones para obtener su libertad preparatoria*, México, Imprenta Gráfica Atenea, 1957, pp. 122 y 150.

de las circunstancias vinculadas con la conducta sancionable. Esto explica, por ejemplo, el rechazo de los estudios de personalidad y de los informes de antecedentes penales dentro de los procesos actuales, en tanto que se utilizaban para determinar qué tan peligroso era el imputado y así imponerle la correlativa pena en la sentencia final. Hoy en día la finalidad de la pena estriba en la reinserción social entendida como el restablecimiento de todos sus derechos al sentenciado.²⁸ Pero la evolución del sistema de ejecución penal también puede verse en el hecho de que la reforma constitucional de 2008, haya producido el reemplazo del Ejecutivo Federal por el Juez de Ejecución Penal, dando lugar a la llamada judicialización de la ejecución penal.²⁹

4. INCURSIÓN DE ROJINA VILLEGAS COMO JUZGADOR PENAL

Rafael Rojina Villegas no es reconocido en el terreno del Derecho penal, al contrario de cómo sucede tratándose del Derecho civil. Nació el 22 de julio de 1908 en la ciudad de Orizaba, Estado de Veracruz. Ahí cursó la primaria y secundaria; luego fue alumno de la Escuela Nacional Preparatoria, y concluido el bachillerato estudió la Licenciatura en Derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, hoy Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde con mención honorífica obtuvo su título profesional el 7 de mayo de 1930 con la tesis *Sociología del Derecho y del Estado*, que defendió ante el sínodo integrado por Antonio Caso, Manuel Gómez Morín, Rodolfo Brito Foucher, Ricardo José Zevada y José Zapata Vela. Con posterioridad fue nombrado doctor en Derecho *ex officio* en virtud del Estatuto del Doctorado en Derecho de 3 de mayo de 1949, aprobado por el H. Consejo Técnico el 29 de abril del mismo año.

²⁸ El artículo 4 de la actual Ley Nacional de Ejecución Penal define la reinserción social: “Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”.

²⁹ Con motivo de esa reforma el tercer párrafo del artículo 17 constitucional señala actualmente: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

De 1934 a 1964 se desempeñó como profesor de los cuatro cursos de Derecho civil y de Introducción al estudio del Derecho. En la División de Estudios de Posgrado impartió la materia de Derecho privado de 1954 a 1964.³⁰

En el ámbito de la judicatura, Rojina Villegas se desempeñó como Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1945 a 1951; después fue Magistrado de Circuito de 1951 a 1958; y de 1962 a 1976 ocupó el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.³¹ Sin embargo, el terreno de su mayor influencia fue el académico reflejado en sus importantes publicaciones. En 1943 publicó la *Teoría del supuesto jurídico y de la nulidad en el Derecho mexicano*, en *El Nacional*; entre 1943 y 1944 publicó los dos tomos de su *Introducción y teoría fundamental del Derecho y del Estado*; en 1947 publicó su *Teoría jurídica de la conducta*, en Ediciones Botas. En el año de 1948 publicó un artículo sobre la “Transacción”, en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. En 1949 apareció su *Introducción al estudio del Derecho*. También en la década de los años cuarenta en la Editorial Jus publicó varios tomos de su *Derecho Civil Mexicano*, aunque fue al inicio de los años cincuenta cuando publicó los tomos de esa monumental obra bajo el sello editorial de la Antigua Librería Robredo. En 1958 apareció: “Existencia e inexistencia de los actos jurídicos”, en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Al final de la década de los cincuenta, la Editorial Porrúa comenzó a publicar los ocho tomos del *Derecho civil mexicano*. Y en 1962 apareció el *Compendio de Derecho civil* en cuatro tomos, en Editorial Porrúa.

Suele decirse que en el Derecho mexicano existen cuatro generaciones de códigos civiles, y que la tercera de ellas está representada por el

³⁰ Cfr. *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año I, número 2, mayo-agosto 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. V y VI.

³¹ Cfr.: <https://www.clubensayos.com/Filosofía/De-la-biografía-Hans-Kelsen-Rafael-Rojina-Villegas/289268.html>.

Código Civil de Morelos, de 1945, cuyo principal redactor fue Rojina Villegas.³² Esto es una muestra más de su capacidad en la elaboración de textos jurídicos, la cual había quedado de manifiesto incluso desde su época de estudiante cuando conjuntamente con Eduardo García Maynez, amigo suyo y compañero de aula, escribió un artículo sobre el Derecho de los aztecas, publicado en el número de marzo-mayo del año de 1929 de la *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Jurisprudencia*, de la Universidad Nacional Autónoma de México.³³

Dado que en la trayectoria académica y laboral de Rojina Villegas, al que se muestra siempre como un civilista en toda la extensión de la palabra, nunca se le destaca como penalista, resulta extraño encontrar un texto de Derecho penal de su autoría. Aunque solamente se trate de una resolución en la que intervino como relator debido a su cargo de Magistrado penal de Tribunal Colegiado, no deja de ser interesante revisar su contenido en función de los criterios que en aquel entonces prevalecían sobre todo por el asunto involucrado, como lo era el caso Trotsky en la fase de ejecución sentencia.

5. RAZONES DE ROJINA VILLEGAS PARA NEGAR LIBERTAD PREPARATORIA A MORNARD

La cronología de lo sucedido en torno a la libertad preparatoria que como beneficio penitenciario solicitó el sentenciado Jacques Mornard, ante la autoridad ejecutora de las sanciones penales que, en aquel entonces, lo era el Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación, es la siguiente:

- 1) El Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación mediante resolución escrita (expediente 8/423.42/3049) negó el beneficio

32 Cfr.: https://www.uaeh.edu.mx/campus/icshu/revista/revista_num7_09/originales/Derecho-Microestructura.doc.

33 *Idem*.

penitenciario de libertad preparatoria a Jacques Mornard. En dicho documento textualmente se lee: "Al reo, Jacques Mornard Vandendresched. Penitenciaría del Distrito Federal., Ciudad. Ampliando la comunicación número 939, en que este Departamento da respuesta a su solicitud de libertad preparatoria, me permito remitir a usted en veintitrés fojas, el estudio completo que en relación con su pedimento realizó esta Dependencia y que sirve de fundamento a la resolución que ya le fue dada a conocer. Atentamente. Sufragio efectivo no reelección.- México, D.F., a 25 de enero de 1956. La Jefe del Departamento.- Lic. María Lavalle Urbina..."³⁴

2) Contra esa resolución Jacques Mornard promovió juicio de garantías (juicio de amparo 201/956) ante el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, cuyo titular era el Licenciado Clotario Margalli González, quien por sentencia de 8 de marzo de 1956, concedió el amparo al quejoso por considerar procedente su libertad preparatoria. Como argumentos esenciales al respecto, el Juez consideró inoperantes los razonamientos de la autoridad ejecutora "...para negar la libertad preparatoria y para obstinarse en conservar en nuestro país a un individuo indeseable, que a la vez constituiría la prolongación de una carga que ha tenido el Estado desde que el reo cometió el delito. En efecto, se dice en el informe que de concederse la libertad preparatoria, no se podrían tomar las medidas de seguridad requeridas por la Ley en esos casos para que, como el reo ha ocultado su identidad, cambiando de nombre no se le podrá controlar durante su libertad. Esta afirmación es inconsistente, puesto que esas medidas asegurativas no se tomarían sobre el nombre, sino sobre la persona del reo, a quien se le puede señalar con los tres nombres con que se le ha conocido y quien estaría sujeto a las diversas medidas que se adopten con tal objeto como el señalamiento de fianza, vigilancia de la policía y demás que señala la Ley; pero que, cabe aquí repetir, que tales medidas no llegarán a tomarse, porque la Secretaría de Gobernación con toda seguridad se apoderará de su persona para expulsarlo de México como indeseable, de suerte que la Sociedad Mexicana nada tendría que temer, aun cuando se estimase que sigue siendo un individuo peligroso, como se sostiene por

³⁴ CENICEROS, Eduardo, *Jacques Mornard. Gestiones para obtener su libertad preparatoria*, México, Imprenta Gráfica Atenea, 1957, pp. 47-48.

la responsable, basándose en el estudio neuro-psicofisiológico llevado a cabo por el Psiquiatra Quiroz Cuarón, cuyo estudio adolece, por lo demás, del defecto de haber sido hecho a raíz de la consumación del crimen y, aunque, en ciertos aspectos, subsisten algunas características observadas hace más de quince años, esto no es suficiente para concluir que se encuentre en el mismo estado en la actualidad, ya que su psiquis seguramente ha evolucionado durante su encarcelamiento, como lo demuestra la amplia información testimonial y documental aportada en relación con la conducta observada en el penal, a tal grado que hasta recibió un diploma especial por su labor de alfabetización y humanitaria que ha desarrollado en prisión...”³⁵

3) El Departamento de Prevención Social, a través de su titular María Lavalle Urbina, impugnó esa sentencia de amparo mediante recurso de revisión,³⁶ esgrimiendo en su expresión de agravios que, de aceptarse el razonamiento del Juez de Distrito que concedió el amparo, “...resultaría que los extranjeros al margen de la ley, quedarían sin castigo y, en tal situación, burlada la sociedad y el Estado Mexicano y no solamente sino que sería un peligro bajo el punto de vista internacional. Por último, uno de los requisitos más importantes que se requieren para conceder la libertad preparatoria es que el reo se haya arrepentido; que se haya enmendado o corregido en la inclinación o tendencia que lo impulsó a delinquir; y que el delincuente no sea peligroso, elementos no favorables al reo...”³⁷

4) De ese recurso de revisión conoció el Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito (Toca R-342/56), integrado por los Magistrados Rafael Rojina Villegas, Eduardo Elourdy y Ernesto Aguilar Álvarez, el primero de éstos con el carácter de relator, quienes por resolución de 14 de diciembre de 1956, revocaron la sentencia del citado Juez Segundo de Distrito y negaron el amparo a Jacques Mornard, respecto de la resolución del Departamento de Prevención Social que había negado la libertad preparatoria,³⁸ y

35 *Ibidem*, pp. 188 a 196.

36 *Ibidem*, pp. 199 a 202.

37 *Ibidem*, p. 202.

38 *Ibidem*, pp. 228 a 246.

5) Cuando le faltaba un poco más de cuatro meses para cumplir su condena de 20 años de prisión, por escrito de 6 de marzo de 1960, dirigido Gustavo Díaz Ordaz, Secretario de Gobernación en aquel entonces, Jacques Mornard solicitó nuevamente su libertad preparatoria y el asunto se turnó a Luis Echeverría Álvarez, Subsecretario de la misma dependencia, quien suscribió el acuerdo para que Mornard fuera puesto en libertad y expulsado del país, lo cual autorizó también María Lavalle Urbina como directora del Departamento de Prevención Social.³⁹

De todo lo anterior, un cuestionamiento obligado que salta a la vista estriba en preguntarnos por qué la Secretaría de Gobernación (a través de su Departamento de Prevención Social) primero le negó la libertad preparatoria a Mornard y luego se la concedió. Es cierto que en la segunda petición faltaban unos pocos meses para que cumpliera la totalidad de su condena, pero ¿era esa razón suficiente para no exigirle el cumplimiento completo de la pena de prisión impuesta en la sentencia? El análisis de las razones para rechazar el beneficio penitenciario expuestas en la resolución del Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito, en la que fue Magistrado Relator Rafael Rojina Villegas, nos servirán para responder a esa pregunta con mayores elementos de juicio.

Según la relatoría de Rojina Villegas, el citado tribunal federal consideró fundados los agravios expresados en el recurso de revisión por el Departamento de Prevención Social, señalando en primer término lo siguiente:

...este Tribunal estima que la carencia de datos a que alude el agravio que se analiza sí justifica el que se haya negado al quejoso la libertad preparatoria. Como ya se ha dicho, la finalidad de la medida es establecer otro modo o manera de cumplir la sanción impuesta por la autoridad judicial, consistente en la privación de la libertad, para facilitar que el reo vuelva sin transtornos a la sociedad y para él, al

39 GARMABELLA, José Ramón, *op. cit.*, pp. 321-322.

seno de la colectividad de donde quedó segregado a virtud de la prisión que sufrió tanto durante el proceso como posteriormente en cumplimiento de la sentencia que le fue impuesta. Esta finalidad tampoco es posible observar en el caso de Jacques Mornard, pues no se conocen en forma precisa los datos relativos a la identidad, nacionalidad, residencia habitual y ocupación anterior y en consecuencia, lógica y legalmente no puede reintegrarse a un reo a un medio social del cual no salió... Lo dicho por el Ministerio Público viene a confirmar el criterio de este Tribunal ya expuesto, es decir, que la libertad preparatoria devuelve al reo en forma restringida al medio social del que salió y que la finalidad de dicha libertad es hacer que la readaptación del delincuente a dicho medio se lleve a cabo en forma que garantice los intereses de la sociedad y del propio reo hasta tanto se cumple el tiempo de la condena, y ninguna de esas finalidades podría obtenerse en el caso de Frank Jackson Mornard o Jacques Mornard, pues en primer lugar, no volvería al medio social de donde fue segregado y, además, habiendo entrado al país con pasaporte falso, es decir, ilegalmente, la concesión de la libertad preparatoria significaría que dicho quedara en aptitud de ser deportado inmediatamente del país, con lo cual quedaría trunco el cumplimiento de la condena que le fue impuesta y se le colocaría en condición de privilegio respecto de los reos nacionales, puesto que al salir del país ya no podrían satisfacerse respecto del quejoso los requisitos que señalan nuestras leyes penales sustantivas y adjetivas, al quedar fuera de la jurisdicción de las autoridades competentes señaladas por dicha ley para su vigilancia y para comprobar que su residencia transcurra durante el último tercio de su condena en las condiciones señaladas por las citadas leyes....⁴⁰

Como acaba de verse, la resolución de Rojina Villegas con la cual le dio la razón a la autoridad ejecutora (léase Secretaría de Gobernación a través de su Departamento de Prevención Social) negó la procedencia de la libertad preparatoria, entre otras razones, porque Mornard "...no volvería al medio social de donde fue segregado y, además, habiendo

40 CENICEROS, Eduardo, *op. cit.*, pp. 232-233.

entrado al país con pasaporte falso, es decir, ilegalmente, la concesión de la libertad preparatoria significaría que dicho quedara en aptitud de ser deportado inmediatamente del país, con lo cual quedaría trunco el cumplimiento de la condena que le fue impuesta y se le colocaría en condición de privilegio respecto de los reos nacionales". Argumento que fue contradicho después por la misma autoridad ejecutora cuando ante la segunda petición de Mornard, incongruentemente le concedió sin más la libertad preparatoria y su expulsión del país, pasando por alto lo que anteriormente se había esgrimido como preocupación de que el cumplimiento total de la condena quedaría trunco, contradicción que subsiste por más que se alegue que en esta segunda ocasión faltaba poco tiempo para que el sentenciado cumpliera su condena completamente.

Otra de las razones del tribunal federal integrado por Rojina Villegas alude a lo siguiente:

...sostiene en resumen la autoridad recurrente (Departamento de Prevención Social) que tampoco se cumplen en la especie las exigencias de la fracción III del citado artículo 84 (del Código Penal Distrital), porque el promovente del amparo (Jacques Mornard) carece de arraigo y no presta ninguna garantía de cumplimiento de residir y no ausentarse del lugar que al efecto se le fije. Tales razonamientos son fundados... porque ningún fin tendría otorgar dicha libertad si inmediatamente tuviera que revocarse porque el reo no pueda cumplir con el requisito de residencia... Ahora bien, el artículo 105 de la Ley General de Población dice textualmente... En consecuencia,... el quejoso Jacques Mornard, en cuanto recupere su libertad, debe ser expulsado del país de acuerdo con el imperativo transcritto, por haberse internado en él en forma ilegal, usando un pasaporte falsificado. En tal virtud, no sería legalmente posible que el citado Mornard pudiera cumplir con el requisito de residencia....⁴¹

41 *Ibidem*, pp. 237-238.

De donde nuevamente se advierte la aseveración de que la libertad preparatoria no era procedente porque tendría que expulsarse a Mornard del país y, por lo mismo, no cumpliría con las condiciones exigidas para la libertad preparatoria, pero ello no importó para nada en la segunda ocasión que pidió el beneficio penitenciario el sentenciado, pues incluso la misma directora del Departamento de Prevención Social, esto es, la licenciada María Lavalle Urbina, que inicialmente había recurrido en revisión la sentencia del Juez de Distrito que concediera la libertad preparatoria, autorizó en dicha segunda ocasión la libertad que Mornard solicitó estando Gustavo Díaz Ordaz como titular de la Secretaría de Gobernación y Luis Echeverría Álvarez como Subsecretario de la misma.

Un último aspecto que me parece importante destacar de la resolución de Rojina Villegas se refiere a los informes de las llamadas Comisiones Unidas, que en la época del asunto que nos ocupa se exigía recabar para determinar sobre de la libertad preparatoria. En torno a este punto, también se le concedió la razón al Departamento de Prevención Social, pues textualmente se lee:

...el artículo 584 invocado (del Código de Procedimientos Penales entonces vigente) previene que recibida una petición sobre libertad preparatoria, el Departamento de Prevención Social deberá recabar informes de tres comisiones unitarias, integradas respectivamente por el Ministerio Público, el Juez o Magistrado y el Director del establecimiento de reclusión que hubieren intervenido en el caso del solicitante, y que el mismo Departamento podrá hacer uso además de los medios que crea pertinentes para investigar la verdad acerca del arrepentimiento y enmienda o curación del reo. Ahora bien, tanto el Presidente de la Sexta Corte Penal, como el C. Agente del Ministerio Público, que integran cada una de las comisiones unitarias respectivas, emitieron la opinión en contra de la concesión de la libertad preparatoria al quejoso y, únicamente, el C. Director de la Penitenciaría

del Distrito Federal hizo constar la buena conducta y comportamiento observado durante su reclusión por el citado Jacques Mornard, estimando que ‘reúne las condiciones de comportamiento necesarias, para que se le conceda la libertad preparatoria solicitada’...Por consiguiente, resulta evidente que si se exige el informe del juez que intervino en el proceso, es con el objeto de que aporte al Departamento de Prevención Social los datos que durante él hubiere obtenido sobre la peligrosidad del delincuente y sus condiciones personales, quedando a cargo del Ministerio Público la defensa del interés social que evidentemente existe para que los hechos criminosos sean sancionados en la forma legal y que la pena impuesta sea compurgada en condiciones tales que no se afecte dicho interés social. Por tanto, los mencionados informes tienen un carácter preponderante... las razones expuestas por el C. Presidente de la Sexta Corte Penal y el Ministerio Público, acreditan sin lugar a duda la imposibilidad de que el quejoso Jacques Mornard pueda disfrutar de la libertad preparatoria para cumplir el último tercio de la condena y, en tales condiciones,... ante las razones expuestas en los mismos, el del C. Director de la Penitenciaría del Distrito Federal tiene una importancia secundaria....⁴²

Lo que también resulta obvio con este pasaje transscrito es que si según la opinión mayoritaria de las citadas Comisiones Unitarias, ante la ausencia de arrepentimiento y enmienda de Mornard —aunado a que no había cambiado posteriormente el sentido de la opinión desaprobatoria de la mayoría de dichas comisiones—, no era factible la concesión de libertad preparatoria para el cumplimiento del último tercio de su condena, opuestamente a como lo determinó la Secretaría de Gobernación a través del Departamento de Prevención Social ante la segunda solicitud del sentenciado. Esto independientemente de que en la actualidad sea absurdo hablar de peligrosidad, arrepentimiento o enmienda como condicionantes para la operancia de los beneficios penitenciarios,

⁴² *Ibidem*, pp. 243-244.

ante el abandono del modelo etiológico o de derecho penal de autor en la legislación penal que regía en aquella época.

6. UNA NOTA FINAL: EL CONTRASTE DE MODELOS DE EJECUCIÓN PENAL

Las razones expuestas por Rojina Villegas en su calidad de Magistrado relator de la sentencia del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito, en base a las cuales se negó el amparo de la justicia federal rechazándose la solicitud del beneficio de libertad preparatoria del que decía llamarse Jacques Mornard, deben considerarse en el contexto del modelo de ejecución penal que prevalecía en aquel entonces dominado por el paradigma etiológico presente en el Código Penal de 1931.

Bajo el modelo actual de ejecución penal la argumentación de esa resolución del tribunal federal integrado por Rojina Villegas no resiste el menor análisis, pero el ejercicio de contrastar ambos esquemas solo tiene sentido si es para mostrar la positiva evolución de la ejecución penal. Esto último, puede constatarse fácilmente, entre otras razones, por el abandono del modelo etiológico y el advenimiento del Juez de Ejecución Penal en reemplazo del Ejecutivo Federal, como autoridad encargada de la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas en las sentencias judiciales.

La falta de congruencia del Ejecutivo Federal como autoridad ejecutora quedó de manifiesto en el caso del homicida de Trotsky, cuando primero rechazó la inicial solicitud de Mornard respecto de su libertad preparatoria y luego, ante la segunda petición y sin existir razones de peso para invalidar los argumentos de la inicial negativa, le concedió dicha libertad y lo expulsó del país.

BIBLIOGRAFÍA

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *El caso Trotsky, presentación de un proceso*, Conepod, edición facsimilar de Federico Hemmer México, Colmenares, 1994.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, "Trotsky, mi padre y yo", en *Revista Criminogénesis*, número 11, México, 2014.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, "Teoría del Juez Penal Mexicano", en *Tres Ensayos*, México, s/e, 1944.

CENICEROS, Eduardo, *Jacques Mornard. Gestiones para obtener su libertad preparatoria*, México, Imprenta Gráfica Atenea, 1957.

GARMABELLA, José Ramón, *Dr. Alfonso Quiroz Cuarón. Sus mejores casos de criminología*, México, Diana, 1981.

GARMABELLA, José Ramón, *El grito de Trotsky. Ramón Mercader, el hombre que mató al líder revolucionario*, México, Random House Mondadori, 2011.

GORKIN, Julián, *El asesinato de Trotsky*, Barcelona, Aymá Sociedad Anónima Editora, 1971.

RUIZ HARRELL, Rafael, *Código penal histórico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

SARRE, Miguel, "Debido proceso y ejecución penal", en *Revista Derecho Penal Mínimo*, número 9, julio de 2012.

WOLDEMBERG, José, "Viena esquina Morelos: El asesinato de Trotsky", *Diario El Nacional*, s/f.

REVISTAS Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Anales de Jurisprudencia, 30 de junio de 1944, Tomo XLV, No. 6, Segunda Época.

Revista de Derecho Privado, nueva época, año I, número 2, mayo-agosto 2002, IIJ-UNAM.

<https://www.clubensayos.com/Filosofía/De-la-biografía-Hans-Kelsen-Rafael-Rojina-Villegas/289268.html>

https://www.uaeh.edu.mx/campus/icshu/revista/revista_num7_09/originales/Derecho-Microestructura.doc

<http://juridico.pri.org.mx/SabiasQue/Sabias.aspx?y=1751http://expresocampeche.com/notas/estado/2012/06/04/maria-lavalle-urbina-mujer-de-vanguardia/>

https://commons.wikipedia.org/wiki/File:Sentencia_definitiva_condenando_a_Ram%C3%B3n_Mercader_en_1944_-_%27Ram%C3%B3n_Mercader._mi_hermano

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resoluciones/2017-01/CI_08.11.J.pdf

PUBLICACIÓN ESPECIAL

RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* DE 18 DE OCTUBRE DE 2017

Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina Supervisión de cumplimiento de sentencia

VISTO:

1. La Sentencia de fondo, reparaciones y costas (en adelante “la sentencia” o “el fallo”) dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”) el 29 de noviembre de 2011.¹ La Corte declaró responsable internacionalmente a la República Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”) por la violación del derecho de libertad de pensamiento y expresión, en perjuicio de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, periodistas que, al momento de los hechos, se desempeñaban, respectivamente, como director editorial de la *Editorial Perfil Sociedad Anónima* y director editorial de la *revista Noticias*, que era publicada por la referida editorial. Dicha violación ocurrió debido a que les fue impuesta una responsabilidad civil ulterior por el ejercicio de su

* El Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, de nacionalidad argentina, no participó en el conocimiento y deliberación de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte.

1 La Sentencia fue notificada el 15 de diciembre de 2011. *Cfr. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf.

libertad de pensamiento y expresión de forma innecesaria y contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los tribunales argentinos los condenaron civilmente en el 2001 al declarar con lugar la demanda interpuesta por el señor Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, por la violación a su derecho a la intimidad, debido a la publicación de dos artículos en 1995 en la mencionada revista, los cuales se referían, entre otros aspectos, a un “presunto hijo no reconocido” del señor Menem, así como la relación de este último con el niño y con su madre.² La Corte Interamericana consideró que no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem, funcionario público electivo de más alto rango del país, debido a que las publicaciones realizadas por la *revista Noticias* constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, puesto que: trataban sobre asuntos de interés público, los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. De tal modo, estimó que la medida de responsabilidad impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada.³ Además de establecer que la sentencia emitida en el presente caso

2 El 10 de julio de 1997 un juez de primera instancia en lo civil resolvió la controversia rechazando la demanda interpuesta por el señor Menem y la reconvenCIÓN interpuesta por uno de los periodistas. El 11 de marzo de 1998 la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió el fallo de primera instancia e hizo lugar a la demanda y condenó a *Editorial Perfil* y a los señores Fontevecchia y D’Amico a pagar al señor Menem la suma de \$150.000,00 (ciento cincuenta mil pesos, equivalente a dólares de los Estados Unidos de América) más sus intereses, y ordenó la publicación de un extracto de la sentencia y el pago de las costas de ambas instancias. El 25 de septiembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia recurrida por los periodistas, aunque redujo el monto de la indemnización a la suma de \$60.000,00 (sesenta mil pesos, equivalentes a dólares de los Estados Unidos de América). *Cfr. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, supra nota 1, párrs. 38 y 39.*

3 En consecuencia, la Corte consideró que el procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de la responsabilidad civil, la imposición de condena contra los referidos

constituye por sí misma una forma de reparación, la Corte ordenó al Estado determinadas medidas de reparación (*infra* considerando 1).

2. La resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia emitida por el tribunal el 1 de septiembre de 2015.⁴

3. Los informes presentados por el Estado los días 1 y 20 de abril de 2016, en respuesta a solicitudes efectuadas por la Corte o su presidente mediante notas de la secretaría del tribunal.

4. El escrito de observaciones presentado por los representantes de las víctimas (en adelante “los representantes”)⁵ el 22 de junio de 2016.

5. El escrito de observaciones presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) el 20 de julio de 2016.

6. La resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia emitida por el tribunal el 22 de noviembre de 2016.⁶

7. Los informes presentados por el Estado el 3 de febrero y de 6 de marzo de 2017, en respuesta a solicitudes efectuadas por el presidente del tribunal mediante notas de su secretaría. En el informe de marzo el Estado puso en conocimiento de este tribunal la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante también “la Corte Suprema de Justicia”, “la Corte Suprema” o “el Tribunal nacional de más alta jerarquía”) el 14 de febrero de 2017 (*infra* Considerando 6).

8. El escrito presentado por el defensor del pueblo de la provincia de Buenos Aires de la República Argentina el 20 de marzo de 2017, mediante el cual remitió la “Resolución 28/17” que emitió el 6 de marzo

periodistas, afectó su derecho a la libertad de expresión. *Cfr. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, supra* nota 1, párr. 72.

⁴ *Cfr. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_01_09_15.pdf.

⁵ El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

⁶ *Cfr. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_22_11_16.pdf.

de 2017, en relación con la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷

9. El escrito de observaciones presentado por los representantes el 18 de abril de 2017.

10. La nota de la secretaría de la corte de 26 de mayo de 2017, mediante la cual, siguiendo instrucciones del tribunal, se convocó a las partes y la comisión a una audiencia pública de supervisión de cumplimiento (*infra* visto 12).

11. El escrito presentado por la comisión el 20 de julio de 2017, en el cual indicó que sus observaciones al informe estatal de marzo de 2017 (*supra* visto 7) y al cumplimiento de las reparaciones serían presentadas durante la audiencia pública (*infra* visto 12).

12. La audiencia pública sobre supervisión de cumplimiento de sentencia, celebrada el 21 de agosto de 2017 en la sede del tribunal.⁸

7 El señor Guido Martín Lorenzino Matta, Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, señaló en el referido escrito que “la Defensoría del Pueblo es un organismo creado por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, cuyo artículo 55 establece que cuenta con autonomía funcional y política y posee entre sus atribuciones las de defender los derechos individuales y colectivos de los habitantes de la provincia frente a los hechos u omisiones [...] del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones”. Además, indicó que el escrito se presenta por “la preocupación que genera” y “la directa implicancia que posee la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, y “con la esperanza de contribuir a que la condena recaída en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico’ sea íntegramente cumplida por la República Argentina”. Al respecto, en la referida “Resolución 28/17” el Defensor del Pueblo resolvió “expresar su preocupación por la sentencia de 14 de febrero de 2017 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” y efectuó una recomendación al Congreso de la Nación. Entre las consideraciones realizadas en la mencionada resolución, el defensor expresó que “lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación genera incertidumbre acerca de su propia doctrina, desarrollada hasta [la emisión de su decisión del 14 de febrero de 2017, en materia de recepción, interpretación y exigibilidad de los derechos contemplados en los tratados internacionales de derechos humanos contenidos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como en relación a los alcances de las obligaciones asumidas por el Estado en el plano internacional]. Asimismo, se refirió a que varias “máximas del Derecho Internacional Público en general, y de particular significación en el campo propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han sido puestas en crisis por el fallo de la Corte Nacional”. En particular, se refirió a que “la obligación del Estado de respetar las decisiones de la Corte Interamericana (art.68.1 CADH) recae sobre todos los poderes del Estado y los órganos que los integran cualquiera sea su jerarquía, siendo posible sostener que esa carga recae con mayor gravitación sobre la propia Corte Suprema que posee —como ella misma se encarga de destacarla en el fallo que motiva la presente resolución— la calidad de ‘órgano supremo y cabeza del Poder Judicial’”.

8 En la audiencia participaron cinco de los siete jueces que integran la Corte. El Juez Roberto F. Caldas, Presidente de la Corte, no participó en esta audiencia por motivos de

13. El escrito de 5 de septiembre de 2017 presentado en calidad de *amicus curiae* por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de *American University Washington College of Law*, y el señor Juan E. Méndez, profesor en residencia de dicha universidad.⁹

CONSIDERANDO:

1. En el ejercicio de su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones,¹⁰ la Corte ha venido supervisando la ejecución de la sentencia emitida en el presente caso en el año 2011 (*supra* visto 1). En la resolución de septiembre de 2015 (*supra* Visto 2), la Corte declaró el incumplimiento del deber de informar de Argentina debido a que habían transcurrido dos años y ocho meses desde el vencimiento del plazo de un año concedido en la sentencia, sin que hubiera presen-

fuerza mayor. Por tal motivo, de conformidad con los artículos 4.2 y 5 del Reglamento del Tribunal, el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, como Vicepresidente de la Corte, asumió la Presidencia en ejercicio para la audiencia. Además, el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni no participó por motivos de nacionalidad (*supra*). A esta audiencia comparecieron: a) por el Estado: Javier Salgado, Agente, Director de la Dirección Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Siro de Martini, Asesor de Asuntos Internacionales de Derechos Humanos del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y Ramiro Badía, Coordinador de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; b) por los representantes de las víctimas: Diego Morales, Director del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS y Damián Loretí, Secretario de la Comisión Directiva de dicha organización, y c) por la Comisión Interamericana: Francisco José Eguiguren Praeli, Presidente, Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión, y Selene Soto Rodríguez, abogada de la Secretaría Ejecutiva. La grabación de la audiencia pública se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://vimeo.com/230510053>.

9 Fue elaborado por CEJIL, representado por su Directora Ejecutiva Viviana Krsticevic, y por la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de *American University Washington College of Law*, representada por su Co-Directora Claudia Martín, y presentado en nombre del señor Juan E. Méndez, profesor en residencia de dicha universidad. En el referido escrito expusieron múltiples argumentos con base en los cuales concluyeron que “[e]l planteamiento del tribunal argentino establece limitaciones inaceptables a la ejecución de las sentencias internacionales cuando involucren determinaciones judiciales”. Asimismo, afirmaron que “el incumplimiento de la orden de la Corte [Interamericana] fundado en la decisión de la Corte Suprema de Justicia] implica un desafío estructural a la eficacia del SIDH en la República Argentina con consecuencias significativas para la ciudadanía”.

10 Facultad que además se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana y 30 de su Estatuto y se encuentra regulada en el artículo 69 de su Reglamento.

tado su primer informe sobre el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas. El tribunal también dejó constando que durante todo ese tiempo no había recibido escrito alguno de los representantes de las víctimas.¹¹ Fue recién en abril de 2016 que el Estado presentó el primer informe sobre el cumplimiento de la sentencia de este caso (*supra* visto 3). La información fue valorada por este tribunal en la resolución de noviembre de 2016 (*supra* visto 6), en la cual se declaró cumplida la medida de reparación relativa a la publicación y difusión de la sentencia,¹² y se mantuvo abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las otras dos medidas de reparación, relativas a: “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias” (*infra* considerando 3 a 35) y pagar las cantidades dispuestas por concepto de reintegro de costas y gastos incurridos en la jurisdicción interamericana (*infra* considerando 36 a 42).

2. Seguidamente, el tribunal valorará la información presentada por las partes respecto del cumplimiento de las referidas medidas de reparación y determinará el grado de cumplimiento por parte del Estado. El tribunal realizará primeramente las consideraciones sobre la medida de reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico y, posteriormente, la relativa al reintegro de costas y gastos.

A. *Dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico*

A.1. *Medida ordenada por la Corte*

11 Durante ese tiempo tampoco se recibieron escritos por parte de la Comisión Interamericana.

12 Ordenada en el punto dispositivo tercero y en el párrafo 108 de la Sentencia.

3. En el punto dispositivo segundo de la sentencia se ordenó que “el Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la [...] sentencia, en los términos del párrafo 105 de la misma”.

4. En el referido párrafo 105 de la sentencia, la Corte estableció lo siguiente:

105. Esta Corte ha determinado que la sentencia emitida el 25 de septiembre de 2001 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta por un tribunal de Alzada, violó el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico [...]. Por lo tanto, el tribunal dispone, de conformidad con su jurisprudencia, que el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de terceros; a saber: *a)* la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico; *b)* la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno, y *c)* así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la [...] Sentencia.¹³ (*Énfasis añadido*)

13 De lo establecido por la Corte en los párrafos 38, 39, 72 y 105 de la Sentencia se desprende que los efectos de las referidas sentencias internas condenatorias fueron los siguientes:

I. “la atribución de responsabilidad civil” a los señores Fontevecchia y D’Amico y de la Editorial Perfil por la publicación de notas periodísticas al considerar que con ello lesionaron de forma ilegítima el derecho a la intimidad del actor del proceso civil, el señor Carlos Menem;

II. la imposición del pago de un monto indemnizatorio de \$60.000,00 (sesenta mil pesos) a favor del actor del proceso civil, más los intereses;

III. la publicación en la Revista Noticias de un extracto de la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, y

IV. la imposición del pago de los “gastos causídicos” de la primera instancia civil ante la Cámara de Apelación, así como las costas ante Corte Suprema en un 90% a cargo de los demandados.

A.2. Información y observaciones de las partes y de la Comisión

5. La Corte efectuará un resumen de la información aportada por escrito, a partir del 2016 (*supra* vistos 3 a 5, 7 y 9 y considerando 1), y durante la audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencia efectuada el 21 de agosto de 2017 (*supra* visto 12).

a) Información del Estado

6. Argentina informó en abril de 2016 que “respecto a dejar sin efecto la condena civil impuesta los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias, la cuestión se encontraba bajo estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Ello, en razón de que la Dirección General del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos remitió en mayo de 2013 una solicitud formulada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación a la Corte Suprema para que ésta cumpliera “de conformidad con su competencia lo dispuesto en el párrafo 105” de la sentencia de la Corte Interamericana. Posteriormente, en su informe de marzo de 2017 el Estado remitió a la Corte Interamericana copia de la decisión adoptada por la Corte Suprema el 14 de febrero de 2017 con respecto a la referida solicitud.¹⁴ En dicha decisión la Corte Suprema concluyó que “no correspondía hacer lugar

En cuanto a los montos pagados por las víctimas como consecuencia de la condena civil impuesta, en el párrafo 40 de la Sentencia se detalló que por orden dictada en proceso de ejecución de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de septiembre de 2001 se embargaron haberes que percibía mensualmente el señor D’Amico, desde marzo de 2004 hasta noviembre de 2005, “hasta cubrir la suma de [ciento ocho mil quinientos pesos con setenta y cinco centavos] con la de [treinta mil pesos] que se presupuestó para responder a intereses y costas”. Por su parte, “Editorial Perfil cubrió la suma correspondiente a la tasa de justicia por \$105.808,50 (ciento cinco mil ochocientos cincuenta centavos)”.

14 Cfr. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14 de febrero de 2017 en relación con los autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (anexo al informe estatal de 6 de marzo de 2017). Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-Mximo-Tribunal-argentino.html>.

a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación”.¹⁵ Dicho tribunal sostuvo, entre otros argumentos,¹⁶ que:

I. Aun cuando “las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste [...], dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”;¹⁷

II. En la sentencia de este caso la Corte Interamericana se excedió en sus “potestades remediales” al ordenar que se dejara sin efecto una sentencia dictada por la Corte Suprema, ya que “el tenor literal de la norma [prevista en el artículo 63.1 de la Convención Americana] no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional”;¹⁸

III. “Dejar sin efecto la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa ‘Menem’ en virtud de la orden de la Corte Interamericana [...] —lo cual es sinónimo de ‘revocar’ [...]— implicaría transformar a dicho tribunal internacional, en una ‘cuarta instancia’ revisora de las sentencias dictadas por la Corte Suprema, en clara violación de los principios estructurales del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema”;¹⁹

15 *Cfr.* Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 20º.

16 Para sustentar tal tesis, la Corte Suprema expone en su decisión “las razones” de su “respuesta negativa”, las cuales se basan en argumentos tales como: el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la fórmula de la “cuarta instancia”, el “margen de apreciación nacional”, la interpretación literal del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la transgresión a los principios fundamentales del derecho público argentino contenidos en los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional, entre los cuales se encuentra el carácter de dicho tribunal interno como “órgano supremo y cabeza del Poder Judicial”.

17 *Cfr.* Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 6º.

18 *Cfr.* Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerandos 13º y 14º.

19 *Cfr.* Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 11º.

IV. “La Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional”,²⁰ y que

V. “Revocar la sentencia firme dictada por este tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión de los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional”.²¹

7. Al aportar la copia de la referida decisión judicial interna, el *Estado* sostuvo que, “sin perjuicio de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia”, va a cumplir con “el propósito medular de la medida de reparación” relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico, el cual “tratándose de una decisión jurisdiccional dictada en el marco de un proceso ordinario por daños y perjuicios sustanciado en sede civil, [...] se limita al pago de la indemnización pecuniaria que los peticionarios (los señores Fontevecchia y D’Amico) debieron oportunamente satisfacer en favor del demandante (Carlos Menem)”. Agregó que “se encuentra en pleno proceso” la ejecución de dicho reembolso,²² con lo cual “quedará extinguidos en todos sus extremos” los efectos de la condena civil impuesta a las víctimas.

8. En la audiencia pública de supervisión de cumplimiento (*supra* visto 12) el *Estado* “ratificó” “la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana [...] en todos sus términos”. En lo relativo a reintegrar a las víctimas las sumas que pagaron como consecuencia de

20 *Cfr.* Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 12º.

21 *Cfr.* Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *supra* nota 14, Considerando 17º.

22 En su informe de febrero de 2017, *Argentina* expuso que “se estaba llevando a cabo el cálculo de los montos establecidos en el párrafo 105 [de la Sentencia de la Corte Interamericana] (capital, intereses, costas y tasa de justicia)”, pero que su “determinación resulta[ba] de gran complejidad en razón de que los pagos se fueron realizando en forma parcial a través de embargos promovidos por la parte actora en el proceso [civil] por daños y perjuicios seguido contra los señores Fontevecchia y D’Amico”.

la condena civil (*supra* considerando 4), indicó que “está en trámite un proyecto de Decreto presidencial ante la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos” para ordenar dicho reintegro, y que “en breve tiempo va a salir el Decreto”, posiblemente “antes de fin de año”, “comprometiéndose a dar cuenta a la Corte cuando ello suceda”. Respecto a dejar sin efecto la condena civil, el Estado afirmó que, en virtud del principio de la separación de poderes, en la República Argentina “la Corte Suprema Argentina [...] es quien tiene que resolver este tema porque implicaba la intervención de un expediente judicial”, por lo que “la Corte Suprema es el Estado argentino”. Afirmó que “el Poder Ejecutivo no puede [...] arrogarse funciones judiciales”; que no es un tema de “falta de voluntad”, sino que “no tiene posibilidad de hacer nada más”, ya que “no tiene herramientas de derecho interno que le permitan hacer algo diferente a lo ya hecho”. Afirmó que, “por tal razón, nada tenía ni podía agregar el Estado argentino en esta instancia a través de su órgano ejecutivo a lo expuesto por su órgano judicial máximo actuando dentro del ámbito de sus potestades y atribuciones constitucionales, en aquella sentencia que fuera remitida oportunamente”.

b) Información y observaciones de los representantes de las víctimas

9. Los representantes de las víctimas sostuvieron, tanto en sus observaciones escritas como en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento, que la devolución de las sumas pagadas por las víctimas es solo uno de los efectos que tuvieron las decisiones judiciales internas que atribuyeron responsabilidad a las víctimas. Al respecto, explicaron que la posición asumida por el Estado de considerar cumplida la reparación sólo con el reintegro de esas sumas (*supra* considerando 7) “desatiende la autonomía de cada reparación” y que “el reintegro de los montos abonados por las víctimas [...] de ningún modo es suficiente”.

te para tener por cumplido lo ordenado en la sentencia”, ya que con ello “no se deja sin efecto la atribución de responsabilidad civil” a los señores Fontevecchia y D’Amico, lo cual “sólo podría hacer el Poder Judicial y tampoco deja sin efecto la condena”. Además, expusieron amplios argumentos respecto a las razones por las cuales consideran que la decisión de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2017 implica un “manifiesto incumplimiento” de la sentencia de la Corte Interamericana respecto a la reparación relativa a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil a las víctimas, así como que también implica un “grave retroceso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que pone a Argentina al margen de sus compromisos internacionales”, y que tiene efectos que “exceden por mucho el caso de referencia y plantean un cuadro de debilitamiento general de la protección de derechos humanos en la Argentina”. También presentaron alegatos sobre al efecto inhibitorio respecto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión que genera el mantener una decisión judicial interna como la que atribuyó responsabilidad civil a las víctimas de forma violatoria a la Convención Americana.

10. En cuanto a las acciones implementadas por el Estado para reintegrar a las víctimas las sumas que pagaron como consecuencia de la condena civil, los representantes expresaron su preocupación por el tiempo transcurrido sin que se hubiera dado cumplimiento a este extremo de la sentencia, y se refirieron a la falta de respuesta del Estado a los escritos que le presentaron en enero y julio de 2017, en relación con una “cuantificación del monto total en pesos argentinos y en dólares que debía ser entregado a las víctimas”.²³

23 Los *representantes* aportaron como anexo a sus observaciones de abril de 2017, el escrito que habrían dirigido al Secretario de Derechos Humanos, al Coordinador de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos y a la Dirección de Contencioso Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

c) Observaciones de la Comisión

11. La *Comisión Interamericana* destacó en la audiencia pública de supervisión de cumplimiento que “un elemento esencial de la restitución en este caso es, sin duda, eliminar la atribución de responsabilidad civil a las víctimas; la decisión que impuso esta responsabilidad ulterior es incompatible con la Convención”. También expuso las razones por las cuales considera que “la decisión de la Suprema Corte Argentina es un grave obstáculo para el cumplimiento de la Sentencia de la Corte Interamericana, cuyas implicancias trascienden al caso”. Al respecto sostuvo, entre otros argumentos, que “el desconocimiento por parte del máximo tribunal argentino de la competencia de la Corte Interamericana en este caso, vulnera el derecho de las víctimas [...], dado que no ha cesado la violación en su perjuicio, y [...] también genera un efecto sistémico regresivo más general para Argentina, en tanto desconoce la exhaustiva ponderación realizada por la Corte Interamericana” en la sentencia del presente caso en materia de libertad de expresión y derecho a la vida privada de funcionarios públicos electivos. Solicitó a la Corte que declare que la posición del Estado sobre el cumplimiento de la reparación ordenada no resulta consistente con la sentencia que expidió este tribunal internacional en este caso, ni con su práctica, ni con los principios básicos que regulan la responsabilidad internacional del Estado.

A.3. Consideraciones de la Corte

12. Este tribunal ha resaltado que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt*

servanda) y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.²⁴

13. De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana “el fallo de la Corte será definitivo e inapelable”, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada internacional.²⁵ El cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia es una obligación que no está sujeta a condiciones, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “los Estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Dichos Estados tienen la obligación convencional de implementar tanto en el ámbito internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el tribunal en las sentencias, y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional²⁶. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado²⁷, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.²⁸

24 Cfr. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, Considerando 4, y Caso López Lone y otros vs. Honduras. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2017, Considerando 15.

25 Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Considerandos 61 y 68.

26 Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, *supra* nota 24, Considerando 3, y Caso López Lone y otros vs. Honduras, *supra* nota 24, Considerando 14.

27 Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, *supra* nota 24, Considerando 4, y Caso López Lone y otros vs. Honduras, *supra* nota 24, Considerando 14.

28 Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay, *supra* nota 25, Considerando 59, y Caso López Lone y otros vs. Honduras, *supra* nota 24, Considerando 14.

14. Los Estados parte en la convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado²⁹. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron.

15. La Corte ha sostenido reiteradamente tal obligatoriedad cuando en dos casos contra Venezuela (casos *Apitz Barbera y otros* y *López Mendoza*), el Estado sostuvo que no daría cumplimiento a las sentencias con base en que la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de ese país emitió decisiones en el 2008 y 2011 que declaraban la “inejecutabilidad” de tales sentencias de la Corte Interamericana. Este Tribunal ha afirmado que aun cuando exista una decisión del tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional declarando tal “inejecutabilidad”, ello no puede oponerse como una justificación para el incumplimiento de lo dispuesto por este tribunal internacional.³⁰

16. En el cumplimiento del deber de “dejar sin efecto” las sentencias internas que se determinaron en la sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este tribunal. En su decisión la Corte Suprema interpretó que lo solicitado era “sinónimo de revocar” la sentencia emitida por dicho tribunal interno en el 2001 (*supra* Considerando 6 III). Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana

²⁹ Cfr. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, pár. 37, y Caso *Gelman vs. Uruguay*, *supra* nota 25, Considerando 64.

³⁰ Cfr. Caso *Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, Considerando 39, y Caso *López Mendoza vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Considerando 8.

no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que “revocar” dichos fallos. Es por ello que en el párrafo 105 de la sentencia se dispuso que el estado debía adoptar “las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias” para “dejar sin efecto” tales sentencias (*supra* considerando 4).

17. En primer término, este tribunal valora positivamente que Argentina esté implementando acciones para eliminar el efecto de la sentencia civil condenatoria relativo a reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la referida condena. Tanto el Estado como los representantes han implementado acciones para la determinación de los montos que deben ser pagados, y el Estado ha afirmado que emitirá a finales del presente año el Decreto que disponga proceder con dicho pago (*supra* considerando 8). Resulta positivo que Argentina haya identificado un mecanismo para realizar este pago que no involucre la judicialización del mismo, pero se requiere que proceda a cumplir con el mismo de la manera más expedita posible, tomando en cuenta que han transcurrido casi cinco años desde el vencimiento del plazo para el cumplimiento de esta medida (*supra* visto 1 y considerando 4). Además, teniendo en consideración que, por sugerencia del tribunal, las partes se reunieron en su sede con posterioridad a la audiencia de supervisión de cumplimiento, con el fin de conversar los aspectos relativos a la determinación concreta de los montos que serán reintegrados, se requiere que el Estado indique los resultados de dicha reunión, si se logró avanzar con la cuantificación y los avances en relación con la emisión del Decreto que disponga el reintegro concreto y el pago correspondiente.

18. En segundo término, aun cuando, por tratarse de una sentencia civil, el reintegro de dichos montos será particularmente relevante para el cumplimiento de la reparación ordenada en este caso, quedarían aspectos por acatar de la medida de reparación según lo dispuesto en el párrafo 105 de la Sentencia (*supra* considerando 4). El cumplimiento de

la reparación ordenada también implica el dejar sin efecto lo relativo a la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D'Amico³¹ (*supra* considerando 4.a).

19. En lo que respecta a lo relativo a dejar sin efecto tal atribución de responsabilidad, aun cuando en la audiencia de supervisión de cumplimiento el Estado reafirmó la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana, también sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya tomó una decisión y que el Poder Ejecutivo “no tiene posibilidad de hacer nada más”, en virtud del principio de separación de poderes (*supra* considerando 8). En dicha decisión judicial de febrero de 2017, la Corte Suprema asumió que la medida ordenada por la Corte Interamericana implicaba necesariamente la revocación de su sentencia del 2001, afirmó que este tribunal internacional no tiene competencia para una reparación en tal sentido y no dispuso ni identificó medida alguna para reparar la violación que ella misma generó (*supra* visto 1 y considerando 6).

20. Al respecto, la Corte recuerda que esa misma reparación de “dejar sin efectos” sentencias internas ha sido cumplida por otros Estados y por Argentina en casos similares a éste, en los que se constató una violación a la Convención Americana por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.³²

31 Durante la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia, los representantes de las víctimas no han presentado alegatos sobre otros efectos que hayan tenido las decisiones internas que deban ser reparados a través de esta medida.

32 En el caso *Herrera Ulloa* se ordenó a Costa Rica “dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia [penal condenatoria] emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José” en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa. En el caso *Palamara Iribarne* se ordenó a Chile “dejar sin efecto [...] en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne: la sentencia de 3 de enero de 1995 de la Corte Marcial de la Armada en la Causa Rol No. 471 por el delito de desacato y las sentencias emitidas por dicha Corte Marcial [...] el 3 de enero de 1997 y por el Juzgado Naval de Magallanes el 10 de junio de 1996 por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares”. En el caso *Kimel* se ordenó a Argentina “dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se derivaran”. Para ello el Estado debía dejar sin efecto “la sentencia condenatoria emitida

Para dar cumplimiento a esa reparación los Estados han adoptado diferentes tipos de medidas o acciones y lo han comunicado a la Corte, la cual realiza una valoración en cada caso concreto. Entre tales medidas o acciones los Estados han efectuado las siguientes: acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia disponiendo remitir el fallo a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia para que revisara la sentencia penal condenatoria y emisión de una posterior sentencia de revisión por dicha sala penal;³³ emisión de una decisión judicial mediante la cual el mismo tribunal penal que emitió la sentencia penal violatoria a la convención ordenó que se dejara sin efecto en todos los extremos dicha sentencia y emisión de una sentencia contencioso administrativa para ordenar al Estado la restitución de las sumas que habían pagado las víctimas por concepto de la condena que recibieron en la acción civil resarcitoria por daño moral relacionada con la referida sentencia penal violatoria de la convención;³⁴ resolución del Director del Servicio del Registro Civil que ordenó la eliminación de antecedentes penales del Registro General de Condenas;³⁵ y emisión de sentencia de revisión penal de la sentencia violatoria de la convención.³⁶

en contra del señor Kimel, que implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión en todos sus extremos". En el caso *Tristán Donoso* se ordenó a Panamá "dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se derivaron". Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, punto resolutivo cuarto; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, punto resolutivo décimo segundo; *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, punto resolutivo séptimo, y *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, punto resolutivo décimo cuarto.

33 Cfr. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010, Considerandos 12 a 19.

34 Cfr. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, Considerandos 10 a 12 y 19, y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010, Considerandos 7 a 10 y 19.

35 Cfr. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007, Considerandos 20 a 22 y 39.

36 Cfr. *Caso Kimel vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013, Considerandos 5 a 12.

21. En el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delincuentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas *web* de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana. Al respecto, en sus observaciones escritas los representantes de las víctimas sostuvieron que hubiera sido recomendable que el Estado considerara las “diversas opciones” que ellos identificaron para tal efecto durante la etapa de fondo del presente caso,³⁷ como por ejemplo que el Estado adoptara las medidas necesarias para que el juez de ejecución adjuntara al expediente judicial la sentencia emitida por Corte Interamericana en el caso y estableciera que la condena dictada fue declarada incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos.³⁸

22. Adicionalmente, debido a que el Estado indicó en la audiencia que su posición sobre el cumplimiento del referido extremo de la medida de reparación es la sostenida por la Corte Suprema en su decisión de febrero de 2017 (*supra* Considerandos 8 y 19),³⁹ este tribunal estima necesario referirse a determinadas consideraciones que realizó dicho tribunal interno que no son acordes a las obligaciones internacionales asumidas por Argentina.

37 Agregaron que “un proceder respetuoso de los compromisos internacionales exigía la consideración de estas opciones antes que el sacrificio de los deberes interamericanos”.

38 Esta fue la solicitud inicial de los representantes durante la etapa de fondo, expresada en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Posteriormente en sus alegatos finales escritos, “reformularon ese pedido solicitando al Tribunal que condenara al Estado a adoptar las medidas necesarias para que la sentencia dictada por el poder judicial argentino pierda fuerza vinculante interna y toda aptitud para ser fuente de consecuencias legales de cualquier tipo”. *Cfr. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, supra* nota 1, párr. 104.

39 Ante la pregunta realizada en la audiencia por uno de los jueces respecto a si “¿la voz del Estado en este caso es la de la Corte Suprema?”, Argentina contestó afirmativamente.

23. La decisión de la Corte Suprema que se atribuye competencias que no le corresponden (*supra* considerando 6) implica una clara contravención de los principios de Derecho Internacional y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por ese Estado (*supra* considerandos 12 a 14). No le corresponde a dicho tribunal interno determinar cuándo una sentencia de este tribunal internacional es obligatoria, pues su obligatoriedad surge de la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.⁴⁰

24. Esta Corte ya ha establecido que la determinación de la obligatoriedad de uno de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación a derechos humanos, tal como en el presente caso, cuya violación se configuró por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que sería inadmisible subordinar el mecanismo de protección previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del tribunal. Ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la convención.⁴¹

25. La posición asumida en esta oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de cuestionar la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana bajo determinados supuestos (*supra* considerando 6) contrasta ampliamente con su línea jurisprudencial anterior, la cual había sido destacada por este tribunal como un ejemplo positivo en cuanto al reconocimiento que han hecho tribunales de la más alta jerarquía de la región sobre el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana y a la aplicación del control de convencionali-

40 Argentina es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de este Tribunal en esa misma fecha.

41 *Mutatis Mutandi, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia.* Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 128.

dad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.⁴² Dicha jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación además reconocía el importante rol que —en el ámbito de sus competencias— tiene el tribunal nacional de más alta jerarquía de Argentina en el cumplimiento o implementación de las sentencias de la Corte Interamericana.⁴³ En particular, se destacan las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los años 2004 y 2011 en relación con la implementación de las sentencias emitidas contra Argentina por la Corte Interamericana en los casos *Bulacio*⁴⁴ y *Bueno Alves*,⁴⁵ las cuales permitieron avanzar con la obligación de investigar ordenada en esos casos, al “dejar sin efecto” o “revocar”, respectivamente, decisiones de tribunales inferiores. También sobresale la resolución que adoptó hace dos años y medio en relación con la sentencia del caso *Mohamed*, a fin de garantizar el cumplimiento de la reparación relativa a “garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo penal condenatorio”.⁴⁶ En esa decisión de marzo de 2015 la Corte Suprema

42 Cfr. Caso *Apitz Barbera y Otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, *supra* nota 30, Considerandos 27 y 32, y Caso *Gelman vs. Uruguay*, *supra* nota 25, Considerandos 74 y 75.

43 Cfr. Caso *Gelman vs. Uruguay*, *supra* nota 25, Considerandos 65 a 68; Caso *Gomes Lund y otros* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, Considerando 19, y Caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Considerando 12.

44 Cfr. Caso *Bulacio vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008, Considerandos 8 y 11, y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, recurso extraordinario, E. 224. XXXIX de 23 de diciembre de 2004.

45 Cfr. Caso *Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2011, Considerandos 21 a 47, y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*, recurso de hecho, D. 1682. XL de 29 de noviembre de 2011.

46 En esa decisión, la Corte Suprema de Justicia dispuso que “las sentencias de la Corte Interamericana pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional [...]”. Cfr. Caso *Mohamed vs. Argentina*.

estableció que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana vincula también a la Corte Suprema de Justicia —en el ámbito de sus competencias— al ser “uno de los poderes del estado Argentino”.⁴⁷

26. Adicionalmente, al afirmar que la obligatoriedad de las sentencias de este tribunal interamericano está condicionada a aquellas que hayan sido dictadas “dentro del marco de sus potestades remediales” (*supra* considerando 6.i y ii), la Corte Suprema se arroga una función que no le corresponde, la de determinar cuándo este tribunal actúa en el marco de sus competencias. Se recuerda que es la propia Corte Interamericana, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, la que tiene el poder inherente de determinar el alcance de sus propias competencias (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*).⁴⁸

27. En cuanto al argumento de la Corte Suprema respecto a que este tribunal ha actuado fuera de sus competencias en materia de reparaciones al ordenar “un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional” (*supra* considerando 6 IV), se recuerda que bajo el derecho internacional siempre que un Estado es encontrado responsable de un hecho internacionalmente ilícito que haya producido un daño, surge para ese Estado la obligación de repararlo íntegramente,⁴⁹

Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 2015, nota al pie 12, y Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mohamed*, Resolución No. 477/15 de 25 de marzo de 2015 en relación con el Expediente Administrativo No. 449913, párr. VI, disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Res.%20447-15.pdf>.

47 *Cfr.* Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mohamed*, *supra* nota 46, párr. VII.

48 De esa manera, este Tribunal ha establecido que una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado o alguno de sus órganos con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues bajo cualquier circunstancia la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción. *Cfr. Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 69; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, *supra* nota 41, párr. 68, y *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 15.

49 *Cfr.* Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/56/83, aprobada en el Quincuagésimo sexto período de sesiones, 28 de enero de 2002, artículos 1 y 31, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/478/00/PDF/N0147800.pdf?OpenElement>,

que no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno.⁵⁰ En lo relativo a las modalidades de reparación, el derecho internacional ha considerado que la reparación puede adoptar distintas formas que van más allá de la indemnización.⁵¹

28. En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵² constituye la base convencional para que la Corte pueda determinar en sus sentencias cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para dar cumplimiento a dicha obligación de reparar. Sobre la base de lo dispuesto en el referido artículo, dentro de las competencias de la Corte se encuentra la facultad de disponer que se reparen las consecuencias de la situación que haya configurado la vulneración a los derechos u obligaciones internacionales previstas en la convención. Dicho artículo, además de recoger una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho

y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25.

50 La Corte ha establecido que la obligación de reparar se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional. *Cfr. inter alia: Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 44; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia,* *supra* nota 41, párr. 62, y *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 262, párr. 61.

51 Como medidas de restitución, de satisfacción, de rehabilitación y garantías de no repetición. *Cfr. Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, supra* nota 49, artículos 34 a 37, y

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/60/147 aprobada el 16 de diciembre de 2005, principio IX, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

52 "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. [...]".

internacional contemporáneo sobre responsabilidad internacional de un Estado⁵³, también otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación.⁵⁴ La Corte Interamericana ha optado por garantizar a las víctimas de violaciones a derechos humanos una concepción de reparación integral, la cual va más allá de las consecuencias pecuniarias de una violación, y no se limita por los mecanismos disponibles en el derecho interno de los Estados para ejecutar las reparaciones ordenadas.

29. Como la violación a la convención en el presente caso se produjo a causa de una decisión judicial interna, la Corte Interamericana dispuso reparar el daño a través de la consecuente medida de restitución a la situación anterior a la violación, que consiste en “dejar sin efecto” aquella decisión judicial (*supra* Considerandos 3 y 4). Esa misma reparación la ha dispuesto en otros cuatro casos similares a éste en que se violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (*supra* considerando 20), así como en múltiples casos en los que la violación a otro derecho convencional se produjo como consecuencia de una decisión judicial o administrativa interna.⁵⁵

53 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 198.

54 *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia,* *supra* nota 41, párr. 64.

55 Entre otros: *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, punto resolutivo primero; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, punto resolutivo cuarto; *Caso Uslón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, punto resolutivo séptimo; *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, punto dispositivo tercero; *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, punto dispositivo segundo; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, punto resolutivo décimo sexto; *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, punto resolutivo décimo segundo; *Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, punto resolutivo décimo primero;

30. Contrario a lo sostenido en la decisión de la Corte Suprema de Justicia (*supra* Considerando 6), este caso es uno de los pocos en los que, por el tipo de violaciones y de daño ocasionado a las víctimas, es posible, a través de la reparación ordenada por este tribunal, el restablecimiento de la situación de protección de derechos anterior a las violaciones cometidas en perjuicio de las víctimas. Debido al evidente nexo de causalidad entre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de septiembre de 2001 y la violación del derecho a la libertad de expresión de los señores Fontevecchia y D'Amico (*supra* visto 1), la medida de reparación posible, suficiente y más adecuada para restituir a las víctimas el goce de su derecho y garantizar el restablecimiento de la situación anterior previa a la violación provocada con la decisión de dicho tribunal interno era ordenar que Argentina “dejar[a] sin efecto [...] en todos sus extremos” las sentencias internas que provocaron dicha violación (*supra* Considerandos 3 y 4).

31. Con su argumento relativo a que la Corte Interamericana “no puede constituirse en una instancia revisora de las decisiones de la Corte Suprema” (*supra* Considerando 6 III y V), dicho tribunal interno parece partir de que sería adecuado dejar subsistente un acto jurisdiccional violatorio de la Convención Americana sólo porque fue un acto emitido por el más alto tribunal de Argentina. Con ello, sugeriría que es el único tribunal del Estado cuyas decisiones no pueden ser dejadas sin efecto a pesar de ser violatorias de derechos humanos. Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁶

Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, punto resolutivo décimo sexto, y *Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, punto resolutivo noveno.

56 Cfr. Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *supra* nota 49, artículo 4.

Las decisiones de los máximos tribunales internos pueden acarrear la responsabilidad internacional de los Estados, como lo ha declarado este tribunal en varios casos.⁵⁷ Al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si éstos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales este tribunal tiene competencia.⁵⁸

32. En relación con lo anterior, se recuerda que el principio de complementariedad o subsidiariedad implica que la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida en el ámbito internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios en el ámbito nacional. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto en el ámbito interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.⁵⁹

57 Entre otros: Caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Caso *Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; Caso *Atala Ríffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239; Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, *supra* nota 55; Caso *Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, y Caso *López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302).

58 Cfr. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrs. 16 y 19, y Caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de febrero de 2017, párr. 55.

59 Cfr. Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66; Caso *Gelman vs. Uruguay, *supra* nota 25*, Considerando 70, y Caso *Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 128.

Este principio también ha sido utilizado por la Corte a la hora de evaluar cuáles reparaciones es necesario ordenar, al tomar en cuenta medidas que previamente se hubieren dispuesto en el ámbito interno para reparar la violación, conforme a criterios objetivos y razonables.⁶⁰ En el presente caso, precisamente porque la violación no se resolvió ni se reparó en el ámbito interno, las víctimas activaron los mecanismos de protección internacional, los cuales no pretenden sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino complementarlas en la protección de derechos humanos.⁶¹

33. En la presente etapa de cumplimiento de sentencia, al haberle sido sometida una solicitud para que adoptara medidas para dejar sin efecto las sentencias internas que determinaron la atribución de responsabilidad civil a las víctimas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en vez de asumir el importante rol que como tribunal nacional de más alta jerarquía en protección de derechos fundamentales de Argentina le corresponde —en el ámbito de sus competencias— respecto del cumplimiento o implementación de la sentencia (*supra* considerando 25), optó por emitir una decisión que no contiene consideración alguna que identifique acciones que pudiera haber realizado en el ámbito de sus competencias para dar cumplimiento a la medida de reparación indicada (*supra* considerandos 3, 4 y 6). El Estado tampoco identificó medida alguna (*supra* considerandos 8 y 16).

34. Al respecto, esta Corte recuerda que corresponde al Estado asegurar que no se torne ilusoria la efectividad del Sistema Interamericano al someter a las víctimas a un complejo proceso a nivel internacional, para que después del mismo, quede al arbitrio de órganos del Estado cuándo deben ser cumplidas las reparaciones ordenadas para subsanar

60 Cfr. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párrs. 139, 140 y 246, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 595.

61 Cfr. *Caso Duque vs. Colombia*, *supra* nota 59, párr. 128, y *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 93.

la violación en su perjuicio. La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana es parte fundamental del derecho de acceso a la justicia internacional.⁶² Lo contrario supone la negación misma de este derecho para víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana.⁶³

35. Con base en las consideraciones expuestas, este Tribunal constata que se encuentra pendiente el cumplimiento de la reparación relativa a “dejar sin efecto” la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo y párrafo 105 de la sentencia. De conformidad con lo expuesto en el considerando 17, se han dado pasos en lo que respecta al reintegro de los montos que pagaron las víctimas como consecuencia de dicha condena. Para el cumplimiento del aspecto relativo a la atribución de responsabilidad civil que fue impuesta a las víctimas en el 2001, se requiere que Argentina, teniendo en cuenta sus obligaciones internacionales (*supra* considerandos 12 a 14) así como que la medida no necesariamente implica revocar la sentencia interna (*supra* considerando 16), identifique para este caso concreto alguna medida o acción que permita garantizar una adecuada reparación para las víctimas en lo relativo a dicha atribución de responsabilidad civil.

B. Reintegro de costas y gastos

B.1. Medida ordenada por la Corte

36. En el punto dispositivo cuarto de la sentencia se ordenó que “el Estado debe entregar los montos referidos en los párrafos 105, 128 y 129 de la [...] sentencia”.

62 Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia, *supra* nota 41, párrs. 82 y 83, y Caso Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, Considerando 14.

63 Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia, *supra* nota 41, párrs. 82 y 83.

37. Los montos referidos en el párrafo 105 de la Sentencia se refieren al reintegro que debe hacer el Estado de las sumas que tuvieron que pagar las víctimas y/o la Editorial Perfil como consecuencia de la condena civil impuesta por tribunales internos (*supra* considerando 4). Tal como ha sido señalado en los considerandos precedentes, el reintegro de esos montos forma parte de la reparación ordenada en el punto dispositivo segundo de la sentencia, relativa al deber de Argentina de dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias. En razón de ello, la información sobre el cumplimiento de ese extremo de la reparación ha sido analizada en la presente resolución en el considerando 17 como parte de lo ordenado en el punto dispositivo segundo.

38. En el presente apartado de la resolución la corte analizará solamente lo relativo a la entrega de los montos fijados en los referidos párrafos 128 y 129 de la sentencia, por concepto de reintegro de costas y gastos. Al respecto, en esos párrafos se dispuso que, “dentro del plazo de un año contado a partir de [la] notificación” de la sentencia, el Estado debía entregar:

- a) A “cada una de las víctimas la suma de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de los gastos relativos al proceso interno y US\$ 2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) por los gastos relacionados con su participación en la audiencia pública ante la Corte Interamericana” (*párrafo 128 de la sentencia*), y
- b) a los representantes de las víctimas “la suma de US\$ 7.770,00 (siete mil setecientos setenta dólares de los Estados Unidos de América)” “por concepto de costas y gastos” (*párrafo 129 de la sentencia*).

B.2. Consideraciones de la Corte

39. La Corte advierte con preocupación que han transcurrido casi cinco años desde que venció el plazo concedido en la sentencia sin que

el Estado haya procedido a realizar los pagos por concepto de reintegro de costas y gastos (*supra* visto 1 y considerando 38).

40. Con base en lo informado por el Estado en febrero de 2017, la Corte observa que se habría elaborado un proyecto de decreto por el pago de los montos contemplados en los párrafos 128 y 129 de la sentencia, correspondientes al reintegro de costas y gastos, pero éste no continuó su trámite de emisión y ejecución, ya que en la “Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación dictaminó que no incluía la totalidad de los pagos ordenados en la sentencia de la Corte, pues no se incluyeron aquellos dispuestos en el párrafo 105 de la misma”. En la audiencia pública de supervisión de cumplimiento, el Estado no aclaró si el proyecto de decreto que se encuentra en trámite para disponer el pago de los montos ordenados en el párrafo 105 de la sentencia, comprende también una previsión con respecto al pago del reintegro de costas y gastos (*supra* considerando 8).

41. Con base en lo anterior, Argentina debe adoptar de manera inmediata todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los pagos del reintegro de costas y gastos (*supra* considerando 38), más los intereses moratorios que correspondan.⁶⁴ Cuando el Estado informe sobre el cumplimiento de los referidos pagos es necesario que aporte los comprobantes correspondientes y soporte probatorio de otros datos relevantes sobre la modalidad de cumplimiento de los pagos,⁶⁵ que permitan a la Corte evaluar el cumplimiento de este extremo de la Sentencia.

42. Con base en lo expuesto, el tribunal considera que la medida dispuesta en el punto dispositivo cuarto de la sentencia, relativa al reintegro de costas y gastos se encuentra pendiente de cumplimiento.

64 En el párrafo 136 de la Sentencia la Corte dispuso que “en caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio de la República de Argentina”.

65 Tales como: el tipo de cambio utilizado, en caso que el Estado cumpla con su obligación mediante el pago en pesos argentinos, y la tasa de interés bancario moratorio en la República de Argentina. *Cfr. Caso Fontevecchia y D'Amico, supra*, párrs. 133 y 136.

POR TANTO:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,

En el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, 25 y 30 del Estatuto, y 31.2 y 69 de su reglamento,

RESUELVE:

1. El Estado no ha dado cumplimiento a la reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo de la sentencia.

2. El Estado no ha dado cumplimiento al reintegro de costas y gastos, ordenado en el punto dispositivo cuarto de la sentencia.

3. Mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos dispositivos segundo y cuarto de la sentencia, relativas a:

a) Dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 de la Sentencia (*punto dispositivo segundo de la sentencia*), y

b) Entregar los montos referidos en los párrafos 128 y 129 de la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos (*punto dispositivo cuarto de la sentencia*).

4. Disponer que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los puntos pendientes de la sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el presente caso, de acuerdo con lo considerado en la presente resolución, y con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. Disponer que el Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 28 de febrero de 2018, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento, de conformidad con los Considerandos 17, 35, 41 y 42, así como con los puntos resolutivos 1 a 3 de esta resolución.

6. Disponer que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe.

7. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente resolución al Estado, a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Índice de Desarrollo Humano. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017.

Roberto F. Caldas

Presidente

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Elizabeth Odio Benito

L. Patricio Pazmiño Freire

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Roberto F. Caldas

Presidente

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PLAZO RAZONABLE EN LA PRISIÓN PREVENTIVA*

Sumario: *Presentación. I. Contexto y problemática detectada. II. Normatividad: II.1 Ámbito nacional; II.2 Ámbito internacional. III. Pronunciamiento. IV. Fuentes de información.*

PRESENTACIÓN

1. Mediante resolución del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del 5 de marzo de 2015, se aprobó el programa de “Pronunciamientos Penitenciarios”, tendiente a fortalecer y garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas que se encuentran procesadas o sentenciadas penalmente en la República Mexicana.

2. Lo anterior, con fundamento en los artículos 102, Apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 60, fracciones VII y XIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en los que se establecen como parte de sus atribuciones: “Impulsar la observancia de los derechos humanos en el país”, así como “Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales, signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos”, lo que es

* Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 13 de noviembre de 2017.

concordante con el artículo 15, fracción VIII, del mismo ordenamiento, que señala la facultad del titular de la Comisión Nacional: “Formular las propuestas generales, conducentes a una mejor protección de los derechos humanos en el país”.

3. Atendiendo a tales propósitos, se formula el presente pronunciamiento sobre el plazo razonable de la prisión preventiva.

4. Antes de entrar al estudio de la problemática que dio origen al presente documento, es pertinente puntualizar que esta Comisión Nacional no se opone a las acciones que realizan las autoridades en materia de justicia penal y penitenciaria, pero sí a que dichas acciones sean contrarias a los principios de excepcionalidad de la medida cautelar de la prisión preventiva, de legalidad, presunción de inocencia, necesidad, proporcionalidad y de progresividad de los derechos humanos consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el derecho internacional de los derechos humanos, pues afectan el ejercicio de derechos que no deben ser restringidos, suspendidos ni limitados a ninguna persona y tampoco a aquellas que se encuentran vinculadas a proceso penal.

I. PROBLEMÁTICA DETECTADA

5. En México, al mes de agosto de 2017, había 208,689 personas privadas de la libertad, de las cuales 79,478 se encontraban en prisión preventiva, lo que equivale a un 38% de personas sometidas a proceso en reclusión sin una condena firme.¹

6. Si se analiza el porcentaje de personas privadas de la libertad en prisión preventiva por fuero, encontramos que en el fuero común se encuentran 60,507 de 170,005 lo que equivale a un 35.59% y el fuero federal 18,971 de 38,684 lo que equivale a 49.04%, es decir, casi la mitad de esta población en reclusión no cuenta con sentencia condenatoria.

1 Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, agosto de 2017, SEGOB, Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social. 4/41

7. El uso excesivo que se hizo de esta medida cautelar en el sistema mixto, derivó en la necesidad de buscar la aplicación de estrategias que evitaran privar de la libertad a personas por cualquier hecho delictivo y se restringiera su uso únicamente para aquellos delitos previstos en la norma penal como graves.

8. A partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 y de su plena entrada en vigor 8 años después, los criterios respecto de la aplicación de la prisión preventiva han sido modificados procurando limitar su aplicación para casos de excepción bajo la figura de la prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 constitucional párrafo primero “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.” No obstante, de acuerdo con un estudio realizado por México evalúa en 2013 el 95%² de los delitos prevén como pena, la privativa de libertad, ello permite que se pueda solicitar esta medida cautelar, como viene previsto en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional “el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.” desincentivando la aplicación de otras medidas cautelares menos lesivas como las previstas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).³

2 De Buen, Néstor, Leyla, Sandra & Solís, Leslie, *Cárcel en México ¿Para qué?*, México Evalúa, Centro de Análisis Políticas Públicas, A.C., México, 2012, p. 2.

3 Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;

La exhibición de una garantía económica;

I. El embargo de bienes;

II. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

9. En el párrafo segundo del artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales se establece, además que: "las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada." Sin embargo, aun con el nuevo sistema de justicia penal, se siguen presentando situaciones que exceden el tiempo determinado constitucionalmente para la resolución del proceso penal, por causas no imputables al ejercicio de la defensa de la persona procesada, restringiendo los alcances de la presunción de inocencia en la libertad personal, lo que se considera como una dilación indebida de la prisión preventiva; en esos casos, la persona debe ser puesta en libertad mientras se continua con el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares, como las ya señaladas que deben tomarse en consideración.

10. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha manifestado que la presunción de inocencia puede considerarse violada cuando la persona es detenida preventivamente bajo acusación penal durante un periodo prolongado sin la debida justificación, esa detención se transforma en una sanción y no en una medida cautelar, lo que equivale en la práctica, a anticipar una sentencia.⁴ Ante ello, una prolongación extrema de la reclusión en espera del juicio también pue-

III. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

IV. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

V. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;

VI. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

VII. La separación inmediata del domicilio;

VIII. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

IX. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

X. La colocación de localizadores electrónicos;

XI. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o

XII. La prisión preventiva. [...]

4 CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 30 diciembre 2013. pár. 171. disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

de comprometer la presunción de inocencia amparada por el artículo 14, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵

11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cridh) ha establecido determinadas finalidades de la prisión preventiva: “[...] De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]”⁶

12. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias ha señalado al respecto que el plazo razonable es aquél que “[...] debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse [...]”⁷ ya que “[...] una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales”.⁸ Este concepto lo extrae la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la interpretación a los artículos 7 “Derecho a la Libertad Personal”, 8 “Garantías Judiciales” y 25 “Protección Judicial” de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe destacar que no lo establece cuantitativamente como un lapso de tiempo establecido, sino como una valoración racional para pronunciarse sin que se llegue a afectar el debido proceso.

13. En torno a qué debe ser considerado como dilación indebida, la tesis aislada de rubro: “MAGISTRADOS Y JUECES. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS” establece:

5 Cfr. Observación general núm. 35 Libertad y seguridad personales Artículo 9, párr. 37.

6 Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

7 Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. *Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas* del 05 de julio de 2004, párr. 189.

8 Ibid, párr. 191.

La labor jurisdiccional se encuentra sujeta a la garantía derivada del artículo 17 de la Constitución Federal, que exige la atención personal de cada asunto, dado que el texto señala “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia [...]”, obliga al análisis completo y directo de cada asunto sometido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, si bien es cierto que en los ordenamientos, por lo general, está previsto un plazo para que los funcionarios judiciales emitan las resoluciones correspondientes, también lo es que para determinar si existe responsabilidad administrativa a cargo del funcionario judicial, por la inobservancia del mismo, se deben tomar en cuenta necesariamente, entre otras, las siguientes circunstancias: 1) El número de asuntos que ingresaron; 2) Los egresos; 3) El remanente; 4) La complejidad de los asuntos; 5) Las condiciones particulares en que se presta el servicio jurisdiccional, incluyendo las circunstancias personales del funcionario (como pueden ser si ha solicitado licencias o incapacidades médicas, o si ha sido comisionado para atender asuntos ajenos a su función judicial), así como las materiales (como si cuenta o no con personal suficiente, si se le ha provisto oportunamente o no de los elementos o instrumentos de oficina, tales como equipo de cómputo y papelería); y 6) Las condiciones propias del proceso en cada juicio (verbigracia, el problema jurídico planteado, la mayor o menor dificultad para integrar el expediente, el número de fojas o tomos de que consta, el número de pruebas ofrecidas o los recursos interpuestos). Además, en la resolución que emita el órgano de investigación o de acusación en la que determine si es administrativamente responsable el funcionario judicial, se deben analizar las circunstancias particulares de cada juicio en el que se adujo que existió dilación, sin que esto último implique ejercer atribuciones jurisdiccionales y, por ello, no impide que se tomen en consideración. Consecuentemente, para determinar si un Juez o Magistrado es administrativamente responsable de la dilación en el dictado de las sentencias, se deben tomar en cuenta las circunstancias antes precisadas y, en particular, la carga de trabajo que tenía el funcionario judicial en el momento de la falta que se le imputa.⁹

9 *Semanario Judicial de la Federación*, septiembre 2006. Registro: 174229.

14. La Observación General No. 35, libertad y seguridad personales (artículo 9), del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha determinado que “La existencia de obstáculos para completar la investigación puede justificar la necesidad de un plazo adicional, pero no así las situaciones generales de falta de personal o de restricciones presupuestarias. Cuando las demoras sean necesarias, el juez deberá volver a estudiar alternativas a la reclusión previa al juicio”.¹⁰ y añade en la Observación General No. 32 el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los Tribunales y Cortes de justicia “cuando dichas demoras son ocasionadas por la falta de recursos y la deficiencia crónica de financiación, deberán asignarse, en la medida de lo posible, recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia”.¹¹

15. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la prisión preventiva ha determinado bajo un estudio de los artículos 7.3 y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, cuando ésta no se encuentra justificada en parámetros de razonabilidad, la arbitrariedad se encuentra en la prolongación de la misma.

16. Este principio fundamental del sistema interamericano fue formulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia de fondo en los siguientes términos: “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.¹²

10 *Op. cit.*, párr. 37.

11 Observación general Núm. 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 27.

12 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154; *Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 38.

17. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado en diversos casos algunos elementos que deberán valorarse para determinar si se ha excedido del plazo razonable para emitir resolución: i) complejidad del asunto; II) actividad procesal del interesado; III) conducta de las autoridades judiciales, y IV) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

18. *El Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó las características que debe tener la prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

a) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos —generales o preventivo— especiales atribuibles a la pena.

b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes: Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

c) Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la

pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”.¹³

19. La Primera Sala ha sostenido en la contradicción de tesis 64/2017 respecto de la procedencia de la solicitud efectuada por los inculpados en el sistema procesal mixto para revisar la prisión preventiva, de conformidad con el artículo quinto transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales que “la revisión de la prisión preventiva, a partir de los parámetros establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, impuesta a los inculpados o imputados a quienes se les instruye un proceso bajo el sistema procesal penal tradicional, representaba un cambio de paradigma que permitía que el órgano jurisdiccional aplicara las reglas del ordenamiento citado, a la luz de los principios de excepcionalidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad justificada, en la afectación del derecho humano a la libertad personal”.¹⁴ Por ello,

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 311.

14 Contradicción de Tesis 64/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asunto resuelto en la sesión del 2 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.scnj.cl>.

no debe justificarse la dilación en las garantías de uno u otro sistema, sino atender al principio de progresividad de los derechos humanos, así como al principio *pro persona*.

20. Aquellos imputados en el sistema penal mixto, resultan ser los más afectados, al estar privados de la libertad en prisión preventiva más tiempo del establecido constitucionalmente, debido a que no les son aplicadas las reglas del nuevo sistema de justicia penal acusatorio, no obstante que los jueces se encuentran habilitados para aplicarlas siguiendo los principios de excepcionalidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad que reconocen la posibilidad de realizar la revisión, modificación y sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar.

21. En el último año, el número de personas privadas de la libertad en prisión preventiva sólo ha disminuido 17%, lo que significa que es necesario revisar los casos que, de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales necesiten de una modificación de la medida cautelar, a fin de que no se violen derechos humanos de las personas procesadas y se garantice a las víctimas sus derechos.

22. En el caso *López Álvarez vs. Honduras*¹⁵ la Corte Interamericana de Derechos Humanos planteó “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya

gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-08/1S050717-JRCD-0064.pdf.

15 Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69.

responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”.

23. De manera similar en el caso *Bayarri vs. Argentina*¹⁶ ese Tribunal Interamericano planteó que “La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable”.

24. En el Caso *Argüelles y otros vs. Argentina*¹⁷ la CIDH planteó que “la prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo

¹⁶ Corte IDH. Caso *Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74.

¹⁷ Corte IDH. Caso *Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 121.

de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.” Asimismo determinó que la prisión preventiva debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, es decir, no puede durar más allá de un plazo razonable ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla.¹⁸ Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. Conforme a lo anterior, una prolongada duración de la prisión preventiva la convierte en una medida punitiva y no cautelar, lo cual desnaturaliza dicha medida y, por tanto, transgrede el artículo 8.2 de la Convención”.¹⁹

25. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en la tesis aislada de rubro “PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, lo siguiente:

En relación con el concepto de demora o dilación injustificada en la resolución de los asuntos, el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, coincidente en lo sustancial con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece que los tribunales deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento dentro de un plazo razonable, como uno de los elementos del debido proceso; aspecto sobre el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido cuatro elementos o parámetros para medir la razonabilidad del plazo en que se desarrolla

¹⁸ Este criterio la Corte IDH, también lo incorpora en el Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 229.

¹⁹ *Ibid*, párr. 131.

un proceso: *a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y, d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.* Además de los elementos descritos, el último de los tribunales internacionales mencionados también ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo, el conjunto de actos relativos a su trámite, lo que ha denominado como el “análisis global del procedimiento”, y consiste en analizar el caso sometido a litigio de acuerdo a las particularidades que representa, para determinar si un transcurso excesivo de tiempo resulta justificado o no. Por tanto, para precisar el “plazo razonable” en la resolución de los asuntos, debe atenderse al caso particular y ponderar los elementos descritos, conforme a criterios de normalidad, razonabilidad, proporcionalidad y 18/41 necesidad, para emitir un juicio sobre si en el caso concreto se ha incurrido en una dilación o retardo injustificado, ya que una demora prolongada, sin justificación, puede constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales contenidas tanto en los aludidos artículos como en el numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que el concepto de “plazo razonable” debe concebirse como uno de los derechos mínimos de los justiciables y, correlativamente, como uno de los deberes más intensos del juzgador, y no se vincula a una cuestión meramente cuantitativa, sino fundamentalmente cualitativa, de modo que el método para determinar el cumplimiento o no por parte del Estado del deber de resolver el conflicto en su jurisdicción en un tiempo razonable, se traduce en un examen de sentido común y sensata apreciación en cada caso concreto.²⁰

26. Si bien es cierto que no se pondera específicamente el tiempo que se puede considerar como razonable para emitir una resolución, tanto en el artículo 20, apartado B, fracción IX de la Constitución Federal, como en el artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se establece que esta medida se encuentra sujeta a un plazo máximo de dos años, que podrá prorrogarse, de manera razonable, cuando el imputado

20 *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2012. Registro: 2002350.

se encuentra ejerciendo su derecho de defensa, por lo tanto, todo aquél tiempo que exceda esa consideración, debe ser reconocido como dilación.

27. En torno a un plazo previsto normativamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado en el informe 2/97 relativo a la prisión preventiva “que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto, [...] solamente porque así lo establece la ley [...] la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial.²¹ Es decir, no debe entenderse el plazo constitucional como una forma en la que se valide como deseable que la persona esté en reclusión, hasta por 2 años, sin que en ese tiempo haya ningún tipo de actividad procesal por parte de los órganos jurisdiccionales, sino se da ese plazo para poder demostrar, sin lugar a dudas, que la persona imputada es responsable del delito, lo cual puede incluso suceder mucho antes de esos dos años, al igual que puede darse la absolución o el sobreseimiento.

28. No obstante, cuando una persona ha estado por más de dos años en prisión preventiva, ello no sólo le afecta de manera directa a ésta, sino también, a la víctima del hecho delictivo. Recientemente el ex director de la Comisión Nacional del Deporte, Nelson Vargas lamentaba la dilación de la que también ha sido víctima ya que a diez años del homicidio de su hija, “no todas las personas señaladas como responsables han obtenido una sentencia”.²²

29. Cualquier dilación al plazo razonable de la prisión preventiva implica, que a la víctima tampoco se le garanticen los derechos constitucionalmente establecidos como el de ser informada del desarrollo del

21 CIDH. Informe 2/97, 11 de marzo de 1997, relativo a la prisión preventiva en Argentina. Punto 18. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/argentina11.205.htm>.

22 Periódico Universal (On line), “Nelson Vargas: 10 años de buscar justicia”. Sección Nación/Política/. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/nelson-vargas-10-anos-de-buscar-justicia>.

procedimiento penal²³ y a que se le repare del daño,²⁴ ya que al no existir una sentencia, no es posible exigir una reparación ni tampoco garantiza acceder a una justicia restaurativa en un amplio sentido, la cual permita recobrar la confianza en el sistema de procuración y administración de justicia. Por ello, dar certeza de una resolución implica permitir también una restauración social por el hecho cometido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia de Campo Algodonero contra México plasmó que: “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”.²⁵

30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas se pronunció respecto del establecimiento de máximos legales para la aplicación planteó que “los órganos del Sistema Interamericano han establecido que: (a) cuando la ley establece un límite temporal máximo para la detención de un imputado, resulta claro que la misma no podrá exceder dicho plazo; (b) siempre que la prisión preventiva se extienda más allá del periodo estipulado por la legislación interna, debe considerarse prima facie ilegal (en los términos del Artículo 7.2 de la convención), sin importar la naturaleza de la ofensa en cuestión y la complejidad del caso. En estas circunstancias, la carga de la prueba de justificar el retraso corresponde al Estado; y (c) la fijación de plazos máximos en la legislación no garantiza su consonancia con la convención, ni otorga una facultad general al Estado de privar de libertad al acusado por todo ese lapso, pues habrá que analizar en cada caso hasta qué punto subsisten los motivos que

23 Fracción I, apartado C, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

24 *Ibid.*, fracción IV.

25 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C. Núm. 205, párr. 450. 21/41.

justificaron inicialmente la detención, sin perjuicio de lo legalmente establecido”.²⁶

31. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en la observación general Núm. 35 Libertad y seguridad personales (artículo 9), determinó que “las personas que no sean puestas en libertad en espera de juicio deberán ser juzgadas lo más rápidamente posible, en la medida en que ello sea compatible con su derecho de defensa”.²⁷

32. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado también que “Se infringe la convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”.²⁸

33. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado en el informe “Medidas para reducir la prisión preventiva” que este tipo de aplicación de la prisión preventiva, únicamente traslada a la persona imputada, “los problemas de investigación del poder judicial y de la fiscalía”.²⁹

34. Al respecto, este organismo nacional ha identificado una extensión arbitraria de la prisión preventiva más allá del plazo establecido constitucionalmente, en recomendación 29/2017 sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como “Arraigo en el Domicilio” en el estado de Chihuahua, se encontró que 154 internos de los Centros de Arraigo de Chihuahua y Ciudad Juárez ingresaron en calidad de imputados y después de transcurrido el término de 2 años de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa impuesta, se les modificó por la

26 *Op. cit.*, párr. 173.

27 *Op. cit.*, párr. 37.

28 *Op. cit.*, Caso López Álvarez vs. Honduras, párr. 69.

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. 3 de julio de 2017, párr. 51. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>.

de “Arraigo en el Domicilio”,³⁰ esta decisión administrativa cambió la medida cautelar de prisión preventiva por otra igualmente privativa de la libertad, siguiendo *de facto*, con la anterior medida impuesta.

35. Lo anterior, evidencia un claro ejemplo de dilación en el que se prolongó de manera indebida la prisión preventiva en estricto sensu, al modificar la medida cautelar por “ARRAIGO DOMICILIARIO” sin que éste se llevara a cabo en el domicilio de la persona imputada, transgrediendo lo establecido en los estándares interamericanos sobre la materia.

36. Normativamente se ha establecido que la ampliación del plazo en prisión preventiva puede deberse a que la persona en proceso esté ejerciendo su derecho a la defensa. Al respecto, es importante referir la tesis aislada de rubro “SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO “UN PLAZO RAZONABLE” EN SU DURACIÓN”, la cual establece:

El hecho de que transcurra un “plazo razonable” después de dictado el auto de formal prisión, sin que el procesado que se presume inocente esté ejerciendo su derecho de defensa o aun ejerciéndolo hubiera transcurrido un lapso excesivo en relación con lo dispuesto en la ley y todavía no exista decisión sobre su culpabilidad o inculpabilidad, puede dar cabida a considerar violados los principios de presunción de inocencia, plazo razonable, dignidad humana y pro homine, emanados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que cuando en el amparo se reclama la violación a dichos principios y se otorga al quejoso sujeto a prisión preventiva la protección constitucional, sus efectos, conforme a la norma constitucional vigente antes del 18 de junio de 2008 —sistema penal anterior al nuevo acusatorio adversarial—, implicarían que todas las autoridades de instancia, en el ámbito de sus respectivas competencias, queden vinculadas a emitir con prontitud las resoluciones faltantes y acatar estrictamente los plazos a que alude

30 Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendación 29/2017 sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como “arraigo en el domicilio” en el estado de Chihuahua, publicada el 14 de agosto de 2017, párr. 21.

la ley, sin dilación alguna; donde la carga de trabajo, la dificultad del asunto o cualquier otra circunstancia no podría ser un argumento válido para aplazar cualquier determinación de absolución o de condena. Por otro lado, cuando resulten aplicables las reformas a la Constitución General de la República publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, que instauran el nuevo sistema penal acusatorio, si ha transcurrido un plazo superior a 2 años, el imputado no está ejerciendo su derecho de defensa y no se ha pronunciado sentencia, el efecto de la concesión del amparo será ponerlo en libertad de inmediato mientras se continúa con el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares conforme al artículo 20, apartado B, fracción IX, de la Ley Fundamental.³¹

37. Recientemente en la suscripción de la carta de intención entre la oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) y este organismo nacional, se reconoció que en México se ha abusado de la pena de prisión y de la prisión preventiva, por ello se hizo un pronunciamiento sobre la racionalización de la pena y se enfatizó en hacer lo necesario para evitar que, por un error o descuido procesal, una persona tenga que vivir la experiencia de haber estado en reclusión penitenciaria.

38. No obstante, resulta aun de mayor lesividad el hecho de que a una persona, presumiblemente inocente, se le aplique una medida cautelar restrictiva de la libertad, por un tiempo mayor al considerado como razonable de 2 años, conforme al nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

39. Al respecto, la CIDH ha indicado que la libertad personal debe ser siempre la regla y su limitación o restricción la excepción.³² Este

31 *Semanario Judicial de la Federación*, agosto de 2012. registro: 2001493.

32 Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 28 de noviembre de 2007, . Serie C No. 170, párr. 53; Caso *Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106 y; Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121.

principio general, aplicado al proceso penal y leído en conjunto con el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), trae como consecuencia que la libertad del individuo debe ser respetada hasta que se determine su responsabilidad penal, pudiendo el Estado afectarla legítimamente sólo en casos excepcionales a través de “[...] una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso.”³³

40. El Consejo de la Judicatura Federal ha señalado al respecto en materia disciplinaria en el criterio 103 de rubro “DILACIÓN. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA NO SE EXTINGUE CON LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE SE OMITIÓ”. Se determina que existe “responsabilidad disciplinaria derivada de la desatención en el cumplimiento de los plazos y términos legales no puede entenderse extinguida con la emisión del auto o resolución que en su momento se omitió, pues la causa que da origen al surgimiento de esa conducta se revela con independencia de ese posterior pronunciamiento, concretamente por el solo incumplimiento del deber legal en el transcurso del tiempo. Por eso, el que el dictado de un acto jurisdiccional ocurra con posterioridad a los plazos que marca la ley únicamente puede servir de parámetro para valorar la medida del incumplimiento, pero no para tener por extinguida, por ese simple hecho, la responsabilidad administrativa disciplinaria”;³⁴ y el criterio 128: “DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS. EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO SEGUIDO A JUECES Y MAGISTRADOS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS QUE IMPERAN EN LA MATERIA PENAL” el cual plantea que “la materia de responsabilidad administrativa también se rige por

33 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo.* Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 144 y; *Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 157.

34 Queja administrativa 724/2005. Luis Dirzo Muñoz. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 24 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Alejandro Manuel González García.

el principio constitucional que impera en la materia penal, relativo a la presunción de inocencia, y, como consecuencia, el relativo a la carga de la prueba. Del primero se desprenden los siguientes derechos: *a)* que no está obligado a probar que es inocente, sino que la carga probatoria recae en la parte acusadora; *b)* que no puede ser forzado a confesar en su contra; y, *c)* que, en caso de duda, ésta debe beneficiar al sujeto denunciado. Los referidos principios y derechos son aplicables cuando se examina la actuación de los juzgadores, en virtud de que tienen a su favor la presunción de que ejercen la función jurisdiccional atendiendo, entre otros, a los principios de honradez e imparcialidad, así como que han cumplido con los requisitos previstos en los ordenamientos relativos para ser designados como jueces o magistrados, [...] Por tanto, corresponde en todo caso, al órgano de investigación (Consejo de la Judicatura Federal), o a la parte acusadora, la carga de la prueba para acreditar que el funcionario judicial es administrativamente responsable de la conducta irregular que se le imputa, por ejemplo, tratándose de la dilación en el dictado de las sentencias; ello, sin perjuicio de que el servidor público pueda ofrecer todas las pruebas que estime pertinentes para su defensa"³⁵ y finalmente del criterio 4 de rubro "DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE ACREDITE INACTIVIDAD PROCESAL, NO CONLLEVA A QUE LA QUEJA ADMINISTRATIVA SE DECLARE INFUNDADA. En el supuesto de que en el juicio de amparo transcurra el término de trescientos días, a que alude el artículo 74, fracción V, de la Ley de Amparo, y por consiguiente, proceda decretar el sobreseimiento correspondiente, ello no justifica la conducta omisa del funcionario público, en virtud de que dicha disposición no exime a los magistrados de circuito de la obligación de elaborar, dentro de los plazos legales, los proyectos de resolución relativos a los juicios de amparo directo. De tolerar que los juzgadores de amparo, con el pretexto de la carga de trabajo o, en su defecto, de la complejidad de los asuntos,

³⁵ Queja administrativa 288/12. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 20 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.

dejen transcurrir el plazo establecido en dicho precepto, para decretar el sobreseimiento en el juicio, se afectarían gravemente los derechos de los justiciables”.³⁶

41. Esta Comisión Nacional observa con preocupación, que la reclusión de una persona por más de dos años sin obtener una sentencia (condenatoria o absolutoria) implica una violación al principio de inocencia, así como al derecho de acceso a la justicia fundamentado en el artículo 17 de nuestra constitución, tanto para la persona privada de la libertad, como para las víctimas del hecho delictivo, sobre todo si se trata de procesos anteriores a la reforma constitucional en materia penal.

42. Lo anterior, es planteado en el párrafo 54 la citada recomendación 29/2017, donde se destaca que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que: “La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”.³⁷

43. Conforme a las facultades constitucionalmente otorgadas a este Organismo Nacional como parte del sistema no jurisdiccional para la tutela de los derechos humanos, se pronuncia respecto de la prolongación de la prisión preventiva por más tiempo del plazo legalmente establecido, que se equipara a la prisión preventiva con la pena, ya que al dictarse ésta con dilación, permite escenarios en los que la persona privada de la libertad que hubiera permanecido en prisión el mismo

³⁶ Queja administrativa 15/99. Fernando Pérez Cortés. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 10 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

³⁷ Jurisprudencia constitucional. “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, abril de 2007. Registro 172759.

tiempo, o más del que hubiese estado de haber tenido una sentencia condenatoria. Incluso, es más reprochable cuando se dicta tardíamente una resolución absolutoria.

44. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que “no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida”.³⁸

II. NORMATIVIDAD

II.1 Ámbito nacional

45. El artículo 19 del Código Nacional Procedimientos Penales³⁹ establece a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter excepcional, salvo en los casos previstos por el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

46. El artículo 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a los derechos del imputado, dispone, en la fracción IX, segundo párrafo, que:

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

38 *Op. cit. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 122, 38 *Op. Cit. Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, párr. 136.

39 Artículo 19. *Derecho al respeto a la libertad personal*

Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad personal, por lo que nadie podrá ser privado de la misma, sino en virtud de mandamiento dictado por la autoridad judicial o de conformidad con las demás causas y condiciones que autorizan la Constitución y este Código. La autoridad judicial sólo podrá autorizar como medidas cautelares, o providencias precautorias restrictivas de la libertad, las que estén establecidas en este Código y en las leyes especiales. La prisión preventiva será de carácter excepcional y su aplicación se regirá en los términos previstos en este Código.

47. En este mismo sentido, el artículo 165, párrafo segundo del Código Nacional Procedimientos Penales manda: “La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”.

48. Lo anterior se determinó a fin de evitar una arbitraría e indefinida prolongación de la prisión preventiva que vulneraría aun más los derechos de la persona procesada. Por ello, es imperante que dentro de un plazo razonable se resuelva la situación jurídica de la persona procesada, ya que de haber dilación incluso de años, la medida cautelar es considerada como excesiva.

49. Así mismo el párrafo segundo del artículo 17 constitucional establece que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes [...]” siendo la prolongación de la prisión preventiva más allá del plazo razonable establecido constitucionalmente, una violación al derecho de acceso a la justicia consagrado en la Carta Magna.

II.2 Ámbito internacional.

50. El artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), señala que: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del jui-

cio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

51. Así mismo en el artículo 14.3 establece que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 13. Administración de justicia (artículo 14), dispone que esta garantía se refiere “no sólo al momento en que debe comenzar un proceso sino también a aquel en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse “sin dilación indebida”. Con objeto de que este derecho sea eficaz, debe disponerse de un procedimiento para garantizar que el proceso se celebre “sin dilación indebida”, tanto en primera instancia como en apelación.”⁴⁰ El Comité determinó que “no sólo tiene el propósito de evitar que las personas permanezcan demasiado tiempo en la incertidumbre acerca de su suerte y, si se las mantiene recluidas durante el período del juicio, de garantizar que dicha privación de libertad no se prolongue más de lo necesario en las circunstancias del caso, sino también que redunde en interés de la justicia”. Y añade “Esta garantía se refiere no sólo al intervalo de tiempo entre la acusación formal y el momento en que debe comenzar un proceso sino también al tiempo que media hasta el fallo definitivo en apelación”.⁴¹

52. Por otra parte, artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a la libertad personal y particularmente en el numeral 7.3 determina que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

53. Y respecto del plazo razonable la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 7.5 que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro fun-

40 Párr. 10

41 *Op. cit.*, párr. 35.

cionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.” Ello también se identifica en los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos que establece: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; [...]”

54. En el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable” Asimismo en el artículo 6.2 señala, que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

55. En el considerando 12 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos “Reglas Nelson Mandela” se “recomienda a los Estados Miembros que continúen procurando limitar el hacinamiento en las cárceles y, cuando proceda, recurran a medidas no privativas de libertad como alternativa a la prisión preventiva, promoviendo un mayor acceso a mecanismos de administración de justicia y de asistencia letrada, reforzando las medidas sustitutivas del encarcelamiento[...]” Asimismo, establece en regla de 111.2 respecto de los reclusos en espera de juicio “gozarán de la presunción

de inocencia y deberán ser tratados de forma consecuente con dicha presunción”.

56. Estos criterios ya habían sido establecidos en un sentido similar desde el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, no obstante, se sigue observando una clara omisión de estos en los centros penitenciarios del país.

57. Por su parte en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad “Reglas de Tokio” establecen en la regla 6, que la prisión preventiva debe ser considerada como el último recurso, “teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. (6.1) y en la regla 6.2 se establece que, “las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.

III. PRONUNCIAMIENTO

58. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva que no debe ser aplicada por un periodo fuera de los márgenes compatibles con los derechos humanos, ya que como se ha visto, cuando ésta 35/41 excede el plazo razonable previsto en las normas nacionales e instrumentos internacionales, se convierte en una medida desproporcionada que podría ser equivalente a una pena anticipada.

59. Este organismo nacional al estar facultado por el artículo 102 constitucional apartado B, como parte de un sistema no jurisdiccional de tutela los derechos humanos, considera que la dilación en el plazo razonable es susceptible de ser considerada como una violación al derecho de acceso a la justicia, fundamentado en el artículo 17 constitucional.

60. Así mismo reconoce que si bien se han dado avances en la disminución del número de personas privadas de la libertad en prisión preventiva; no omite pronunciarse respecto del abuso y dilación que se ha hecho respecto de la aplicación de esta medida cautelar, lo que conlleva a dar trato a una persona procesada en prisión preventiva como si cumpliera una pena de prisión y no bajo el concepto, tanto de las normas nacionales, como de los instrumentos y estándares internacionales, de aplicación excepcional.

Por lo anterior este organismo nacional se pronuncia en el siguiente sentido:

PRIMERO. El Estado mexicano debe considerar a la prisión preventiva como una medida cautelar excepcional y reconocer a las personas a las que se aplica la presunción de inocencia, atendiendo los preceptos 36/41 establecidos en la constitución, en las “Reglas Mandela”, así como en los estándares emanados del sistema universal e interamericano de derechos humanos.

SEGUNDO. El Estado mexicano debe considerar garantizar a las partes seguridad jurídica, reconociendo que la dilación en el plazo razonable no sólo implica la afectación que recae directamente sobre la persona privada de la libertad, sino también sobre los derechos de las víctimas que en el proceso se ven afectados.

TERCERO. Es necesario que se tome en consideración la necesidad de resolver los procesos penales dentro del plazo constitucional, a fin de que se garantice en su caso, la reparación al daño a la víctima, permitiéndole acceder también a procesos de justicia restaurativa.

CUARTO. El Estado mexicano debe privilegiar otras medidas cautelares a la prisión preventiva, cuando ésta no sea necesaria, a fin de que la persona pueda llevar su proceso en libertad.

QUINTO. El Estado debe asumir la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites constitucionalmente estable-

cidos de aplicación de la acción de la justicia, sin que ello implique el modificar la medida cautelar de prisión preventiva por otra restrictiva de la libertad.

SEXTO. El Estado mexicano debe revisar periódicamente la de la aplicación de la prisión preventiva, considerando su pertinencia, conforme a los estándares interamericanos establecidos sobre la materia.

IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 2/97, 11 de marzo de 1997, relativo a la prisión preventiva en Argentina. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.html>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 30 de diciembre 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-ppl2013-es.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, del 3 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recomendación 29/2017 sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como "Arraigo en el Domicilio" en el Estado de Chihuahua, publicada el 14 de agosto de 2017.

Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, agosto de 2017, Secretaría de Gobernación, Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.

DE BUEN, Néstor, LEYLA, Sandra & SOLÍS, Leslie, *Cárcel en México ¿Para qué?*, México Evalúa, Centro de Análisis Políticas Públicas, A. C., México, 2013.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y PELÁEZ FERRUSCA Mercedes, *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Formación Profesional de la PGJDF, México, 2014.

Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos, núm. 1 a núm. 32: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol. I); núm. 33: A/64/40 (Vol. I); núm. 34: CCPR/C/GC/34; núm. 35: CCPR/C/GC/35. Disponibles en: https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grale_s_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html.

Periódico *Universal (On line)*, “Nelson Vargas: 10 años de buscar justicia”. Sección Nación/Política/. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/nelson-vargas-10-anos-debuscar-justicia>.

IV.1. Poder Judicial de la Federación

Acción de Inconstitucionalidad 30/2013, del 29 de junio de 2017.

Contradicción de Tesis 64/2017 sobre la “Procedencia de la solicitud efectuada por los inculpados en el sistema procesal mixto para revisar la prisión preventiva, de conformidad con el artículo quinto transitorio del código nacional de procedimientos penales”. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asunto resuelto en la sesión del 2 de julio de 2017. Disponible en: https://www.scn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-08/1S-050717-JRCD-0064.pdf.

Jurisprudencia constitucional. “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, abril de 2007. Registro 172759.

Queja administrativa 15/99. Fernando Pérez Cortés. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 10 de noviembre

de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

Queja administrativa 724/2005. Luis Dirzo Muñoz. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 24 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Alejandro Manuel González García.

Queja administrativa 288/12. Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal. 20 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.

Tesis aislada: "SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN". *Semanario Judicial de la Federación*, agosto de 2012. registro: 2001493.

Tesis aislada: "PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER. CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS". *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2012. registro: 2002350.

Tesis aislada: "MAGISTRADOS Y JUECES. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR DILACIÓN EN EL DICTADO DE SENTENCIAS". *Semanario Judicial de la Federación*, septiembre 2006. Registro: 174229.

IV.2. Normatividad nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

IV.3. Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015, “Reglas Mandela”.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad “Reglas de Tokio”

Convención Europea de Derechos Humanos.

IV.4. Jurisprudencia Interamericana

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Fondo 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. 41 /41

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 170.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C. Núm. 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

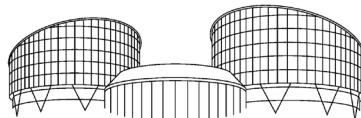
Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas,* sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 229.

Corte Índice de Desarrollo Humano. *Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

QUINTA SECCIÓN

Caso A.P., GARÇON Y NICOT vs. FRANCIA*

(Procesos Núms. 79885/12, 52471/13 and 52596/13)

RESOLUCIÓN
[Extractos]

ESTRASBURGO

abril 6, 2017

Sentencia definitiva en virtud del artículo 44 y 2 de la Convención.



* Traducción a cargo de Raúl Márquez González. Corrección: Elizabeth Roque Olvera.
Fuente: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?j=003-5677681-7200217>

CASO A. P., GARÇON Y NICOT vs. FRANCIA

(*Procesos Núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13*)

RESOLUCIÓN

ESTRASBURGO

abril 6, 2017

En el caso de A.P., Garçon y Nicot vs. Francia,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Quinta Sección), constituido por una Cámara compuesta por:

Angelika Nußberger, *Presidente*,

André Potocki,

Faris Vehabović,

Yonko Grozev,

Carlo Ranzoni,

Mārtiņš Mits,

Lāčif Hüseyinov, *jueces*,

y Milan Blaško, Secretario Adjunto.

Habiendo deliberado en privado el 21 y 28 febrero de 2017, se dicta la siguiente resolución que fue aprobada en la fecha ya mencionada:

PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en tres demandas (Núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13) contra la República Francesa presentados ante el Tribunal bajo el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (“La Convención”) por tres ciudadanos franceses, A.P. (“el primer demandante”), Émile Garçon (“el segundo demandante”) y Stéphane Nicot (“el tercer demandante”) el 5 de diciembre de 2012 (en cuanto al primer demandante) y el 13 de agosto de 2013 (en cuanto al segundo y tercer demandante). El presidente de la Sección accedió a la petición del primer demandante de no revelar su nombre (Reglamento 47 y 4 del Tribunal).

2. El primer demandante fue representado ante el Tribunal por SCP Gatineau-Fattaccini, despacho de abogados autorizado para ejercer en el Conseil d’État y el Tribunal de Casación. Los otros dos demandantes fueron representados por SCP Thouin-Palat y Boucard, despacho de abogados autorizado para practicar en el Conseil d’État y el Tribunal de Casación, y por el Sr. Julien Fournier y el Sr. Emmanuel Pierrat, abogados que ejercen en París. El Gobierno francés y el Estado fueron representados por su Agente, Sr. François Alabruné, Director de Asuntos Legales en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

3. Los demandantes, que son personas transgénero, alegan el rechazo a su petición de corregir el género en su acta de nacimiento, en base a que las personas que hacen semejante petición tuvieron que fundamentarlo al demostrar que ellos en verdad sufrieron de un trastorno de identidad de género y que el cambio en su aspecto era irreversible, constituyendo una violación del artículo 8 del Convenio (junto con el artículo 3 del Convenio en el caso del primer demandante). Alegando una violación del artículo 8 leído conjuntamente con el artículo 3, el primer demandante además, criticó el hecho de que tribunales nacionales realizaron la corrección de su acta de nacimiento, condicionán-

dolo a someterse a evaluaciones médicas intrusivas y degradantes. Él, además, se quejó bajo el artículo 1 y 6 del Convenio, “probablemente tomado en conjunción con el artículo 8” de una violación a su derecho de juicio imparcial, derivado del hecho que los tribunales nacionales supuestamente cometieron un error manifiesto de evaluación al encontrar que él no aportó pruebas de un cambio irreversible en su aspecto. El segundo y tercer demandante también se quejaron de una violación al artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8.

4. El 18 de marzo de 2015, el Gobierno fue notificado de las quejas concernientes a los artículos 3, 8 y 14 de la Convención.

5. El 15 de junio de 2015, organizaciones no gubernamentales, Alianza para Defender la Libertad (ADF) Internacional, Europa Transgénero y conjuntamente Amnistía Internacional y la Región Europea Asociación Internacional Lésbico Gay, Bisexual, Transexuales e Intersexuales (ILGA-Europa), les fue permitido intervenir en el proceso escrito (Artículos 36 § 2 del Convenio y 44 § 3 del reglamento).

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. En la fecha de la presentación de la demanda, los demandantes fueron considerados pertenecientes al sexo masculino para efectos del derecho civil. Por esa razón, la forma masculina es usada para referirse a ellos; sin embargo, esto no debe interpretarse como una exclusión al género con el que ellos se identifican.

A. Proceso no. 79885/12

7. El primer demandante nació en 1983 y vive en París.

8. El primer demandante declaró que, aunque fue registrado como masculino, siempre se comportó como mujer y su aspecto físico ha sido muy femenino. Como adolescente y joven adulto él luchó considerable-

mente con su identidad de género, debido a que se le asignó una identidad masculina al nacer que no correspondía a su identidad femenina social y psicológica. En el 2006, después de que varios doctores lo diagnosticaron con un trastorno de identidad de género conocido como “Síndrome de Harry Benjamín”, él comenzó una fase de transición, viviendo en sociedad como mujer e inició un tratamiento hormonal bajo la supervisión de un endocrinólogo, Dr. H., y un neuropsiquiatra, Dr. Bo.

9. El primer demandante presentó tres certificados médicos emitidos por estos doctores durante el periodo en cuestión. En los dos primeros certificados, fechados el 12 de abril de 2007, Dr. Bo., indicó que el primer demandante estuvo bajo su supervisión desde el 27 de abril de 2005 “por un síndrome típico de trastorno de identidad”. Él indicó que: “Por lo tanto [hubo] una notable diferencia entre su actual físico y la fotografía en su identificación”, y que “no [hubieron] contraindicaciones médicas o psicológicas para [una] operación... en la manzana de Adán”. En el tercer caso, fechado el 16 de enero de 2008, el Dr. H. determinó que él supervisó el tratamiento hormonal del demandante por “trastorno típico primario de género desde el 1 de junio de 2006, junto con Dr. B.”, y así “Siguiendo con pruebas endocrinológicas y metabólicas, incluyendo carotipado [él estaba siendo] tratado con anti-andrógenos y estrógenos”. El doctor concluyó que “la marcada, plausible y genuina naturaleza de su disforia de género junto con la ‘prueba real’, [lo haría] elegible para una operación quirúrgica de cambio de sexo, de la cual [él tuvo] legítima confianza”.

10. El primer demandante también presentó un certificado médico emitido el 3 de abril de 2008, por otro psiquiatra, Dr. Ba., que certificó que él tenía “síndrome típico de Harry Benjamín” y que “No [habían] en este momento contraindicaciones para el tratamiento médico y quirúrgico implicado en la operación de cambio de sexo buscada por el paciente”.

11. El primer demandante enfatizó que él originalmente no pretendía someterse a una operación quirúrgica mutilante de cambio de sexo, pero él mismo se resignó al hecho, debido a la jurisprudencia de los tribunales franceses que lo establecen como una condición para el cambio en el estado civil.

12. El primer demandante decidió someterse a cirugía en Tailandia, realizada por Dr. S., a quien él describe como un “especialista mundialmente reconocido”. La operación fue llevada a cabo el 3 de julio de 2008. El Dr. S. emitió el siguiente certificado médico:

“...siguiendo un periodo de diagnóstico por especialistas psicosexuales y un periodo apropiado, viviendo tiempo completo con una identidad femenina, la persona antes mencionada fue diagnosticada con un trastorno de identidad de género (F64.0) definido como DSM IV, ICD-10. Ella fue aceptada para tratamiento quirúrgico, es decir, operación quirúrgica de cambio de sexo.

La cirugía consistió en una orquidectomía, una vaginoplastia, una clitoroplastia y una labioplastia, combinado en una sola operación. Al término de la operación los órganos sexuales masculinos... fueron reemplazados por órganos femeninos en aspecto y función, con excepción de los órganos reproductivos. Estó implicó remover los órganos sexuales masculinos, resultando en infertilidad irremediable.

De acuerdo con todas las definiciones legales y médicas establecidas, la operación es irreversible y significa que la identidad sexual masculina del Sr. [A.P.] ha sido permanentemente cambiada a una identidad sexual femenina”.

13. En un certificado firmado el 10 de septiembre de 2008, el Dr. H. confirmó que el primer demandante “[se había] sometido a una cirugía de cambio de sexo, masculino a femenino irreversible”, y señaló que “la petición para cambiar el estado civil [era] imperiosa y admisible [y era] una parte integral del tratamiento.

14. El primer demandante presentó cuatro certificados más. El primero fechado el 26 de mayo de 2009, fue firmado por el cirujano Dr. W. Éste señalaba que el primer demandante se sometió “a una laringoplastia estética como parte de la transición de masculino a femenino después de una cirugía de cambio de sexo irreversible que fue realizada en los genitales externos”. En el segundo certificado, fechado el 27 de mayo de 2009, un logoterapeuta señaló que “trabajó con [A.P.] por dos años en la feminización de su voz”, y que “su voz y aspecto [eran] plenamente femeninas y coherentes entre sí”. El tercer certificado firmado el 23 de julio de 2009, por el psiquiatra Dr. B., decía lo siguiente:

“...[A.P.] está bajo supervisión por síndrome típico de Harry Benjamín por el cual un proceso de cambio de sexo ha estado en curso por varios años. Ella ha tenido tratamiento hormonal y la cirugía requerida para hacer femenino su aspecto y comportamiento. Por lo tanto es legítimo, en interés de su integración social y profesional, para que su estado civil armonice con su aspecto y sus deseos...”

15. En el cuarto certificado fechado el 16 de marzo de 2010, el Dr. P. especializado en psicopatología y psicoanálisis fundamental y psicoterapeuta, señaló que él comenzó sesiones de psicoterapia con el primer demandante y en particular él “notó... la coherencia entre las afirmaciones de la Sra. [A.P.] y su identidad de género preferida”.

1. *Resoluciones del Tribunal de Suprema Instancia de París, 17 de febrero y 10 de noviembre de 2009.*

16. El 11 de septiembre de 2008, el primer demandante presentó un recurso en contra del Abogado del Estado del Tribunal de Suprema Instancia de París, para obtener una declaración de que él era ahora del sexo femenino, y que su primer nombre era A. (nombre femenino). Él entregó en particular, certificados médicos de 12 de abril de 2007 y 16

de enero y 10 de septiembre de 2008, y el certificado emitido por el Dr. S. el 16 de octubre de 2008. El Asesor Jurídico solicitó una evaluación especializada, sobre los motivos de la cirugía del demandante, que le realizaron en el extranjero.

(a) Sentencia interlocutoria de 17 de febrero de 2009

17. El 17 de febrero de 2009, en sentencia interlocutoria, del Tribunal de Suprema Instancia de París, destacó como sigue a continuación:

“Cuando se ha hecho un diagnóstico de trastorno de identidad de género siguiendo una minuciosa evaluación y la persona interesada se ha sometido a cambios físicos irreversibles con fines terapéuticos, es apropiado considerar que aunque la nueva condición de género de la persona es imperfecto en el sentido de que su constitución cromosómica no ha cambiado, él o ella está cerca, en términos de aspecto físico, mentalidad e integración social al género de preferencia que al género asignado al nacer.

Sin embargo, el tribunal consideró:

“Independientemente del rango de los autores de los certificados médicos aportados en apoyo del proceso, la necesidad de un diagnóstico definitivo significa que una evaluación especializada debe ser llevada a cabo con la finalidad de establecer el estado actual del demandante desde una perspectiva fisiológica, biológica y psicológica, además de investigar la persistencia del presunto trastorno en su pasado”.

El tribunal designó a tres expertos —un psiquiatra, un endocrinólogo y un ginecólogo— y les pidieron que, después de entrevistar y examinar al primer demandante y consultar los certificados médicos, además de los informes de operación entregados, para:

"(a) describir el estado físico actual del demandante... y la presencia o ausencia de genitales externos o internos de cualquier sexo, solicitud de muestras para laboratorio con el consentimiento del demandante capaces de establecer las características biológicas y genéticas del sexo del demandante; establecer si un error pudo haber sido cometido en el sexo que figura en el acta de nacimiento o un cambio orgánico o biológico pudo haber ocurrido después, buscar rastros de posibles cirugías teniendo por objeto lograr o completar la transformación de los genitales o características sexuales secundarias, establecer si el paciente ha sido tratado con medicamentos u hormonas, establecer si la cirugía o el tratamiento hormonal fue llevado a cabo debido a anomalías físicas preexistentes o debido al estado psicológico del paciente, dejando de lado sus intenciones deliberadas;

(b) describir el estado mental y comportamiento de [el primer demandante] en lo que atañe a su género y en la medida de lo posible, señalar sus orígenes y seguir su desarrollo, dar parte sobre el tratamiento psicoterapéutico, especificar su duración y resultado, establecer si el paciente sufre de algún trastorno mental y si es así, especificar la naturaleza del trastorno.

(c) expresar una opinión sobre la posible existencia de un trastorno de identidad de género, dando razones para formular o descartar un diagnóstico, establecer si, a la luz de toda la información personal médica disponible (psicológica, biológica y física), la persona interesada debe ser considerada masculino o femenino."

18. El tribunal resolvió que los costos de la evaluación especializada deberían ser cubiertos por el primer demandante y ordenarle que deposite una suma de 1,524 euros (EUR) para ese fin.

19. El primer demandante se rehusó a someterse a una evaluación especializada argumentando que este tipo de evaluación además de ser muy costosa, no respeta la integridad física y mental de la persona interesada. A su juicio, los documentos que presentó, escritos por médicos especialistas, y destacaron la naturaleza genuina de su cambio de géne-

ro, fueron más que suficientes y no era necesario someterlo a una nueva serie de pruebas traumáticas.

20. En una orden de 13 de marzo de 2009, el Vicepresidente del Tribunal de Apelaciones de París, rechazó el recurso de apelación contra esta sentencia interlocutoria.

(b) Resolución de 10 de noviembre de 2009

21. El 10 de noviembre de 2009, el Tribunal de Suprema Instancia de París, rechazó la petición del primer demandante. Éste señaló que los certificados presentados por el demandante fueron informativos, pero no respondieron las preguntas del tribunal que tienen que ver con el origen, naturaleza, persistencia y consecuencias del trastorno en cuestión, y los doctores que fueron consultados no pudieron, en unas pocas líneas concebir que la operación se llevara a cabo, y realizar el trabajo de tres expertos que actúen en base a instrucciones amplias y detalladas. El tribunal observó en particular que los certificados no mencionan el estado mental del demandante y actitud con respecto a su género, o exprese un punto de vista, como el origen del trastorno y su desarrollo. Asimismo, ellos no especifican si el primer demandante sufría de problemas mentales y si él estuvo en psicoterapia, ni ellos dieron información alguna de su estado actual, habiendo sido escrito antes de su cambio de sexo. El Tribunal agregó que pacientes que se sometieron a cirugía en Francia entregaron un expediente completo cubriendo todas las disciplinas en cuestión, como condición previa para una cirugía de cambio de sexo, algo que el doctor que operó al primer demandante en Tailandia, al parecer no requirió. Con la finalidad de cubrir los costos por régimen de seguridad social, los pacientes en Francia, tienen que someterse a una serie de pruebas completas y rigurosas. El tribunal detalló que, a la luz de la evidencia en el expediente, el demandante debe someterse de buena voluntad a la evaluación especializada. De

conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimientos Civiles que autoriza a los tribunales a sacar todas las conclusiones pertinentes de un rechazo a cooperar con una medida de investigación, el tribunal encontró que, en la ausencia de una evaluación especializada multidisciplinaria, la petición del primer demandante no estuvo lo suficientemente documentada.

2. Tribunal de Apelaciones de París, resolución de 23 de septiembre de 2010

22. Tras una apelación interpuesta por el primer demandante, el tribunal de Apelaciones de París, en un fallo de 23 de septiembre de 2010, confirmó el fallo de 10 de noviembre de 2009, en lo que hasta ahora se negó la petición del primer demandante, para corregir la indicación de género en su acta de nacimiento.

23. Ante todo, el Tribunal de Apelaciones infirió del artículo 8 de la Convención que: “Cuando se ha seguido y sometido a tratamiento médico y quirúrgico con fines terapéuticos”, una persona con trastorno de identidad de género ya no tiene todas las características de su sexo original y habiendo tomado aspecto físico cercano al del sexo opuesto, que correspondía a su comportamiento social, el principio de respeto a la vida privada garantizaba rectificar en el registro civil, indicar, para el sexo correspondiente al aspecto de la persona.

24. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones consideró que, a la luz de los documentos presentados por el primer demandante, “no estaba establecido que él no tenga [tuviera] todas las características del sexo masculino”. El tribunal señaló a ese respecto que, aunque los psiquiatras Bo. y Ba. otorgaron un diagnóstico de trastorno de identidad de género en sus certificados de 12 de abril de 2007 y 3 de abril de 2008, no señalaron la “ausencia de problemas de salud mental”. El Tribunal de Apelaciones consideró, además, que el tratamiento hormonal referido en los certificados emitidos por el Dr. H. el 16 de enero y 10 de

septiembre de 2008, fechados mucho tiempo atrás. El Tribunal también observó, que el certificado expedido por el Dr. S., el doctor que operó al primer demandante el 3 de julio de 2008, fue “extremadamente breve” y consistió en una simple lista de conceptos de información médica que no dejaban claro si la cirugía de cambio de sexo fue efectiva. Además, la documentación presentada por el primer demandante, respecto a la clínica, se obtuvo de internet, no era suficiente para establecer, ya sea la reputación científica o quirúrgica, del cirujano que realizó la operación o si la cirugía cumplió con la práctica médica estándar. Ni esto fue demostrado por el certificado del Dr. W. de 26 de mayo de 2009, “debido a la falta de detalles”.

25. El Tribunal de Apelaciones continuó observando que el primer demandante, por principio, se rehusó persistentemente a someterse a una evaluación especializada y no cooperó en la evaluación ordenada por el Tribunal de primera instancia, “bajo el pretexto irrelevante de protección a su vida privada aun y cuando el objetivo [había sido] establecer que una persona que se presenta con un trastorno de identidad de género, ya no tiene todas las características del sexo asignado al nacer”. El Tribunal destacó que “la posible interferencia con la vida privada [había sido] proporcional al requisito de establecer la identidad de género de la persona, [era] un componente del estado civil que [estaba] sujeto, al principio de inalienabilidad del orden público”.

26. El Tribunal de Apelaciones consideró, sin embargo, que el hecho de que el primer demandante fuera conocido por un nombre femenino —como resultó evidente en numerosas declaraciones de aquellos cercanos a él— sumado a su convencimiento de que él era de sexo femenino, el hecho de que él tuvo varios tratamientos médicos y operaciones, y la “realidad de una vida social”, significó que él tuvo un interés legítimo en cambiar sus nombres masculinos en femeninos. El tribunal, por lo tanto, ordena que sus nombres sean corregidos en su acta de nacimiento.

3. Resolución de la Primera Sala Civil del Tribunal de Casación, 7 de junio de 2012

(a) Motivos de apelación

27. El primer demandante interpuso un recurso contra la resolución de 23 de septiembre de 2010.

28. Él argumentó, ante todo, que el derecho al respeto de la vida privada significaba que el cambio de sexo debería ser autorizado para las personas cuyo aspecto físico fuese más cercano al del género opuesto, al que su comportamiento social correspondiera. Criticó el rechazo del Tribunal de Apelaciones a su petición de cambiar su género en su acta de nacimiento, debido a que él se negó a cooperar en una evaluación especializada, dirigida a determinar los orígenes de su trastorno de identidad y su desarrollo, y para cerciorarse que ya no tenía todas las características del sexo masculino. Desde su punto de vista, al emitir resolución de esta forma, después de notar que él era conocido por un nombre femenino, que estaba convencido de que pertenecía al sexo femenino, y que tuvo varios tratamientos médicos y quirúrgicos y vivir en sociedad como mujer, el Tribunal de Apelaciones violó el Artículo 8 del Convenio. El primer demandante se refirió, en particular, a la posición del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa como se contempla en el documento de octubre de 2009, titulado: “Derechos Humanos e Identidad de Género” y a la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en materia de discriminación, partiendo de la orientación sexual e identidad de género (ver párrafos 73 y 75 abajo).

29. En segundo lugar, argumentó que completamente se estableció que era transgénero por los certificados médicos que presentó, que se sometió a una cirugía que lo convirtió en mujer, además de que su aspecto físico y comportamiento social eran femeninos. Al

determinar que estos documentos eran insuficientes para establecer la existencia de las condiciones requeridas para cambio de sexo y al criticarlo de no cooperar con la evaluación especializada, el Tribunal de Apelaciones por lo tanto, distorsionó las pruebas.

30. En tercer lugar, alegó una violación del Artículo 14 de la Convención adicional con el Artículo 8, con el criterio de que el Tribunal de Apelaciones, al considerar que debería haberse sometido a la evaluación especializada, al desestimar su recurso, habiendo basado su evaluación en motivos discriminatorios.

(b) La resolución

31. El 7 de junio de 2012, el Tribunal de Casación (Primera Sala Civil, *Boletín* 2012, I, no. 123) desestimó el recurso en los términos siguientes:

“...A fin de justificar la solicitud, para corregir el género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar, en vista de la amplia aceptación dentro de la comunidad científica, que él o ella en verdad padece el trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible. Después de examinar los documentos presentados, sin sesgarlos, y habiendo notado primero que el certificado que describe la cirugía realizada en Tailandia fue muy breve (siendo reducido a una lista de conceptos de información médica, diciendo nada acerca de la eficacia de la operación); en segundo lugar [el primer demandante] se rehusó en principio a someterse a la evaluación especializada ordenada por la primera instancia, el Tribunal de Apelaciones estaba facultado para rechazar la solicitud a fin de corregir las anotaciones de género en el acta de nacimiento del recurrente...”.

B. Proceso no. 52471/12

32. El segundo demandante nació en 1958 y vive en Le Perreux-Sur-Marne.

33. Declaró que, aunque se le registró en su acta de nacimiento como *masculino*, estuvo consciente desde edad temprana que pertenecía al género *femenino*.

34. Debido a la presión social, él trató de esconder su verdadera naturaleza y se casó dos veces mientras vivía con identidad masculina inscrita en su acta de nacimiento. Sin embargo, los matrimonios de los cuales tuvo hijos, terminaron en divorcio.

35. Él se vestía como *mujer* y era percibido por los demás como *mujer*. Desde el 2004 había estado en tratamiento con hormonas feminizantes y se sometió a cirugía de reconstrucción genital.

1. Resolución del tribunal de grande instance de Crêteil el 9 de febrero de 2010

36. El 17 de marzo de 2009, el segundo demandante interpuso un recurso contra el Consejo de Estado en Crêteil, *tribunal de grande instance*, buscando una orden para que su acta de nacimiento fuera corregida, al reemplazar la palabra “masculino” por “femenino” y reemplazar sus nombres masculinos con el nombre “Émilie”. Se refirió en particular a un certificado emitido en 2004 por el Dr. B., psiquiatra y especialista en cuestiones de transgénero, indicando que el segundo demandante era una persona transgénero.

37. El Tribunal emitió sentencia el 9 de febrero de 2010. Éste destacó que el segundo demandante presentó simplemente algunas facturas fechadas en 2008, emitidas a nombre de “Émilie” Garçon, cuatro declaraciones hechas por testigos en el 2008 diciendo que conocieron al segundo demandante por varios años, sabiendo que era una persona “transgénero” (o “transexual” como lo expresó uno de ellos) y lo vieron “evolucionar como mujer sin ninguna aparente dificultad”; en certificado fechado el 23 de abril de 2009, firmado por el endocrinólogo Dr. T., según el cual, el segundo demandante recibió

tratamiento por disforia de género desde el 2006 y tomó hormonas femeninas desde el 2004, un tratamiento que toleró y fue efectivo. Cabe observar que, además, el segundo demandante no presentó el certificado del Dr. B., el Tribunal consideró que él no “[demostró] en realidad que era transgénero como se afirmó”. Debido a que no comprobó que en realidad sufría del supuesto trastorno, su petición se rechazó, debido a que cambiar el género en documentos de estado civil “fuerá posible únicamente con la finalidad de hacer oficial una situación de facto comprobada”. El tribunal sostuvo, que negó la petición de cambio de nombre por las mismas razones, en razón de que la petición era simplemente secundaria como la solicitud de cambio de estado civil.

2. Resolución del Tribunal de Apelaciones de París, 27 de enero de 2011

38. El 27 de enero de 2011, tras la apelación interpuesta por el segundo demandante, el Tribunal de Apelaciones de París confirmó el fallo de 9 de febrero de 2010, dando las siguientes razones:

“...Si bien el principio de inalienabilidad del estado civil se opone a la legislación de reconocer un cambio deliberadamente buscado por un individuo, esto no implica que el estado civil no puede ser cambiado.

Cuando un trastorno genuino de identidad que es médicalemente reconocido e intratable, ha sido diagnosticado siguiendo una rigurosa valoración y la persona transgénero ha sufrido cambios físicos irreversibles con fines terapéuticos, es apropiado considerar que aunque la nueva condición de género del individuo es imperfecta, la estructura cromosómica es invariable, él o ella está más cerca, en términos de aspecto físico, mentalidad e integración social, al género preferido que al género asignado al nacer. En estas circunstancias, y conforme al Artículo 57 del Código Civil, el acta de nacimiento debe mencionar el sexo del individuo en cuestión, el criterio de modificación debe ser aceptado.

En el presente caso, Émile Maurice Jean Marc Garçon... fue inscrito en el registro civil como *masculino*.

Corresponde al recurrente dar razones, en particular en base a la evidencia médica, de por qué debería ser considerado como del género *femenino* como él solicita.

El recurrente sostiene ser una persona transgénero que ha vivido con una identidad de género femenina por muchos años. Él sostiene que la desigualdad entre su género preferido y el género asignado al nacer es suficiente para justificar la modificación del estado civil, sin que primero tenga que demostrar que ha sido sometido a una cirugía de reasignación de sexo.

En relación al aspecto médico, ha presentado, como hizo ante en el Tribunal de primera instancia, un certificado emitido por Dr. [T.] fechado el 23 de abril de 2009, escrito en papel membretado de Dr. [D. S.-B.], en el cual el doctor 'certifica que el endocrinólogo Dr. [S.-B.] ha estado tratando al Sr. Émile (Émilie) Garçon por disforia de género... desde el 2006', y especifica que el recurrente ha estado recibiendo tratamiento hormonal de feminización desde el 2004, y que el tratamiento es bien tolerado y efectivo.

Este certificado médico indica que el recurrente siguió un tratamiento hormonal de feminización de 2004 al 2009, lo que no demuestra por sí mismo la existencia de un cambio físico y fisiológico permanente y, por lo tanto, la naturaleza irreversible del proceso de cambio de sexo.

Una evaluación especializada parece sin sentido debido a que el recurrente rechaza la idea de someterse a cirugía genital, no menciona tampoco ninguna cirugía plástica realizada en conexión con el desarrollo actual del tratamiento hormonal, y no ha presentado ningún punto de vista de un psiquiatra capaz de demostrar la existencia y persistencia del presunto trastorno, aunque el acta de nacimiento de Émile Garçon señala que se ha casado dos veces... y divorciado dos veces...".

3. Resolución de la Primera Sala Civil del Tribunal de Casación del 13 de febrero de 2013

(a) Motivos de la apelación

39. El segundo demandante interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del 27 de enero de 2011, en particular argumentó que, rehusar sus peticiones, bajo el pretexto de que no demostró la existencia de “cambio físico o fisiológico permanente y por lo tanto la naturaleza irreversible del proceso de cambio de sexo”, o “la existencia y persistencia del presunto trastorno”, el Tribunal de Apelaciones violó el Artículo 8 de la Convención, dado que el derecho al respeto a la vida privada implicaba el derecho a las personas de definir su identidad sexual, modificar sus documentos de estado civil para reflejar su identidad de género preferida, sin tener que demostrar la existencia de un trastorno de identidad de género o disforia de género o someterse a un proceso previo de cambio de sexo irreversible. Haciendo del derecho de modificación de documentos de estado civil esté sujeto a prueba de haberse sometido a un proceso irreversible de cambio de sexo, significándole a los titulares que necesiten de ese derecho, ser esterilizados con el objeto de ejercerlo, con ello interfiriendo con su dignidad y con el debido respeto a sus cuerpos y la intimidad de sus vidas privadas. El segundo demandante dedujo que se violó el Artículo 8, tomando en cuenta el hecho de que el Tribunal de Apelaciones lo ha requerido para aportar evidencia de haberse sometido a tal proceso. Añadió que fue discriminatorio y contrario al Artículo 14 de la Convención, supeditar este derecho a dicha prueba y comprobar trastorno de identidad de género o disforia de género.

(b) Resolución de 13 de febrero de 2013

40. El 13 de febrero de 2013, el Tribunal de Casación (Primera Sala Civil) desestimó el recurso por cuestiones de derecho en los siguientes términos:

“...Con el fin de justificar una petición de corrección de las anotaciones de género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar en vista de la posición ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica que él o ella en realidad sufren del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible.

Además, después de observar que [el segundo demandante] simplemente presentó un certificado emitido por un doctor el 23 de abril de 2009, en papel membretado de un doctor diferente, en el que el primero certificaba que este último, un endocrinólogo, estaba tratando [al segundo demandante] por disforia de género y señalaba que el paciente estuvo recibiendo tratamiento con hormonas feminizantes desde el 2004, el Tribunal de Apelaciones consideró que este certificado médico por sí solo no demuestra la existencia o persistencia de un trastorno de identidad de género, o la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de sexo. Estas no son condiciones discriminatorias ni infringen los principios establecidos ni los Artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni los Artículos 16 y 16-1 del Código Civil, ya que están basados en un equilibrio justo entre los requisitos de certeza jurídica y la inalienabilidad del estado civil, por una parte, la protección de la vida privada y al respeto del cuerpo humano por el otro...”.

C. Proceso no. 52471/12

41. El tercer demandante nació en 1952 y vive en Essey-les-Nancy.
42. Declaró que, aunque fue registrado en su acta de nacimiento como masculino, estuvo consciente desde edad temprana que pertenecía al género femenino. Vivió con una mujer de 1975 a 1991 y juntos procrearon una niña en 1978.
43. El tercer demandante declaró que ocultó su verdadera naturaleza por mucho tiempo, debido a que temía ser intimidado y después perder la custodia de su hija. Una vez que su hija creció, él adaptó su aspecto y conducta social para ajustarlo a su identidad de género femenina. Si

bien la mayoría de los documentos que usaba día a día, reflejaban su identidad de género, éste no era el caso de sus documentos de estado civil, pasaporte, licencia de conducir, documentos de registro de automóvil o el registro nacional de identidad. Como resultado, fue constantemente obligado a referirse a su identidad transgénero, en detrimento de su vida privada.

1. *Resoluciones del Tribunal de Grande Instance de Nancy, 7 de noviembre de 2008 y 13 de marzo de 2009.*

44. El 13 de junio de 2007, el tercer demandante presentó un recurso en contra del Abogado del Estado en Nancy, *Tribunal de Grande Instance*, buscando una orden para que su acta de nacimiento se corrigiera, al reemplazar la palabra “masculino” por “femenino” y reemplazar sus nombres con el nombre “Stéphanie”.

(a) Resolución de 7 de noviembre de 2008

45. El *Tribunal de Grande Instance de Nancy* emitió una resolución primaria el 7 de noviembre de 2008. Éste destacó que, “ahora es reconocido por unanimidad por ambas, la jurisprudencia nacional y europea, que las personas transgénero [tuvieran] el derecho al respeto de su vida privada” y fueran por lo tanto facultados a modificar su género y nombres en sus documentos de estado civil. Sin embargo, el Tribunal subraya que, se tenía que cumplir con un número de condiciones, señalando como sigue:

[El] trastorno de identidad de género [debe] ser establecido no sólo médica mente (usualmente por un equipo multidisciplinario de doctores, cirujanos, un endocrinólogo, un psicólogo y un psiquiatra) pero además legalmente, ya sea por medio de una evaluación especializada (aunque el Tribunal no requiera de ordenar una) o en base a certificados médicos presentados por la persona interesada,

estableciendo con certeza, que él o ella se ha sometido a un tratamiento médico y cirugía, a fin de lograr el cambio de sexo”.

El Tribunal concluyó como sigue:

“Personas que deseen cambiar su género en sus documentos de estado civil, deben demostrar que se han sometido a tratamiento médico y quirúrgico con propósitos terapéuticos y que se les realizó cirugía previa para quitar las características externas de su sexo original.

Por lo tanto, sólo ‘auténticas’ personas transgénero pueden cambiar la anotación de género en sus documentos de estado civil, es decir, las personas que ya se han sometido a un proceso irreversible de cambio de sexo.

En otras palabras, un tribunal puede ordenar la modificación de los documentos del estado civil para reflejar así su nuevo género de preferencia, solo después de que hayan auténticamente alterado su anatomía sexual para adecuarla lo más cercanamente posible al género preferido.

Estas condiciones médicas y quirúrgicas son explicadas por el hecho de que un auténtico trastorno de identidad de género, que se caracteriza por ‘un sentimiento profundamente arraigado e inquebrantable de pertenecer al género opuesto que genética, anatómica y legalmente asignado, acompañado de una necesidad intensa y consistente de cambiar el género y estado civil’, deben distinguirse de otros conceptos relacionados, pero diferentes, como el travestismo, que está basado solamente en la apariencia exterior y no implica un cambio de sexo anatómico.

En el presente caso, aunque S. Nicot ha presentado documentos y facturas emitidas por ciertas instancias, a nombre de la señora Stéphanie Nicot, estos hechos no le permiten al tribunal evaluar si en verdad ha cambiado de género. En la audiencia, cuando fue cuestionado por el presidente respecto a algún tratamiento al que pudo haberse sometido, S. Nicot adoptó una postura belicosa —debido a que está perfectamente en derecho— e invocó la naturaleza confidencial de su vida privada...”

46. El Tribunal por lo tanto suspendió los procedimientos relativos a las solicitudes del tercer demandante y se le ordenó “aportar en las actuaciones cualquier documento relacionado con el tratamiento médico y quirúrgico realizado, capaz de demostrar que él [había] cambiado en realidad de género.

(b) Resolución de 13 de marzo de 2009

47. El tercer demandante se negó a presentar cualquier documento médico, considerando que él demostró suficientemente que estaba física y psicológica y socialmente integrada como una mujer. Simplemente afirmó que su médico le recetó tratamiento hormonal lo que significaba que tenía características sexuales secundarias como senos. El abogado del Estado concluyó que no era posible modificar su estado civil sin evidencia de cirugía de cambio de sexo.

48. En resolución de 13 de marzo de 2009, en el *Tribunal de Grande Instance* de Nancy, observó que el tercer demandante no presentó evidencia médica y quirúrgica de cambio de sexo y por lo tanto su petición se rechazó. La resolución reiteró el razonamiento de la resolución de 7 de noviembre de 2008. El Tribunal señaló lo siguiente:

“[Un cambio de género en documentos de estado civil puede ser otorgado sólo a] personas transgénero ‘auténticas’, es decir, personas que ya se han sometido a cambio de sexo irreversible y no a personas que simplemente dicen ser ‘transgénero’ argumentando que son considerados socialmente de pertenecer al género que corresponde su aspecto exterior pero se oponen a cualquier cirugía de cambio de sexo o se rehúsan a aportar evidencia médica y quirúrgica de tal cambio que haya sido realizado por medio de tratamiento médico y quirúrgico”.

El Tribunal concluyó de la siguiente manera:

“Concediendo la petición de S. Nicot equivaldría efectivamente a la creación por los tribunales de un ‘tercer género’. Concretamente personas de aspecto fe-

menino que, no obstante, siguen teniendo anatomía externa masculina, pero pueden casarse con un hombre. ¡En caso contrario, una persona siendo masculino en aspecto, que tuviera genitales femeninos puede dar a luz a un niño! Con arreglo a la actual jurisprudencia, dicha situación es totalmente prohibida”.

2. Resolución del Tribunal de Apelaciones de Nancy, 3 de enero de 2011

49. En resolución de 3 de enero de 2011, el Tribunal de Apelaciones de Nancy, confirmó la resolución de 13 de marzo de 2009. Éste destaca en particular que “la petición de cambio de estado civil [no] necesariamente exigía de evidencia quirúrgica como la eliminación o alteración de los genitales, o cirugía plástica”, pero implicó que “la naturaleza irreversible del proceso de cambio de sexo sea establecida con antelación”. El tribunal concluyó que el tercer demandante “no [había] aportado evidencia intrínseca que [podía] en ningún caso derivar el hecho de que él [era] considerado por otros como mujer”. Añadió que el respeto por la vida privada, no exenta al tercer demandante de la “obligación de aportar evidencia, que no [está] concebida para confundir el transgénero y la transexualidad, pero que además la inalienabilidad del estado civil, [estuviera] encaminada a asegurar la consistencia y confiabilidad de los datos del Registro Civil”. El requisito que era legítimo y de ninguna forma discriminatorio, no infringió el Artículo 14 de la Convención, y no era la tarea del Tribunal el subsanar las deficiencias de la evidencia aportada por el tercer demandante.

3. Resolución del Tribunal de Casación de 13 de febrero de 2013

(a) Motivos de apelación

50. El tercer demandante interpuso un recurso de apelación contra la resolución de 3 de enero de 2001. Argumentó que el derecho al respeto de la vida privada implica el derecho a definir la identidad de género propia y la modificación de documentos de estado civil, para indicar el

género preferido, sin una previa obligación de someterse a un proceso de cambio de sexo y ofrecer prueba del mismo. Al concluir que debió proporcionar prueba de este proceso irreversible, el Tribunal de Apelaciones por lo tanto violó el artículo 8 de la Convención, especialmente debido a que ni el principio de inalienabilidad de estado civil o la necesidad de consistencia y confiabilidad de los datos del registro civil, hicieran necesario para las personas el someterse a un proceso irreversible de cambio de sexo, y ofrecer prueba del mismo, a fin de modificar sus documentos de estado civil. El tercer demandante agregó, que fue discriminatorio y contrario al artículo 14 del Convenio, que hace un derecho de las personas el modificar sus documentos de estado civil para reflejar su género preferido esté supeditado a evidencia de que se sometieron a un cambio de sexo irreversible.

(b) Resolución de 13 de febrero de 2013

51. La apelación del tercer demandante fue examinada al mismo tiempo que la del segundo demandante.

52. El 13 de febrero de 2013, el Tribunal de Casación (Primera Sala Civil) desestimó el recurso por los siguientes motivos:

“...A fin de fundamentar una petición para corrección de anotación de género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar, a la vista ampliamente aceptada, dentro de la comunidad científica, que él o ella en realidad sufren del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible.

Dado que [el tercer demandante] no ha aportado pruebas intrínsecas de la naturaleza irreversible del proceso de cambio de género en su caso, que no puedan derivarse del único hecho de ser visto por otros como mujer, la desestimación de sus pretensiones por el Tribunal de Apelaciones no infringió los principios estipulados bajo los Artículos 8 y 14 de la Convención..., sino, más bien estableció

un equilibrio justo entre las condiciones de certeza jurídica y la inalienabilidad del estado civil por un lado y por el otro, la protección de la vida privada..."

II. INFORME DE LA AUTORIDAD SUPERIOR PARA LA SALUD

53. En noviembre de 2009, la Autoridad Superior para la Salud publicó un informe titulado "Tratamiento médico de trastornos de identidad de género en Francia-situación y perspectivas".

54. Entre otros aspectos, el informe propugnó un "programa de asistencia" que implica varias etapas. La primera consistió en diagnosticar y evaluar el "trastorno de identidad de género", el objetivo era el "evitar, en lo posible, cambios irreversibles injustificados". La segunda etapa consistió en "experiencia de vida práctica". El objetivo es estudiar la capacidad de la persona de vivir en el rol deseado. La persona vivía de tiempo completo en el rol de género deseado en su vida diaria, social y actividades profesionales y demostró su integración social en ese rol, escogió un nuevo nombre e informó a los miembros de la familia del cambio pretendido. La tercera etapa consistió en una sustitución hormonal, a través de la cual, hormonas exógenas fueron administradas "con el objetivo de eliminar características sexuales secundarias del sexo de origen y reemplazarlas lo más plenamente posibles con aquellas del sexo opuesto". La cuarta etapa consistió en cirugía de cambio de sexo. El informe especificaba en ese respecto que aunque la mayoría de las personas transgénero deseaban una cirugía de cambio de sexo, era contraindicado para algunos pacientes por motivos médicos, mientras que otros consideraron que este paso no era necesario en su caso y que, por ejemplo, substitución hormonal, cirugía "periférica" y terapia del lenguaje (logopedia) fueron suficientes para darles la apariencia de pertenecer al género opuesto y esto les permitiera ser reconocidos así, por la sociedad. El informe además observó una reticencia a someterse a cirugía, también

podría ser debido a las considerables dificultades técnicas y efectos secundarios vinculados a las operaciones.

III. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA NACIONAL RELEVANTE

A. Código de Procedimientos Civiles

55. Las disposiciones pertinentes del Código de Procedimientos Civiles indican lo siguiente:

Artículo 11

“Las partes deben cooperar en las medidas de investigación. El juez puede obtener todas las inferencias apropiadas de un incumplimiento o negativa”.

Artículo 143

“Los hechos y el resultado de la disputa pueden depender, a petición de las partes o la moción del propio juez, estar sujetas a cualquier medida legal admisible de investigación”.

Artículo 144

“Las medidas de investigación pueden ser ordenadas en cualquier caso donde el juez no tenga suficiente información para determinar el caso”.

Artículo 147

“El juez debe limitar lo suficiente la elección de medidas a fin de resolver la controversia, enfocándose en seleccionar la opción más simple y menos costosa”.

Artículo 232

“El juez puede solicitar aclaraciones de cualquier persona de su elección a manera de observaciones, una consulta o una evaluación especializada en una cuestión de hecho que requiera conocimiento técnico”.

Artículo 263

“Una evaluación especializada debe ser ordenada únicamente en casos donde las observaciones o una consulta no proporcionen al juez suficiente aclaración”.

B. Jurisprudencia del Tribunal de Casación

56. En dos resoluciones de 11 de diciembre de 1992 (Núms. 91-11900 y 91-12373; Boletín 1992 AP no. 13), el Tribunal de Casación, reunido en Pleno, sostuvo lo siguiente:

“Cuando una persona con un trastorno de identidad ya no posee todas las características de su sexo original y ha tomado un aspecto físico más cercano al del sexo opuesto, que coincide con su comportamiento social, el principio de respeto a la vida privada garantiza la modificación de los registros de estado civil, para indicar el sexo correspondiente al aspecto de la persona”.

El Tribunal de Casación enfatizó que: “el principio de inalienabilidad del estado civil [no] impedía tal enmienda”. Por lo tanto, se anularon las resoluciones impugnadas, que desestimaron las peticiones de personas transgénero de corregir las anotaciones de género en sus actas de nacimiento.

57. En el segundo caso el apelante pidió sin éxito al tribunal de apelación que ordenara una evaluación médica especializada, a fin de demostrar el proceso de feminización, al que se sometió y establecer que era transgénero. El Tribunal de Casación observó que, aunque el hecho de que el apelante era mujer avalado por un certificado médico de un cirujano que realizó la operación y la opinión no oficial de un doctor consultado por el apelante, la existencia real de un trastorno de identidad de género podría ser establecida sólo por medio de una evaluación especializada. Por lo tanto, criticó la resolución impugnada por denegar la petición.

58. El Tribunal de Casación, en sesión plenaria, estableció en 1992, cinco condiciones para modificar la indicación de género en el acta de nacimiento de una persona. La persona interesada tuvo que (1) tener trastorno de identidad de género, (2) haberse sometido a tratamiento médico y quirúrgico con propósito terapéutico, (3) ya no tener todas

las características del sexo asignado al nacer, (4) haber tomado aspecto físico cercano al sexo opuesto y (5) mostrar comportamiento social correspondiente a ese sexo. Sin embargo, en dos resoluciones dictadas el 7 de junio de 2012 (Boletín 2012 I, Núms. 123 y 124), una de los cuales concierne al caso del primer demandante, la Primera Sala Civil consideró lo que a continuación se enuncia:

"A fin de sustentar una petición para corrección de las anotaciones de género en una acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar, a la vista ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica que, él o ella sufre del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible".

La Primera Sala Civil confirmó el planteamiento el 13 de febrero de 2013 (ver párrafos 40 y 52 arriba).

C. Decreto núm. 2010-125 de 8 de febrero de 2010

59. El Decreto núm. 2010-125 de 8 de febrero de 2010, eliminó la referencia de "trastorno temprano de identidad de género" del anexo del Artículo D. 322-1 del Código de Seguridad Social con respecto del criterio médico que solía definir "trastornos psiquiátricos a largo plazo".

D. La circular núm. CIV/07/10 de 14 de mayo de 2010 sobre peticiones para cambio de género en documentos de estado civil

60. El Ministro de Justicia y Libertades emitió la circular núm. CIV/07/10, solicitando al Asesor Jurídico Principal adjunto al Tribunal de Casación, al Abogado del Estado y al Abogado Principal del Estado en los tribunales de apelación, lo siguiente:

"… [para] responder favorablemente a las peticiones para cambio del estado civil [desde personas transexuales o transgénero] donde los tratamientos hormonales producen cambios físicos y fisiológicos permanentes, combinados según corres-

ponda con cirugía plástica (prótesis mamarias, o eliminar las glándulas mamarias, cirugía plástica facial, etc.) han resultado en un cambio irreversible de género, sin requerir de extirpar los genitales”.

La circular también les solicita el “buscar una evaluación especializada, sólo si la información proporcionada plantea serias dudas en cuanto si la persona interesada [era] transgénero”.

E. Respuesta del Ministro de Justicia y Libertades a la Pregunta Escrita núm. 14524 (Gaceta Oficial del Senado, el 30 de diciembre de 2010)

61. Pregunta escrita núm. 14524 (Gaceta Oficial del Senado, el 22 de julio de 2010, p. 1904) solicitó al Ministro de Justicia y Libertades clarificar el significado de la palabra “irreversible” en Circular núm. CIV/07/10 de 14 de mayo de 2010.

62. El Ministro de Justicia y Libertades respondió como sigue (Gaceta Oficial del Senado, 30 de diciembre de 2010. p. 3373):

“El concepto de cambio irreversible de género aludido en la circular de 14 de mayo de 2010, se refiere a la Recomendación del Consejo de Europa núm. 117 sobre las condiciones de los transexuales, que se indica en el informe de la Autoridad Superior para la Salud titulado ‘Tratamiento de trastornos de identidad de género en Francia - situación y perspectiva’. Es un concepto médico más que legal. De acuerdo con algunos especialistas, la reasignación irreversible puede resultar de sustitución hormonal, que borra ciertas características fisiológicas, incluyendo la fertilidad, a veces irreversiblemente. A las personas interesadas les corresponde proporcionar pruebas en este aspecto, en particular al presentar certificados de especialistas reconocidos en este campo (psiquiatras, endocrinólogos y cirujanos apropiados) que han supervisado sus transiciones de género. La opinión de la Fiscalía debe basarse entonces, caso por caso, con documentos médicos presentados por la persona interesada”.

**F. Opinión de la Comisión Consultiva Nacional de Derechos Humanos
(CCNDH) de 27 de junio de 2013**

63. En enero de 2013, el Ministro de Justicia y la Ministra de Derechos de la Mujer, dirigieron dos preguntas a la Comisión Consultiva Nacional de Derechos Humanos, sobre la definición de y posición con respecto a “identidad de género” en la ley francesa y las condiciones para modificar la indicación de género en los documentos de estado civil. La Comisión escuchó pruebas de investigadores, profesores de derecho, representantes de asociaciones y miembros del Senado, tomaron en consideración contribuciones escritas de organizaciones no gubernamentales, doctores, investigadores de ciencias sociales y defensores de derechos.

64. En una opinión de 27 de junio de 2013, la CCNDH observó que las resoluciones del Tribunal de Casación de 7 de junio de 2012 y 13 de febrero de 2013, indicados arriba, establecieron dos condiciones para cambiar la anotación de género en documentos del estado civil, concretamente un diagnóstico de trastorno de identidad de género y cambio irreversible en el aspecto físico. Se observó que: "...aunque la cirugía no [era] un requisito, la ley sin embargo, requería de tratamiento médico irreversible que implicaba entre otras cosas, esterilización". La CCNDH también hizo hincapié que la noción de irreversible, que fue mal definida y difícil de probar... resultando frecuentemente en una solicitud para evaluación médica especializada" toda vez que las resoluciones sobre este punto difieren de un tribunal a otro, hubo desigualdades importantes en las situaciones de personas transgénero en este aspecto. Se agregó que la evaluación médica especializada era vista como intrusiva y humillante por las personas interesadas y contribuyó a la prolongación del proceso de cambio de género en documentos del estado civil, y así la cantidad de pruebas requeridas por la jurisprudencia, y la frecuencia de solicitudes para evaluación especializada, levantó sospechas

en el tema que muy frecuentemente rodeaba a las personas transgénero y ellos (as) percibían una especie de negación de su identidad.

65. La CCNDH propugnó la abolición de requisitos médicos. En ese aspecto, consideró que, visto en un contexto judicial, los requisitos para demostrar la existencia de una “disforia de género”, era problemático en la medida de que “la redacción en sí misma parecía respaldar la opinión de que el trastorno de identidad es vista como una enfermedad, aunque los trastornos de identidad de género se eliminaron de la lista de trastornos psiquiátricos [por Decreto núm. 2010-125 el 8 de febrero de 2010]”. De acuerdo con la CCNDH, tal condición, que era requerida para propósitos de diagnóstico diferencial estrictamente en el contexto de los procedimientos médicos experimentados por personas transgénero, contribuyendo en un contexto judicial a la estigmatización de estas personas y a una falta de entendimiento de la identidad transgénero. Con respecto al requisito de probar un cambio irreversible en el aspecto físico la CCNDH subrayó lo siguiente:

“23. ... Esta condición obliga a las personas interesadas a someterse a tratamientos médicos con consecuencias de muy largo alcance que implican una obligación de ser esterilizados. Esta obligación no necesariamente implica cirugía de cambio de sexo, pero se podría lograr por medio de tratamiento hormonal que, de acuerdo con la Autoridad Superior para la Salud es susceptible de provocar cambios metabólicos irreversibles, si se toma por un largo tiempo. Diferentes pacientes parecen reaccionar de forma diferente al tratamiento hormonal con efectos (incluyendo esterilización) que se producen después de periodos variables. En otras palabras, el proceso judicial depende de un progreso —incierto— del procedimiento médico, por lo tanto contribuye a desigualdades considerables entre las personas interesadas. Además, la naturaleza irreversible del cambio en el aspecto físico es difícil de probar y muy frecuentemente en opinión de los tribunales, garantiza el recurso de una evaluación médica especializada, a pesar de las recomendaciones de

la circular de 14 de mayo de 2010, que instó a los jueces a ‘buscar una evaluación especializada sólo si la información proporcionada plantea serias dudas, en cuanto a la persona interesada es transgénero’. Además del costo para la persona interesada, las evaluaciones especializadas son un factor que hacen los procedimientos inaceptablemente largos. Además, cuando el tratamiento hormonal es insuficiente para probar la naturaleza irreversible del cambio en el aspecto físico, las personas que buscan un cambio de género en sus documentos de estado civil son frecuentemente forzadas como último recurso a aceptar la cirugía (en particular penectomía o mastectomía). Los requisitos médicos establecidos por la ley son por lo tanto problemáticos en la medida en que algunas personas que no desean recurrir a estos tratamientos y operaciones, sin embargo, aceptan esta restricción con la esperanza de asegurar un resultado exitoso en el proceso judicial concerniente a ellos. Consecuentemente la CCNDH pide el fin de cualquier requisito para someterse a cambio de sexo, ya sea a través de tratamiento hormonal implicando esterilidad o recurriendo a la cirugía...’.

G. Proyecto de Ley

66. Un proyecto de ley sobre la protección de identidad de género (núm. 216) fue registrado con la Presidencia del Senado el 11 de diciembre de 2013. Está dirigido a definir un procedimiento para permitir a las personas transgénero el obtener dentro de un tiempo razonable y sin que se requiera someterse a algún tratamiento médico o quirúrgico, un cambio de género en sus documentos de estado civil y el cambio correspondiente del nombre de pila. El razonamiento incluyó el siguiente pasaje:

“Cuatro resoluciones del Tribunal de Casación [de 7 de junio de 2012 y 13 de febrero de 2013] establecieron el principio por el cual ‘con el fin de sustentar una petición para corrección de anotación de género en el acta de nacimiento, la persona interesada debe demostrar en vista de la posición ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica que él o ella en verdad sufren del trastorno de identidad

de género en cuestión y que el cambio en su aspecto es irreversible'. Dos condiciones son por lo tanto establecidas: un diagnóstico de trastorno de identidad de género y un cambio irreversible en la apariencia física. Si bien la ley no requiere una operación quirúrgica, sí requiere tratamiento médico irreversible implicando la esterilización".

67. Un nuevo proyecto de ley sobre identidad de género, redactado por la Asociación Nacional de Transexuales en mayo de 2014, está diseñado para permitir a las personas transgénero el obtener un cambio en estado civil, sin satisfacer ningún requisito médico y sin pasar por los tribunales. Refiriéndose a las resoluciones del Tribunal de Casación de 7 de junio de 2012 y 13 de febrero de 2013, el memorándum explicativo subraya: "Si bien el Tribunal de Casación no requiere explícitamente una operación quirúrgica, no obstante si lo hace, a través del criterio nebuloso de un cambio irreversible en la apariencia, requiere de tratamiento médico implicado la esterilización". El memorándum explicativo agrega que "la interpretación de este criterio por la mayoría de los tribunales, equivale a requerir que la persona transgénero se someta a operación quirúrgica resultando en esterilidad".

H. Ley sobre la modernización de la justicia en el siglo XXI

68. La Sección 56 de la Ley sobre la Modernización de la Justicia en el siglo XXI (promulgada el 12 de octubre de 2016), introdujo los siguientes artículos en el Código Civil, sobre las enmiendas a la indicación de género en documentos de estado civil:

Artículo 61-5

"[Los] adultos o menores emancipados que demuestren en base a una combinación suficiente de circunstancias, que el género indicado en sus documentos de estado civil, no corresponde al género con el cual ellos se identifican y con el que

otros los asemejan, podrían tener esa recomendación modificada.

Las principales circunstancias tomadas en cuenta y las pruebas pueden consistir de la siguiente manera:

1. El hecho de que las personas interesadas se identifiquen públicamente como pertenecientes al género preferido;
2. El hecho de que son conocidos por familia, amigos o colegas como pertenecientes al género preferido;
3. El hecho de que han cambiado su nombre de pila para que corresponda a su género preferido”.

Artículo 61-6

“La solicitud se efectuará ante el *tribunal de grande instance*.

El solicitante deberá declarar su consentimiento libre e informado sobre el cambio de género en los documentos de estado civil y presentará cualquier prueba disponible en apoyo de la solicitud.

El hecho de que un solicitante no haya sido sometido a tratamiento médico, cirugía o esterilización, no constituirá motivo para rechazar la solicitud.

El tribunal tomará nota del hecho de que el solicitante satisface las condiciones establecidas en el Artículo 61-5 y se ordenará la modificación de la indicación de género, según corresponda, a los nombres de la persona, en los documentos de estado civil.

Artículo 61-7

“A petición del Fiscal, una anotación se hará al margen del acta de nacimiento de la persona, registrando el cambio de género y según corresponda, de nombres de pila. Esto se hará dentro de quince días desde la fecha en que la decisión se convierte en definitiva.

No obstante lo dispuesto en el Artículo 61-4, los cambios al nombre de pila relacionado al cambio de género se consignarán en el margen de los documentos del estado civil de cónyuges e hijos sólo con su consentimiento o el de sus representantes legales.

Los Artículos 100 y 101 serán aplicables a los cambios de género.

Artículo 61-8

“El cambio de género en documentos del estado civil no tendrá implicaciones para las obligaciones contraídas en relación a terceros o las relaciones entre padres e hijos establecidas antes del cambio”.

69. El 17 de noviembre de 2016, el Consejo Constitucional encontró que la sección 56 de la ley es compatible con la Constitución (Decisión núm. 2016-739 DC). Ésta subraya en particular que “al permitir que las personas obtengan la modificación de las anotaciones de género en sus documentos de estado civil sin requerir que se sometan a tratamiento médico, cirugía o esterilización, no infringieron las disposiciones en modo alguno el principio de protección de la dignidad humana”.

IV. DOCUMENTACIÓN EN DERECHO COMPARADO

70. Esto emerge de un documento titulado “Mapa Europeo de Derechos Transgénero 2016” publicado el 22 de abril de 2016, por una organización transgénero europea no gubernamental (ver además “Discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa”, publicación para el Consejo de Europa, junio de 2011, y los documentos en derecho comparados referidos en la resolución en *Y.Y. v. Turquía* (núm. 14793/08, §§ 35-43, Corte Europea de Derechos Humanos 2015 (extractos), que en ese momento el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero no era posible en siete Estados miembros del Consejo de Europa (Albania, Andorra, Chipre, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y la ex República Yugoslava de Macedonia).

71. El documento también deja claro que dicho reconocimiento estaba sujeto a un requisito legal para someterse a la esterilización en veinticuatro Estados miembros del Consejo de Europa (Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia, Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Fin-

landia, Francia, Georgia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Rumanía, la Federación Rusa, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suiza, Turquía y Ucrania). En dieciséis Estados miembros era posible sin un requisito legal el someterse a esterilización (Austria, Dinamarca, Estonia, Alemania, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Malta, Moldavia, los Países Bajos, Polonia, Portugal, España, Suecia y el Reino Unido). Francia (véase párrafo 68 arriba) y Noruega (a raíz de una ley de 17 de junio de 2016), se han unido desde entonces a la segunda categoría. El número de Estados miembros en los que el reconocimiento no está sujeto a requisito legal de someterse a esterilización, por lo tanto ha aumentado a dieciocho (diecinueve en Europa, contando Bielorrusia), comparado con veintidós países en los cuales el reconocimiento está sujeto a requisito legal. En muchos de los países interesados, la abolición de este requisito es el resultado de la reciente evolución legal (una resolución del Tribunal Administrativo de 27 de febrero de 2009 en Austria; una ley de 15 de marzo de 2010, en Portugal; una resolución del Tribunal Constitucional Federal de 11 de enero de 2011 en Alemania; ley de 22 de mayo de 2013 en Suecia; ley de 18 de diciembre de 2013 en los países bajos; ley de 11 de junio de 2014 en Dinamarca; ley de 1 de abril de 2015 en Malta; ley de 15 de julio 2015 en Irlanda; resolución del Tribunal de Casación de 21 de julio de 2015 en Italia; ley de 17 de junio de 2016 en Noruega; y ley de 12 de octubre de 2016 en Francia). También parece que varios estados miembros están revisando o intentando revisar las condiciones para el reconocimiento legal de las personas transgénero a fin de eliminar cualquier cosa que parezca irracional (Comité Directivo del Consejo de Europa para los Derechos Humanos: Informe sobre la aplicación de la Recomendación CM/Rec(2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género - CDDH(2013)R77 Apéndice VI, 21 marzo 2013).

72. También emerge de este último documento en particular que un diagnóstico psiquiátrico es uno de los prerrequisitos para reconocimiento de identidad legal en treinta y seis países europeos, con solamente Dinamarca, Islandia, Malta y Noruega habiendo promulgado legislación, estableciendo un proceso de reconocimiento que excluye tal diagnóstico (dos de diecisiete Comunidades Autónomas en España, también tienen una legislación similar).

V. INFORMACIÓN INTERNACIONAL

A. Consejo de Europa

1. Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa

73. En octubre de 2009, el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa publicó un documento temático titulado “Derechos humanos e identidad de género”, en el que adoptó una postura en contra de hacer el reconocimiento legal de identidad de género de personas transgénero, sujeto a una cirugía de esterilización irreversible. El Comisionado declaró lo siguiente:

“...

Cabe destacar que las condiciones para el cambio de sexo en documentos varían ampliamente en toda Europa. Es posible distinguir más o menos tres categorías de países. En la primera categoría, ninguna disposición se hace para el reconocimiento oficial. Como se señaló anteriormente, esto es una clara violación de la jurisprudencia establecida del TEDH. En la segunda y más pequeña categoría de países, no es necesario someterse a tratamiento hormonal o cirugía de ningún tipo para obtener el reconocimiento oficial del género preferido. El reconocimiento legal de género, es posible al presentar pruebas de disforia de género ante una autoridad competente, como los expertos del Ministerio de Salud (en Hungría), el Panel de Reasignación de Género (en el Reino Unido) o un doctor o psicólogo

clínico. En la tercera categoría de países, que comprenden la mayoría de los estados miembros del Consejo de Europa, la persona tiene que demostrar:

1. Que ha seguido un proceso médicaamente supervisado de cambio de sexo – a menudo restringido a ciertos médicos o instituciones designadas por el estado.
2. Que ha sido convertido quirúrgica e irreversiblemente estéril (esterilización), y/o
3. Que se ha sometido a otros procedimientos médicos, como el tratamiento hormonal.

Tales requisitos se oponen claramente al respeto de la integridad física de la persona. Para requerir la esterilización u otra cirugía como un requisito previo para disfrutar del reconocimiento legal del género preferido, se ignora el hecho de que, si bien estas operaciones son a menudo deseadas por las personas transgénero, este no es siempre el caso. Además, la cirugía de este tipo no siempre es médicaamente posible, disponible, o asequible, sin financiamiento del seguro de salud. El tratamiento puede no estar de acuerdo con los deseos y necesidades del paciente, ni prescrito por su médico especialista. Sin embargo, el reconocimiento legal de la identidad de género preferida de la persona se hace imposible sin estos tratamientos, poniendo a la persona transgénero en un limbo sin salida aparente. Es muy preocupante que las personas transgénero parezcan ser el único grupo en Europa sujeto a la esterilización, legalmente prescrita y exigida por el Estado.

Hay que señalar que muchas personas transgénero, y probablemente la mayoría de las personas transexuales, eligen someterse a este tratamiento, frecuentemente incluyendo la eliminación de órganos reproductores. El tratamiento se desea a menudo como una necesidad básica de este grupo. Sin embargo, el tratamiento médico debe ser siempre administrado en el mejor interés del individuo y ajustado a sus necesidades y situación específicas. Es desproporcionado que el Estado prescriba el tratamiento de una manera ‘única para todos’. El problema básico de los derechos humanos aquí, es hasta qué punto una interferencia tan fuerte por parte del Estado en la vida privada de las personas puede justificarse y si

se requiere la esterilización u otras intervenciones médicas para clasificar a una persona de un sexo u otro.

...”.

Los Estados que imponen procedimientos físicos intrusivos a las personas transgénero menoscaban de forma efectiva su derecho a fundar una familia.

2. Comité de Ministros y Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

74. El 31 de marzo de 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación CM/Rec(2010)5 sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Indicó, en particular que “requisitos previos, incluyendo cambios de naturaleza física para reconocimiento legal de reasignación de género, debe revisarse regularmente para eliminar los requisitos abusivos”, y que los estados miembros deben tomar las medidas apropiadas para garantizar el completo reconocimiento legal de la reasignación de género de una persona en todas las áreas de la vida, en particular al hacer posible el cambio de nombre y género en documentos oficiales de forma accesible, rápida y transparente” (Apéndice, puntos 20 y 21).

75. En Resolución 1728 (2010 aprobada el 29 de abril de 2010, sobre discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, instó a los Estados a “garantizar en la legislación y la práctica [el] derecho [de personas transgénero] a documentos oficiales que reflejen la identidad de género preferida de un individuo, sin ninguna obligación previa de someterse a esterilización u otros procedimientos médicos como cirugía de reasignación de sexo y terapia hormonal” (punto 16.11.2).

76. El 26 de junio de 2013, la Asamblea Parlamentaria además aprobó la Resolución 1945 (2013), titulada “Poner fin a las esterilizaciones y castraciones forzadas” en la cual se señaló lo siguiente:

“... hay un número pequeño pero significativo de esterilizaciones y castraciones que caerían bajo las diferentes definiciones de ‘coerción’. Éstas se dirigen principalmente contra personas transgénero, mujeres romaníes y delincuentes sexuales convictos. Ni las esterilizaciones ni las castraciones forzadas o por coerción pueden ser legitimadas de ninguna manera en el siglo XXI – deben detenerse” (punto 4).

Por lo tanto, instó a los Estados miembros a “revisar sus leyes y políticas según sea necesario para garantizar que nadie pueda ser forzado a la esterilización o castración de ninguna manera o por ningún motivo” (punto 7.1).

77. El 22 de abril de 2015, la Asamblea Parlamentaria aprobó la Resolución 2048 (2015) sobre discriminación contra personas transgénero en Europa. Esto pedía a los Estados miembros, entre otras cosas, a abolir la esterilización y otros tratamientos médicos obligatorios, así como un diagnóstico de salud mental, como un requisito legal necesario para reconocer la identidad de género de una persona en las leyes que regulan el procedimiento para cambiar el nombre y el género registrado, y para modificar las clasificaciones de enfermedades usadas a nivel nacional y abogar por la modificación de clasificaciones internacionales, asegurándose de que las personas transgénero, incluidos los niños, no sean etiquetados como enfermos mentales, a la vez se garantiza el acceso libre de estigmas al tratamiento médico necesario.

B. Naciones Unidas

1. Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

78. En su informe de 17 de noviembre de 2011 al Consejo de Derechos Humanos, titulado “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra los individuos basados en su orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/19/41), la Alta Comisionada de las Nacio-

nes Unidas para los Derechos Humanos, observó en particular, que los reglamentos en países que reconocían los cambios de género a menudo exigían, implícita o explícitamente, que los solicitantes se sometieran a cirugía de esterilización como condición de reconocimiento (párrafo 72). Recomendó en particular (párrafo 84 (h)) que establece:

“[f]acilitar el reconocimiento legal del género preferido de las personas transgénero y establecer disposiciones que permitan la reedición de documentos de identidad relevantes, reflejando el género y nombre preferido, sin vulneraciones a otros derechos humanos”.

2. Relator especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes

79. En su informe de 1 de febrero de 2013, al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/22/53), el Relator especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes subrayó lo siguiente (párrafo 78):

“En muchos países, las personas transgénero deben someterse a cirugías de esterilización a menudo no deseadas como requisito previo para disfrutar del reconocimiento legal de su género preferido. En Europa, 29 Estados requieren procesos de esterilización para reconocer el género legal de las personas transgénero. En 11 Estados donde no hay legislación que regule el reconocimiento legal del género, la esterilización forzada todavía se practica. Al igual que en 2008, en los Estados Unidos de América, 20 Estados requerían que una persona transgénero se sometiera a una ‘cirugía de confirmación de género’ o ‘cirugía de reasignación de género’ antes de poder cambiar su sexo legalmente. En Canadá, únicamente la provincia de Ontario no aplica ‘la cirugía transexual’ a fin de corregir el sexo registrado en las actas de nacimiento. Algunos tribunales domésticos han descubierto que la cirugía forzada no sólo resulta en esterilidad permanente y cambios irreversibles en el cuerpo e in-

terfiere en la vida familiar y reproductiva, también equivale a una intrusión severa e irreversible en la integridad física de una persona. En 2012, el Tribunal Administrativo Sueco de Apelaciones dictaminó que un requisito de esterilización forzada para inmiscuirse en la integridad física de una persona no podría considerarse como voluntario. En 2011, el Tribunal Constitucional en Alemania, dictaminó que el requisito de cirugía de reasignación de sexo violaba el derecho a la integridad física y a la autodeterminación. En 2009, el Tribunal Superior Administrativo Austriaco también sostuvo que la reasignación obligatoria de género, como condición para reconocimiento legal de identidad de género era ilegal. En 2009, el ex Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa observó que '[la esterilización involuntaria] claramente va en contra del respeto de la integridad física de la persona'."

80. En sus conclusiones y recomendaciones, exhortó a todos los Estados (párrafo 88):

"...derogar cualquier ley que permita tratamientos intrusivos e irreversibles, incluyendo cirugía de normalización genital forzada, esterilización involuntaria, experimentación no ética, exhibición médica, 'terapias reparativas' o 'terapias de conversión', cuando se apliquen o administren sin el consentimiento libre e informado de la persona interesada. También les pide que prohíban la esterilización forzada o coaccionada en todas las circunstancias y proporcionen protección especial a las personas pertenecientes a grupos marginados".

3. Organización Mundial de la Salud (OMS), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), ONU Mujeres, ONUSIDA, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Fondo de Población de las Naciones Unidas

81. En mayo de 2014, la OMS, UNICEF, ACNUDH, ONUSIDA, PNUD y el Fondo de Población de las Naciones Unidas, publicaron una declaración interinstitucional sobre la eliminación de la esterilización forzada,

coercitiva, y de otro modo involuntario. Observaron, en particular, que en muchos países las personas transgénero fueron obligadas a someterse a cirugías de esterilización que a menudo no eran deseadas, como requisito previo para la modificación en el indicador de género en sus documentos. Los autores señalaron que de acuerdo con los órganos de derechos humanos internacionales, regionales y algunos tribunales constitucionales, como se refleja en los recientes cambios jurídicos en varios países, estos requisitos de esterilización se oponen al respeto de la integridad corporal, la autodeterminación, la dignidad humana y podría causar y perpetuar discriminación contra las personas transexuales e intersexuales. Pidieron que se actuara para garantizar que la esterilización, o los procedimientos que resultaran en infertilidad, no fueran un requisito previo para el reconocimiento legal del sexo/género preferido.

LA LEGISLACIÓN

...

II. PRESUNTAS VIOLACIONES DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN

83. Los demandantes se quejaron acerca de la negativa de sus solicitudes a que se corrigiera la indicación de género en sus actas de nacimiento, con el argumento de que las personas que lo solicitaban, debían sustentarlo demostrando que padecían realmente un trastorno de identidad de género que el cambio en su apariencia era irreversible. Criticaron el hecho de que este último requisito, significaba que las personas transgénero que, como ellas, deseaban la indicación de género modificada en sus documentos de estado civil y se vieran obligados a someterse a cirugía y tratamiento previo que implica la esterilidad irreversible. Los demandantes se basaron en el Artículo 8 de la Convención, que establece:

“1. Todos tienen el derecho al respeto por su vida privada y familiar, su hogar y correspondencia.

2. No habrá interferencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, excepto que esté de acuerdo con la ley y sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o el crimen, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás”.

El primer demandante (proceso núm. 79885/12) también se basó en el Artículo 8, leído en relación con el Artículo 3 de la Convención, que establece:

“Nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas inhumanas o degradantes.”

84. El segundo demandante (proceso núm. 52471/13) también se quejó específicamente del hecho de que el primer requisito (para que las personas demuestren que ellos sufrieron de un trastorno de identidad de género) vulneraba la dignidad de las personas afectadas ya que suponía que padecían de un trastorno mental. Él se basó en el Artículo 8, citado anteriormente.

85. El primer demandante (proceso núm. 79885/12) también criticó el hecho de que los tribunales nacionales realizaron la corrección de las anotaciones de género en su acta de nacimiento a condición de someterse a una traumática evaluación médica experta. En su opinión, las evaluaciones de expertos requeridas en este contexto por el Tribunal Francés de Casación equivalían, al menos potencialmente, a un trato degradante. Él se fundamentó en el Artículo 8 citado en conjunción con el Artículo 3, ambos citados anteriormente.

...

B. Fundamentos

1. Cuestiones Preliminares

(a) Aplicabilidad del Artículo 8 de la Convención

92. La Corte ha insistido en numerosas ocasiones que el concepto de “vida privada” es un término amplio que no es susceptible a una definición exhaustiva. Incluye no sólo la integridad física y psicológica de una persona, sino, que a veces también puede abarcar aspectos de la identidad física y social de un individuo. Elementos como la identidad de género o identificación, los nombres, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el Artículo 8 de la Convención (véase en particular, *Van Kiick v. Alemania*, no. 35968/97, § 69, ECHR 2003-VII; *Schlumpf v. Suiza*, no. 29002/06, § 77, 8 enero 2009; y *Y.Y. v. Turquía*, mencionados con antelación, § 56, y las referencias expuestas en el mismo).

93. La Corte también ha destacado que la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del Artículo 8 de la Convención (véase *Pretty v. El Reino Unido*, núm. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). Esto ha llevado a reconocer, en el contexto de la aplicación de esa disposición a personas transgénero, que incluye el derecho a la autodeterminación (véase *Van Kiick*, § 69, y *Schlumpf*, § 100, ambos anteriormente referidos), de la cual la libertad de definir la identidad sexual propia es uno de los elementos esenciales más básicos (véase *Van Kiick*, citado anteriormente, § 73). También ha constatado que el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la seguridad física y moral están garantizados por el Artículo 8 (ver, entre otras autoridades, *Van Kiick*, § 69; *Schlumpf*, § 100; y *Y.Y. v. Turquía*, § 58, todos aludidos anteriormente).

94. Las resoluciones de la Corte en este ámbito se han referido hasta ahora al reconocimiento legal de la identidad de género de personas transgénero que se sometieron a cirugía de reasignación (véase *Rees v. el Reino Uni-*

do, octubre 17 1986, Serie A núm. 106; *Cossey v. el Reino Unido*, septiembre 27 1990, Serie A núm. 184; *B. v. Francia*, marzo 25 1992, Serie A núm. 232C; *Christine Goodwin v. El Reino Unido* [GC], núm. 28957/95, ECHR 2002VI; *I. v. El Reino Unido* [GC], núm. 25680/94, julio 11 2002; *Grant v. El Reino Unido*, no. 32570/03, ECHR 2006VII; y *Hämäläinen v. Finlandia* [GC], no. 37359/09, ECHR 2014), y las condiciones de acceso a dicha cirugía (véase *Van Kiick; Schlumpf; L. v. Lituania*, no. 27527/03, ECHR 2007-IV; y *Y.Y. v. Turquía*). Sin embargo, no se puede deducir de ello que la cuestión del reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero que no se han sometido a tratamiento de reasignación de género aprobado por las autoridades, o que no deseen someterse a dicho tratamiento, no entra en el ámbito de aplicación del Artículo 8 de la Convención.

95. El derecho al respeto de la vida privada en virtud del Artículo 8 de la Convención, se aplica plenamente a la identidad de género como un componente de la identidad personal. Esto se atribuye a todos los individuos.

96. Por lo tanto, el aspecto de “vida privada” del Artículo 8 es aplicable al presente caso. Además esto no fue impugnado por el Gobierno.

(b) Si el caso se refiere a interferencia o una obligación positiva

97. Refiriéndose a las resoluciones en *I. v. el Reino Unido*, *Christine Goodwin*, y *Van Kiick* (todos citados arriba), el Gobierno observó que el Artículo 8 imponía a los Estados miembros la obligación de reconocer legalmente la reasignación de género de personas transgénero. Los Estados tenían discreción sólo para determinar las condiciones que debían cumplir las personas que buscaban reconocimiento legal de su identidad de género adquirida, a efectos de establecer que ellos en realidad se sometieron a una reasignación. El Gobierno infirió de esto que la queja debería ser examinada desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado.

98. El segundo y tercer demandante no comentaron expresamente sobre este punto.

99. El tribunal está de acuerdo con el Gobierno. Como por ejemplo, en el caso de *Sheffield y Horsham v. el Reino Unido* (julio 30 1998, § 51, *Informes de Resoluciones y Decisiones* 1998-V), las quejas de los demandantes se examinan desde la perspectiva de si el Estado demandado incumplió o no su obligación positiva de asegurar a las personas interesadas el derecho al respeto de sus vidas privadas. El tribunal también se refiere al caso de *Hämäläinen*, citado arriba, que, al igual que el presente caso, se refería a la compatibilidad con el Artículo 8 de la Convención de las condiciones para el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona transgénero. En ese caso, el tribunal consideró más apropiado examinar la queja del demandante desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado. En otras palabras, la cuestión a determinar es si el respeto a la vida privada de los demandantes implica una obligación positiva para el Estado de proporcionar un procedimiento permitiéndoles tener su identidad de género legalmente reconocida sin tener que cumplir las condiciones de las que se quejan (véase, *mutatis mutandis*, *Hämäläinen*, citado arriba, § 64).

100. El tribunal señala que, a primera vista, Francia cumple con esta obligación positiva ya que la ley francesa permite que las personas transgénero tengan su identidad legalmente reconocida al tener sus documentos de estado civil corregidos, sin embargo, en el momento de los acontecimientos en el caso de los demandantes, la ley francesa estableció la condición de reconocimiento legal para que las personas interesadas demostraran que padecían de un trastorno de identidad de género y que el cambio en su apariencia era irreversible. Por consiguiente, las solicitudes a tal efecto formuladas por los demandantes segundo y tercero fueron rechazadas por considerar que no cumplieron con la

condición en cuestión. Por lo tanto, la referencia que debe abordarse con respecto al segundo y tercer demandante es si, al imponerles esa condición, Francia incumplió su obligación positiva de garantizar su derecho al respeto de sus vidas privadas. En el caso del primer demandante, la pregunta es si Francia no cumplió con esa obligación haciendo que el reconocimiento legal de la identidad del solicitante esté sujeta a una evaluación experta.

101. Consecuentemente, el Tribunal examinará si, a la vista del margen de apreciación del que gozaban, la autoridades francesas, al reconocer legalmente la identidad de género de los demandantes, sujetas a tales condiciones, lograron un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos de las personas interesadas y de la comunidad en su conjunto, los objetivos del segundo párrafo del Artículo 8 son de cierta relevancia (véase, por ejemplo, *Hämäläinen*, citado arriba, § 65).

2. El requisito para demostrar un cambio irreversible en la apariencia

(a) Las observaciones de las partes

(i) El segundo y tercer demandantes

102. Ambos demandantes argumentaron que requerir que las personas demostraran la “naturaleza irreversible del cambio de apariencia” equivalía a requerir esterilidad.

103. Los demandantes no presentaron observaciones, sino que expusieron sus argumentos en su solicitud. En su opinión, estaba claro que la jurisprudencia del Tribunal que establece que la libertad fundamental para definir la identidad de género propia, estaba consagrada en el Artículo 8, sin que su ejercicio esté sujeto a un diagnóstico de trastorno psiquiátrico o tratamiento médico o quirúrgico, este también fue el enfoque defendido en la Resolución 1728 (2010) de la Asamblea

Parlamentaria (citado anteriormente). Los criterios empleados por el Tribunal de Casación estaban en contradicción con este enfoque, ya que se basaban, no en la idea de que la reasignación de género era una libertad fundamental, pero sobre la noción de que las personas que buscan un cambio en el estado civil, sufrieron un trastorno psiquiátrico afectando su identidad de género y que la cirugía de reasignación debía curar. Además, este criterio no podría justificarse por el miedo irracional de que las personas puedan tener las anotaciones de género en sus documentos de estado civil alterados indefinidamente y por un capricho, comprometiendo así el principio de inalienabilidad del estado civil. Este fue el primer caso, en primer lugar, por la jerarquía de las normas y, en segundo lugar, porque ese principio no significaba que un cambio de estatus fuera irreversible; además, tal movimiento fue posible, por ejemplo, en relación con el estado civil y los nombres de las personas. No existía ningún valor moral que justificara privar a las personas del derecho fundamental de elegir su identidad de género y garantizar que sus documentos de estado civil reflejaran esa identidad, con fundamento de que no se sometieron a un proceso irreversible de reasignación de género. Eso equivaldría a imponer la esterilización a las personas que desean ejercer este derecho en descuido de su dignidad y el respeto debido a sus cuerpos y a la intimidad de sus vidas privadas.

(ii) *El Gobierno*

104. En sus observaciones el Gobierno reconoció que surgió de la resolución en *Y.Y. v. Turquía*, citado arriba, que la esterilidad permanente como condición previa para la reasignación de género equivalía a una infracción en el Artículo 8, sin embargo, el carácter irreversible del cambio requerido por el Tribunal de Casación, resoluciones de

7 de junio de 2012 “[no] necesariamente implican” esterilidad y no equivalen a obligar a las personas interesadas a someterse a la esterilización. El “tratamiento médico y quirúrgico” requerido en la jurisprudencia anterior “era tradicionalmente entendido que requería la extracción de los genitales originales y su reemplazo por genitales artificiales del género preferido (una operación conocida como reasignación de género)”. El Tribunal de Casación sustituyó ese requisito por la solicitud de demostrar un cambio irreversible en la apariencia a fin de tener en cuenta el desarrollo de técnicas médicas. La razón por la que no definió este concepto, era porque fue más médico que legal. El Gobierno reconoció que la cirugía de reasignación de género resultaba en esterilidad pero argumentó que los científicos no eran unánimes en cuanto a los efectos del tratamiento hormonal en la fertilidad. No obstante, tal tratamiento tuvo un impacto irreversible en la apariencia física, con la Autoridad Superior para la Salud que ha indicado que el desarrollo del pecho y la atrofia testicular causada por terapia con estrógenos “podría ser irreversible” y que los cambios en la voz, el crecimiento del vello facial, calvicie y la ampliación del clítoris como resultado del tratamiento con testosterona “[fueron] irreversibles”. La evaluación del juez sobre si hubo un cambio irreversible en la apariencia de manera que las anotaciones de género en los documentos de estado civil de la persona deberían ser modificados a la luz de toda esta información médica. Varias decisiones recientes demostraron que los tribunales permitieron tales alteraciones basándose en certificados médicos que establecían que la persona en cuestión se sometió a cirugía o tratamiento hormonal, sin requerir prueba de esterilidad.

105. El Gobierno infirió el hecho de que la queja debería de examinarse desde el punto de vista de las obligaciones positivas de que “[era] innecesario investigar si la injerencia [se llevó a cabo] conforme a la

ley". La negativa de las solicitudes de los demandantes persiguió un objetivo legítimo, ya que se guió por el principio francés de la inalienabilidad del estado civil, según el cual la decisión de modificar un acta de nacimiento podía no ser un asunto de elección individual, incluso esa opción cayó dentro del ámbito del respeto por la vida privada. Fue porque la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil franceses estaban en juego, y en interés del papel estructural necesario de la identidad sexual dentro de los arreglos sociales y legales del país, que un cambio de género en documentos del estado civil podría ser permitido sólo cuando la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de género haya sido objetivamente establecida.

106. Además, el Tribunal reiteró en su resolución en *Y.Y. v. Turquía*, citado anteriormente, que si bien el margen de apreciación de los Estados estaba restringido cuando se encontraba en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, era más amplio cuando no se consensó en los Estados miembros. Únicamente una minoría de los países europeos no requerían ninguna cirugía o tratamiento hormonal. Destacando que el Tribunal observó en la misma resolución que la tendencia actual era a favor de flexibilizar los criterios estatutarios con respecto al requisito de esterilización previa y la necesidad de cirugía de reasignación de género, el Gobierno subrayó que —cómo se estableció en el momento de los hechos en el presente caso— la ley positiva francesa reflejó esta tendencia, porque ya no hacía la modificación de las anotaciones de género sujeta a cirugía de reasignación de género, sino más bien para probar que el tratamiento hormonal o la cirugía tuvieron un impacto irreversible en la apariencia de la persona. El gobierno dedujo de esto que no era desproporcionado rechazar una solicitud de modificación de indicación de género cuando no se demostraron la naturaleza irreversible del cambio de apariencia. Tal rechazo estableció un justo balance entre el

principio de inalienabilidad del estado civil y los requisitos de certeza jurídica por un lado, y el derecho de todas las personas a respetar su vida privada, por el otro.

107. En el caso específico del tercer demandante, el Gobierno sostuvo que su petición se rechazó a causa de haber argumentado que era considerado por otros como una mujer y no proporcionó pruebas de la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de género. En cuanto al segundo demandante, su petición se negó debido a que, dada la deficiencia de los registros médicos presentados, ninguna de las condiciones establecidas por la jurisprudencia del Tribunal de Casación se cumplió en su caso.

108. Por último, en una carta de fecha 17 de enero de 2017, el Gobierno informó al Tribunal, que el marco jurídico que rige las solicitudes para cambio de género se modificó por la Ley de Modernización de Justicia en el Siglo XXI, promulgada el 18 de noviembre de 2016 (ver párrafo 68 arriba). Afirman que las nuevas disposiciones “brindan[ron] a las personas que desean cambiar las anotaciones de género en sus documentos de estado civil, con un marco procesal específico, simplificado y sin papeleo”. Agregaron lo siguiente:

“De este modo, adultos o menores emancipados que demuestren basándose en una combinación suficiente de circunstancias de que el género indicado en sus documentos de estado civil no corresponde al género con que se identifican y con el que otros los distinguen, pueden tener esa indicación modificada”.

El gobierno especificó además que “[se] declaró expresamente, que el hecho de no haber sido sometido a un tratamiento médico, cirugía o esterilización no podía ser citado como motivo para rechazar una solicitud”.

(b) Observaciones de las partes coadyuvantes

(i) ADF Internacional

109. En opinión de ADF Internacional, estos tres procesos planteaban cuestiones relativamente novedosas en relación con la forma en que el Artículo 8 entraba en juego en el contexto de los procedimientos internos relativos al reconocimiento de la reasignación de género.

110. La parte coadyuvante observó que la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito se centraba en la legalidad de las restricciones impuestas al reconocimiento, con el Tribunal considerando que correspondía a los estados definir los mecanismos de reconocimiento. Esto planteó cuestiones fundamentales con respecto a las definiciones, que tenían ramificaciones en los ámbitos de la ética, psicología y la ciencia médica, y en relación con las cuales los Estados deberían de gozar de amplia discreción. La forma en que los Estados abordan las cuestiones transgénero varían de un país a otro en función de las características específicas del entorno nacional, con cada Estado definiendo normas destinadas a lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego. Este enfoque se apoyaba en las opciones jurídicas ampliamente divergentes elegidas por los Estados miembros en relación con esta cuestión.

111. Por último, ADF Internacional afirmó que no se deben tener en cuenta los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, al examinar estos tres procesos, ya que esos principios no reflejan el derecho internacional establecido y van más allá de lo que el Tribunal ha aceptado hasta ahora.

(ii) Amnistía Internacional, ILGA Europa y Europa Transgénero (TGEU)

112. Las partes coadyuvantes señalaron en primer lugar, el principio establecido por el Artículo 5 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, según el cual, cualquier intervención en el ámbito de la salud podría llevarse a cabo después de que el interesado haya dado su consentimiento libre e informado. En Francia, las personas transgénero que buscan el reconocimiento legal de su género fueron obligados a someterse a una variedad de tratamientos médicos. Su consentimiento se vio comprometido porque no pudieron obtener el reconocimiento si no se sometieron a los tratamientos en cuestión. Efectivamente, tenían que elegir entre dos derechos fundamentales, es decir, el derecho al reconocimiento de su identidad de género y el derecho al respeto de su integridad física. La comunidad *trans* fue diversa. Si bien algunas personas sufrieron o quisieron someterse a cirugía genital o terapia hormonal, otros no quisieron hacerlo o no pudieron hacerlo porque, por ejemplo, el costo, el hecho de que eran ancianos o estaban en malas condiciones físicas, el miedo a complicaciones postoperatorias, sus creencias religiosas o personales, la oposición de sus seres queridos, el deseo de conservar su capacidad reproductiva, la oposición de las autoridades o porque no necesitaban la cirugía para sentirse cómodos con su identidad de género.

113. Además, partiendo del requisito de “irreversibilidad” muchos tribunales franceses modificaron el estado civil con la condición de que la cirugía resultara en esterilización. Las partes coadyuvantes subrayaron que, debido a las graves implicaciones, la cirugía genital sólo debería realizarse en personas que lo solicitaron y que otorgaron su consentimiento libre e informado. También criticaron el hecho de que, en Francia, el proceso de reconocimiento de género tenía a considerar la situación de las personas transgénero como un trastorno,

considerando la identidad *trans* como una enfermedad mental. Esto contribuyó a la estigmatización de las personas transgénero y su exclusión social.

114. La gran mayoría de los profesionales médicos rechazaron la idea de que el proceso de transición necesario e inevitable culmine en cirugía genital. Los coadyuvantes señalaron en particular la posición de la Asociación Profesional Mundial para la Salud Transgénero. El requisito de un cambio irreversible en la apariencia, impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Casación Francés, se basaba en el temor irracional de que las personas cambien de género más de una vez, de hecho los estudios demostraron que era poco probable que esto sucediera.

115. Las partes coadyuvantes sostuvieron que la esterilización forzada y los tratamientos médicos forzados, interferían drásticamente con la integridad física y los derechos reproductivos y, como tales, eran incompatibles con la prohibición del trato inhumano y degradante, en virtud del Artículo 3 de la Convención. También violaban el Artículo 8 de la Convención, toda vez que los Estados tenían una discrecionalidad muy limitada, cuando la identidad íntima de las personas estaba en juego.

(c) La evaluación del Tribunal

(i) Cuestión Preliminar

116. La primera cuestión que se plantea en el presente caso es si, al exigir a las personas transgénero que buscan el reconocimiento de su identidad de género que demuestren la “naturaleza irreversible del cambio en la apariencia”, la ley positiva francesa, tal como existía en el momento de los hechos y el presente caso hizo que tal reconocimiento estuviera condicionado a cirugía o a tratamiento resultando en esterilización.

117. El Tribunal observa desde el principio la ambigüedad de los términos utilizados. La referencia a “apariencia” sugiere un cambio superficial, mientras que la noción de irreversibilidad refleja una transformación radical que, en el contexto de un cambio en la identidad legal de las personas transgénero, plantea a su vez la noción de esterilidad. El Tribunal considera esta ambigüedad problemática cuando la integridad física de las personas está en juego.

118. El Tribunal observa que el Gobierno se refirió a (sin presentar) decisiones internas que aparentemente demostraban que algunos tribunales de primera instancia aprobaron un cambio en el estado civil para las personas transgénero sin exigirles que proporcionaran prueba de esterilidad. Sin embargo, uno de los demandantes se refirió a decisiones contemporáneas (presentando dos de ellas) que mostraban, en cambio, que varios tribunales exigieron tal prueba.

119. El Tribunal también refiere que, en su opinión de 27 de junio de 2013, la CCNDH subrayó que “aunque la cirugía [no era] un requisito; la ley, sin embargo, requiere [requirió] de tratamiento médico irreversible que implica, entre otras cosas, la esterilización” y que “esta condición obliga[ba] a las personas afectadas a someterse a tratamientos médicos con graves consecuencias que implican[ban] la obligación de esterilización”. La CCNDH especificó que “esta obligación [no] involucró necesariamente la cirugía de reasignación de género, pero [podría] lograrse por medio del tratamiento hormonal que, de acuerdo con la Autoridad Superior para la Salud, [era] responsable de provocar cambios metabólicos irreversibles si se tomaba por un largo periodo” (véase párrafo 63). Este punto de vista fue compartido por los autores del proyecto de ley, sobre la protección de la identidad de género (núm. 216) registrado en el Senado el 11 de diciembre de 2013, cuyo razonamiento establece que, si bien el derecho positivo en ese momento “[no] exigía una operación quirúrgica, requirió tratamiento médico irreversible implicando esteri-

lización” (véase párrafo 66). Asociaciones involucradas en la protección de los intereses de las personas transgénero, como Europa Transgénero (véase párrafo 71 arriba) y la Asociación Nacional Transgénero (véase párrafo 67), también observan que la esterilidad era una de las condiciones establecidas por la legislación positiva francesa tal y como existía en el tiempo material en el presente caso.

120. Por lo tanto, el Tribunal procederá a partir de que, en el momento de las circunstancias del caso de los demandantes, la ley positiva francesa condicionó el reconocimiento de identidad de género de las personas transgénero a la cirugía de esterilización o al tratamiento que, por su naturaleza e intensidad, implicaban una muy alta probabilidad de esterilidad.

(ii) El margen de apreciación

121. Al aplicar sus obligaciones positivas en virtud del Artículo 8, los Estados disfrutan de un cierto margen de apreciación. Se deben tener en cuenta varios factores al determinar la amplitud de ese margen. Por lo tanto, cuando no hay un consenso dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas sensibles, el margen será más amplio. Por lo general, también habrá un amplio margen si se requiere que el Estado logre un equilibrio entre los intereses privados y públicos contrapuestos o los derechos de la Convención. Cuando está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se restringirá el margen permitido al Estado (ver, en particular, *Hämäläinen*, citado arriba, § 67, y las referencias citadas en él).

122. En el presente caso, el Tribunal observa que los Estados parte están divididos en cuanto al requisito de esterilidad (ver párrafo 71 arri-

ba). Por lo tanto, no hay consenso sobre el tema. Además, puntuiza que los intereses públicos están en juego, y el Gobierno alega a ese respecto la necesidad de salvaguardar el principio de inalienabilidad del estado civil y garantizar la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil, y que el presente caso plantea cuestiones morales y éticas sensibles.

123. Sin embargo, el Tribunal también observa un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas, por no decir de su existencia, es fundamental para las resoluciones actuales. Esto es así, en primer lugar, porque el tema de la esterilización va directamente a la integridad física de las personas y, en segundo lugar, porque los procesos se refieren a la identidad de género de las personas. A este respecto, el Tribunal ha subrayado anteriormente que la “noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del Artículo 8” (ver *Pretty*, § 61; *Van Kiick*, § 69; y *Schlumpf*, § 100, todos citados arriba) y que el derecho a la identidad de género y al desarrollo personal es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada (ver *Van Kiick*, citado arriba, § 75). Esto nos lleva a concluir que el Estado demandado sólo tuvo un estrecho margen de apreciación en el presente caso.

124. Además, el Tribunal enfatiza que la condición en cuestión dejó de ser parte de la ley positiva de once Estados Parte, incluyendo Francia, entre 2009 y 2016, y que reformas similares están siendo discutidas en otros Estados Parte (ver párrafo 71). Esto demuestra que ha surgido una tendencia en Europa en los últimos años hacia la abolición de esta condición, impulsada por los avances en el entendimiento del transgénero.

125. El Tribunal también destaca que numerosos actores institucionales europeos e internacionales involucrados en la promoción y defensa de los derechos humanos han adoptado una posición muy clara a favor

de la abolición del criterio de esterilidad, que consideran una violación de los derechos fundamentales. Entre ellos figuran el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Organización Mundial para la Salud, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y ACNUDH, ONU Mujeres, ONUSIDA, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Fondo de Población de las Naciones Unidas (ver párrafos 73-81). Menciona que muchas de estas declaraciones se hicieron antes o al mismo tiempo que las resoluciones del Tribunal de Casación en los casos del segundo y tercer demandante.

(iii) Si se alcanzó un equilibrio justo entre el interés general y los intereses de los demandantes

126. El Tribunal hace referencia que, para obtener el reconocimiento de su identidad, las personas en la situación de los demandantes no tuvieron más remedio que someterse primero a un tratamiento médico difícil o cirugía, que en virtud de la ley positiva francesa, tal como existía en el momento de los acontecimientos en el presente caso, tuvo como resultado un cambio irreversible de apariencia. Como señaló el Tribunal anteriormente, esto significaba con toda probabilidad que debían ser esterilizados. No obstante, no todas las personas transgénero desean –o pueden– someterse a tratamiento o cirugía que conduzca a tales consecuencias, como se ilustra en el ejemplo de los demandantes segundo y tercero en el presente caso. El Tribunal observa al respecto que, en su opinión de 27 de junio de 2013, citada anteriormente, la CCNDH hizo hincapié en que algunas personas que no deseaban recurrir a dicho tra-

tamiento u operaciones, empero lo anterior, acordaron esta restricción con la esperanza de lograr un resultado exitoso en los procedimientos relativos a la modificación de su estado civil (ver párrafo 65 arriba).

127. Los tratamientos médicos y operaciones de este tipo van a la integridad física de una persona, que está protegida por el Artículo 3 de la Convención (aunque esta disposición no fue invocada por el segundo y tercer demandante) y por el Artículo 8.

128. Por lo tanto, en diferentes contextos, el Tribunal ha encontrado una violación de estas disposiciones en los casos relativos a la esterilización de adultos mentalmente competentes que no dieron su consentimiento informado. En particular, encontró que, dado que la esterilización se refiere a una función corporal humana esencial, tiene implicaciones para múltiples aspectos de la integridad de las personas, incluyendo su bienestar físico y mental y su vida emocional, espiritual y familiar. Específico que, si bien puede realizarse legítimamente a petición de la persona interesada, por ejemplo como medio anticonceptivo, o con fines terapéuticos cuando se ha establecido convincentemente un caso de necesidad médica, la situación es diferente cuando esto es impuesto a una persona adulta mentalmente competente sin su consentimiento. En opinión del Tribunal, ese proceder es incompatible con el respeto de la dignidad y la libertad humana, que constituye uno de los principios fundamentales de la Convención (ver *Soares de Melo v. Portugal*, no. 72850/14, §§ 109-11, 16 febrero 2016, y *G.B. y R.B. v. la República de Moldova*, no. 16761/09, §§ 29-30 y 32, 18 diciembre 2012).

129. A grandes rasgos, el Tribunal ha sostenido que, en el ámbito de la asistencia médica, incluso cuando la negativa a aceptar un tratamiento en particular podría conducir a un desenlace fatal, la imposición de tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente interferiría con su derecho a la integridad física (ver *V.C. v. Eslovaquia*, no. 18968/07, § 105, ECHR 2011, y los casos cita-

dos allí: *Pretty*, §§ 63 y 65; *Glass v. el Reino Unido*, no. 61827/00, §§ 82-83, ECHR 2004-II; y los *Testigos de Jehová de Moscú v. Rusia*, no. 302/02, § 135, 10 junio 2010; ver ademas *Soares de Melo*, § 109).

130. El tratamiento médico no puede considerarse objeto de un consentimiento genuino cuando el hecho de no someterse a éste priva al interesado del pleno ejercicio de su derecho a la identidad de género y al desarrollo personal, que, como se dijo anteriormente, es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada (ver *Van Kück*, citado arriba, § 75).

131. Hacer el reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero, condicionado a cirugía o tratamiento de esterilización —o la cirugía o el tratamiento con la probabilidad de resultar en esterilización— que no desean experimentar, equivale a hacer pleno ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada bajo el Artículo 8 de la Convención, condicionadas a que renuncien al ejercicio pleno de su derecho al respeto de su integridad física, tal como está protegido por esa disposición y también por el Artículo 3 de la Convención.

132. El Tribunal acepta plenamente que proteger el principio de inalienabilidad del estado civil, garantizar la fiabilidad y coherencia de los registros del estado civil y, en términos más generales, garantizar certeza jurídica, son de interés general. Sin embargo, determina a partir de esta interpretación del interés general, el derecho positivo francés que se situó en el tiempo material, presentaba a las personas transgénero, que no deseaban una reasignación completa de género, con un dilema imposible. O bien se sometieron a cirugía de esterilización o tratamiento —o cirugía o tratamiento que muy probablemente resulte en esterilización— en contra de sus deseos, renunciando así al ejercicio pleno de su derecho al respeto de su integridad física, que forma parte del derecho al respeto a la vida privada en virtud del Artículo 8 de la

Convención; o renunciaron al reconocimiento de su identidad de género y, por lo tanto, al ejercicio pleno de ese mismo derecho. En opinión del Tribunal, esto suponía una perturbación al equilibrio equitativo que los Estados parte deben mantener entre el interés general y los intereses de las personas en cuestión.

133. El Tribunal reitera a ese respecto su conclusión en *Y.Y. v. Turquía* (§ 119), en el sentido de que se respeta debidamente la integridad física del demandante (una persona transgénero cuya solicitud de someterse a una cirugía de reasignación de género fue rechazada porque no demostró que no podía procrear permanentemente) impidió cualquier obligación para él de someterse a un tratamiento que resulte en infertilidad permanente. Observa además que, en el caso de *Soares de Melo* (§ 111) encontró una violación del Artículo 8 debido a la exigencia de que el solicitante se someta a una cirugía de esterilización para ejercer sus derechos parentales protegidos por esa misma disposición.

134. Además, el Tribunal destaca que, el 12 de octubre de 2016, el Órgano Legislativo Francés excluyó expresamente la esterilización de las condiciones que deben cumplir las personas transgénero que buscan el reconocimiento de su identidad. El nuevo Artículo 61-6 del Código Civil establece que “[el] hecho de que un solicitante no haya sido sometido a tratamiento, cirugía o esterilización no constituirá motivo para denegar la solicitud [de modificación de las anotaciones de género en documentos de estado civil]” (ver párrafo 68 arriba).

135. Por consiguiente, la negativa de las solicitudes del segundo y tercer demandante, de un cambio en el estado civil a causa de que no proporcionaron pruebas de la naturaleza irreversible del cambio en su apariencia —es decir, demostraron que se sometieron a cirugía de esterilización o a tratamiento médico con la alta probabilidad de esterilidad— equivale a que el Estado demandado no cumplió su obligación

positiva de garantizar su derecho al respeto de su vida privada. Por lo tanto, ha habido una violación al Artículo 8 de la Convención por este motivo con respecto a estos demandantes.

3. Requisito para que las personas demuestren la existencia de un trastorno de identidad de género (proceso no. 52471/13)

(a) Las observaciones de las partes

136. El segundo solicitante sostuvo que condicionar el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero a la prueba de que “sufrían realmente un trastorno de género” equivalía a calificarlos de enfermos mentales y, por lo tanto, una violación a su dignidad.

137. El Gobierno observó que un diagnóstico previo de trastorno de identidad de género era un requisito en la mayoría de los países. En su informe de 2009 la Autoridad Superior para la Salud hizo hincapié en que el procedimiento médico que conduce al cambio en la morfología de un paciente transgénero, requiere un diagnóstico de disforia de género a los efectos del diagnóstico diferencial, para que los médicos estén seguros, antes de administrar el tratamiento hormonal o realizar una cirugía, y que el sufrimiento del paciente no proviene de otras causas como enfermedades mentales.

(b) La evaluación del Tribunal

138. El Tribunal es consciente del hecho de que el segundo demandante hizo eco de la postura adoptada por las organizaciones no gubernamentales que trabajan para proteger los derechos de las personas transgénero, en el sentido de que el transexualismo no es una enfermedad y que abordar las identidades de género desde la perspectiva de un trastorno psicológico aumenta la estigmatización de las personas transgénero. Esta es también la posición de la CCNDH, que en su opi-

nión de 27 de junio de 2013 (ver párrafos 63-65 arriba) hizo hincapié en lo siguiente:

“Visto en un contexto judicial, el requisito de dar fe de la existencia de ‘disforia de género’ es problemático en la medida en que la redacción parece apoyar la idea de que la identidad transgénero es una enfermedad, aunque los trastornos de identidad de género fueron eliminados de la lista de trastornos psiquiátricos [por el Decreto no. 2010-125 de 8 febrero de 2010].”

La CCNDH agregó:

“Pedirles a las personas transgénero que demuestren que padecen de disforia de género, que es un requisito a los fines de un diagnóstico diferencial estrictamente en el contexto de los procedimientos médicos que realizan, contribuye en un contexto judicial a la estigmatización de estas personas y a la falta de comprensión de la identidad transgénero”.

Por lo tanto, recomendó que este requisito ya no forme parte del procedimiento para obtener un cambio de género en documentos del estado civil.

139. Sin embargo, el Tribunal observó que un diagnóstico psiquiátrico se encuentra entre los requisitos previos para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero en la gran mayoría de los cuarenta Estados Partes que permiten dicho reconocimiento, y sólo cuatro han promulgado legislación estableciendo un procedimiento de reconocimiento que excluye tal diagnóstico (ver párrafo 72 arriba). Por lo tanto, actualmente existe casi unanimidad a este respecto. El Tribunal también señala que las características de “transexualidad” en el Capítulo V de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (ICD-10, no. F64.0) titulada “Trastor-

nos mentales y del comportamiento”, en la categoría “Trastornos de la personalidad y el comportamiento de los adultos”, subcategoría “Trastornos de la identidad de género”. Además, a diferencia de la condición de esterilidad, el requisito de obtener un diagnóstico psiquiátrico previo no afecta directamente la integridad física de las personas. Por último, aunque el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa (ver párrafo 73 arriba) ha subrayado que el requisito de obtener un diagnóstico psiquiátrico puede obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, especialmente cuando está destinado a limitar su capacidad jurídica o les impone un tratamiento médico, la posición de las organizaciones europeas e internacionales de derechos fundamentales en este punto parece menos que clara que con respecto al requisito de esterilidad.

140. El Tribunal deduce de esto que, aunque un aspecto importante de la identidad de las personas transgénero está en juego en el contexto de su identidad de género (ver párrafo 123 arriba) los Estados Parte conservan una amplia discreción al decidir si establecen tal requisito.

141. El Tribunal subraya también, que el Gobierno se refirió a las observaciones hechas por la Autoridad Superior para la Salud en el sentido de que se requiere un diagnóstico de disforia de género a los efectos del diagnóstico diferencial así los médicos pueden estar seguros, antes de administrar el tratamiento hormonal o realizar una cirugía, y de que el sufrimiento del paciente no proviene de otras causas. En la medida que el Gobierno pretende argumentar que el requisito de un diagnóstico psiquiátrico previo es un medio para garantizar que las personas que no son realmente transgénero no se embarquen en un tratamiento de reasignación médica irreversible, su argumento no es del todo convincente en lo que respecta a la situación de las personas que —como el segundo y tercer demandante— se niegan a someterse a un tratamiento que da lugar a esterilización irreversible. Sin embargo, el Tribunal acep-

ta que este requisito está destinado a salvaguardar los intereses de las personas afectadas, ya que está diseñado en todo caso para garantizar que no se embarquen imprudentemente en el proceso de cambiar legalmente su identidad.

142. En ese aspecto, además, los intereses de los demandantes segundo y tercero coinciden en cierta medida con el interés general de salvaguardar el principio de la inalienabilidad del estado civil, la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil y la certeza jurídica, dado que este requisito también promueve la estabilidad en los cambios de género en documentos de estado civil.

143. Por consiguiente, y especialmente en vista del amplio margen de apreciación del que disfrutaban, el Tribunal considera que las autoridades francesas, al rechazar la solicitud del segundo demandante de modificar la indicación de género en su acta de nacimiento, sobre la base de que no demostró que en realidad sufría de un trastorno de identidad de género, logró un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en juego.

144. En otras palabras, el rechazo de la solicitud del segundo demandante sobre estos motivos, no revela que Francia no cumpla con su obligación positiva de garantizar su derecho al respeto de su vida privada. Por lo tanto, no ha habido violación del Artículo 8 de la Convención por este concepto respecto del segundo demandante.

4. Obligación de someterse a un examen médico (proceso no. 79885/12)

(a) Las observaciones de las partes

(i) El demandante

145. El primer demandante, que argumentó que esta queja fue examinada desde el punto de vista de las obligaciones negativas en virtud

de que la obligación de someterse a una traumática evaluación médica experta, constituía una injerencia en su esfera íntima, explicó que la interferencia en cuestión no se ajustaba a la ley. Observó a ese respecto que ninguna disposición exigía específicamente recurrir a una evaluación médica especializada a fin de establecer el cambio en la apariencia de una persona transgénero y la naturaleza irreversible de la misma, como parte del procedimiento para modificar sus registros del estado civil. Esto significaba que, como señaló la circular del Ministro de Justicia mencionada anteriormente, la jurisprudencia difería de un tribunal a otro con respecto al uso de este tipo de pruebas, especialmente en el caso de cirugía realizada en el extranjero. Como resultado, las personas afectadas enfrentaron un trato arbitrario. Además, la injerencia en cuestión, no persiguió ninguno de los objetivos legítimos enumerados en el segundo párrafo del Artículo 8. En relación con el principio de inalienabilidad del estado civil, el primer demandante observó que esto no estaba cubierto por ninguno de esos objetivos. También dedujo del juicio en *B. v. France* (citado arriba, §§ 52 *et seq.*) que este principio en sí mismo no podía constituir un objetivo legítimo. En cuanto al segundo objetivo invocado por el Gobierno, no fue posible argumentar que una evaluación experta llevada a cabo después de un tratamiento médico que produjera un cambio irreversible en la apariencia y acompañado de esterilización, por no decir mutilación, tuviera como objetivo salvaguardar la salud de la persona interesada.

146. En cuanto a la cuestión de proporcionalidad, el primer demandante reiteró que los Estados gozaban de un margen de maniobra limitado —o incluso mínimo— en el que el derecho al respeto de la vida privada de las personas transgénero, en cuestión de que, especialmente cuando su integridad física estaba en juego. Hizo hincapié en la naturaleza particularmente traumática de las evaluaciones médicas expertas, como las que se ordenaron en su caso. La CCNDH declaró en su infor-

me, mencionado anteriormente, que se les percibía como “intrusivas y humillantes” y presentaba declaraciones al respecto hechas por personas transgénero que se sometieron a ellas. En su opinión hay formas de garantizar que las personas interesadas que se hayan sometido a un cambio irreversible en la apariencia, que menoscabe sus libertades, como exigirles que presenten certificados emitidos por varios médicos de su elección. El demandante también presentó algunos comentarios de observadores legales sobre la resolución del Tribunal de Casación en su caso, en el que los autores expresaron su sorpresa ante la conclusión de los tribunales de que las pruebas que se les exhibió, fueron insuficientes.

(ii) *El Gobierno*

147. El Gobierno sostuvo que la interferencia denunciada de ajustaba a la ley, ya que el juez podía ordenar una evaluación pericial con arreglo a los Artículos 143 a 174, 232 a 248 y 263 a 284-1 del Código de Procedimientos Civiles. La jurisprudencia se ha suavizado desde las resoluciones del Tribunal de Casación de 1992 citadas anteriormente. Ahora fue ordenada una evaluación experta sólo cuando los documentos médicos presentados por el solicitante se consideraron insuficientes para establecer que él o ella tenían un trastorno de identidad de género y que el cambio en la apariencia física era irreversible. Además, la injerencia persiguió un objetivo legítimo en cuanto a la necesidad de preservar la fiabilidad de los registros del estado civil, la inalienabilidad del estado civil, y la protección de la salud de las personas interesadas (el Gobierno se refirió a este respecto a *Y.Y. v. Turquía*, citado arriba, § 79). Sobre este último punto declararon, sin proporcionar más detalles, que “el Tribunal [había] aceptado que el Estado [podría] intervenir para determinar, en aras de la protección de la salud, la naturaleza irreversible de la cirugía o tratamiento sufrido por el solicitante.

148. Con respecto a la cuestión de proporcionalidad, el Gobierno hizo hincapié que las evaluaciones médicas expertas no se realizaban por rutina, sino sólo para compensar las deficiencias en la evidencia médica presentada con el fin de demostrar la naturaleza irreversible del cambio en la apariencia. Esto fue confirmado por varias decisiones recientes de Tribunales de primera instancia. En 2010, por ejemplo, se solicitó una evaluación experta en el 17% de los casos. El Gobierno añadió que la circular emitida por el Ministro de Justicia de 14 de mayo de 2010, especificaba que las evaluaciones expertas deberían solicitarse únicamente cuando las pruebas presentadas planteaban serias dudas sobre si la persona que realizaba la solicitud era realmente transgénero. Por lo tanto, en el presente caso, el tribunal de primera instancia ordenó la evaluación experta en cuestión debido a la naturaleza insatisfactoria de los documentos suministrados por el solicitante. Las opiniones de expertos que no eran obligatorias en principio, pero a las que los tribunales debían recurrir, en interés de los propios solicitantes, cuando consideraban que las pruebas presentadas eran insuficientes, constituyán una solución razonable en vista de la importancia de los intereses en juego.

(b) La evaluación del Tribunal

149. El Tribunal toma nota de la afirmación del primer demandante, que basándose en el Artículo 8 de la Convención, concatenado con el Artículo 3. Como experto de la caracterización que debe brindarse legalmente a los hechos del caso, considera apropiado examinar las alegaciones del primer demandante desde el punto de vista del Artículo 8.

150. Dicho esto, el Tribunal debe tomar en consideración que el primer demandante, que optó por someterse a una cirugía de reasignación de género en el extranjero, argumentó en los tribunales nacionales que cumplió con las condiciones establecidas por el derecho positivo a fin

de obtener un cambio en el estado civil. La evaluación experta en cuestión, que tenía por objeto determinar si ese reclamo era correcto, y si fue ordenado por un juez como parte de la obtención de pruebas, un ámbito en el que el Tribunal otorga a las partes convinientes un margen de maniobra muy considerable, siempre y cuando no actúen de manera arbitraria.

151. Corresponde a los tribunales nacionales evaluar el valor probatorio de las pruebas que se les presentan. En el presente caso, el *tribunal de grand instance* de París, en su resolución de 17 de febrero de 2009 (ver párrafo 17 arriba), dio razones precisas de por qué consideraba que las pruebas presentadas por el primer demandante eran insuficientes. En consecuencia, designó expertos especializados en tres campos diferentes pero complementarios y los distribuyó con un mandato detallado. No hay nada que sugiera que esta decisión fuera tomada de una manera arbitraria. Como señaló el Gobierno, el tribunal resolvió sobre la base del poder del derecho exclusivo que le confiere el derecho francés, ya que el Código de Procedimientos Civiles autoriza al juez de primera instancia ordenar cualquier medida de investigación “en cualquier caso donde el juez no tiene suficiente información para determinar el caso” (Artículo 144); estas medidas incluyen evaluaciones expertas (Artículos 232 y 263 *et seq.*).

152. Estas consideraciones llevan al Tribunal a concluir que, aunque la evaluación médica experta que se ordenó implicó un examen genital íntimo del primer demandante, el alcance de la interferencia resultante en el ejercicio de su derecho al respeto a su vida privada debe calificarse a un grado significativo.

153. Por consiguiente, el Tribunal considera que, al rechazar la solicitud del primer demandante de modificar la indicación de género en su acta de nacimiento, basándose en que se negó en principio a cooperar con la evaluación médica experta que ordenó, el tribunal

nacional —que de conformidad con el Artículo 11 del Código de Procedimientos Civiles estaba facultado a obtener conclusiones de esa negativa— alcanzando un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en juego.

154. En otras palabras, este hecho no revela que Francia no cumpla con su obligación positiva de garantizar el derecho del primer demandante al respeto de su vida privada. Por lo tanto, no existe violación del Artículo 8 de la Convención por este concepto con respecto del primer demandante.

...

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

...

4. Sostiene, por seis votos contra uno, que hay violación del Artículo 8 de la Convención con respecto del segundo y tercer demandante a causa del requisito de demostrar un cambio irreversible en la apariencia (procesos nos. 52471/13 y 52596/13);

5. Sostiene, por unanimidad, que no se ha violado el Artículo 8 de la Convención con respecto al segundo demandante a causa del requisito de demostrar la existencia de un trastorno de identidad de género (proceso no. 52471/13);

6. Sostiene, por unanimidad, que no se violó el Artículo 8 de la Convención con respecto del primer demandante a causa del requisito de someterse a un examen médico (proceso no. 79885/12);

...

Hecho en francés y notificado por escrito el 6 de abril de 2017, de conformidad con los Artículos 77 §§ 2 y 3 del Reglamento de la Corte.

Milan Blaško
Secretario Adjunto

Angelika Nußberg
Presidente

De conformidad con el Artículo 45 § 2 de la Convención y la Regla 74 § 2 del Reglamento de la Corte, la opinión disidente del Juez Ranzoni se anexa a la presente resolución.

A.N.
M.B.

OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ RANZONI

1. Mi desacuerdo con la mayoría de la Sala, se refiere a la constatación de una violación del Artículo 8 de la Convención con respecto de los demandantes segundo y tercero (procesos nos. 52471/13 y 52596/13), debido a la obligación de establecer la naturaleza irreversible del cambio en la apariencia. En consecuencia, también voté en contra de la conclusión de que, en lo que respecta a estos dos procesos, no fue necesario examinar por separado la queja, en virtud del Artículo 14 de la Convención, leído conjuntamente con el Artículo 8.

2. El 17 de marzo de 2009, el segundo demandante solicitó la corrección de su acta de nacimiento, a fin de cambiar la indicación de género de “masculino” a “femenino” y que se reemplazara su nombre de pila masculino por uno femenino. Su solicitud fue rechazada, en particular porque no se demostró la naturaleza irreversible del proceso de reasignación de género, que era un requisito de la legislación nacional vigente en ese momento. En una resolución del 13 de febrero de 2013, el Tribunal de Casación desestimó su recurso de apelación, al considerar que este requisito no era discriminatorio y no infringía los principios establecidos en los Artículos 8 y 14 de la Convención (ver párrafos 32 a 40 de la resolución).

3. El 13 de junio de 2009, el tercer demandante presentó un requerimiento de corrección de acta de nacimiento, similar a la del segundo solicitante. También se denegó esta petición porque el solicitante no probó con certeza que se sometió al tratamiento médico y quirúrgico para completar el proceso de reasignación de género. El Tribunal de Casación examinó la apelación del tercer demandante al mismo tiempo que la del segundo demandante y llegó a la misma conclusión (ver párrafos 41-52 de la resolución).

4. En dos resoluciones dictadas el 7 de junio de 2012, el Tribunal de Casación sostuvo que, para justificar una petición de corrección de la indicación de género en el acta de nacimiento, la persona interesada tenía que demostrar en vista de la posición ampliamente aceptada dentro de la comunidad científica, que él o ella en realidad sufrían del trastorno de identidad de género en cuestión y que el cambio en su apariencia era irreversible (ver párrafo 58 de la resolución). Este es el segundo requisito que, a juicio de la mayoría de la Sala, constituyó un incumplimiento de parte del Estado demandado de cumplir con su obligación positiva de garantizar el derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada (ver párrafo 135 de la resolución).

5. No discuto el hecho de que, en el momento material, el derecho positivo francés hacia que el reconocimiento de la identidad de género de personas transgénero estuviera condicionado a cirugía de esterilización o al tratamiento que, debido a su naturaleza e intensidad, implicaba una muy alta probabilidad de esterilidad (ver párrafo 120 de la resolución). También puedo suscribir sin vacilación la evaluación de la mayoría de que este caso se refiere a un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas, toda vez que el derecho a la identidad de género y al desarrollo personal es un aspecto fundamental del derecho al respeto de la vida privada, en virtud del Artículo 8 de la Convención (ver en particular, el párrafo 123 de la resolución). Además, dichos tratamientos médicos y operaciones afectan la integridad física de las personas interesadas, sin embargo, ni el segundo ni el tercer demandante se basaron en el Artículo 3 de la Convención (ver párrafo 128 de la resolución).

6. También puedo aceptar que, en la búsqueda de un equilibrio justo entre el interés general y los intereses de los solicitantes (ver párrafos del 126 al 135 de la resolución), existen argumentos sólidos a favor de considerar que la obligación de someterse a cirugía de esterilización o

tratamiento para que se reconozca la identidad de género altera este equilibrio justo y equivale a una violación del Artículo 8 de la Convención. No obstante, también hay argumentos de peso que inclinan la balanza a favor del margen de apreciación del Estado demandado, y por lo tanto a favor de considerar que no ha habido una violación del Artículo 8.

7. En octubre de 2016, la situación con respecto al reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero en los Estados miembros del Consejo de Europa fue la siguiente: (ver párrafos 70-71 de la resolución): En siete Estados miembros el reconocimiento no era posible, en veintidós Estados miembros era posible, pero estaba sujeto a requisitos legales, incluyendo la cuestionada condición de esterilización de la persona interesada y en “sólo” dieciocho Estados miembros, la esterilización ya no era necesaria por ley para reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero.

8. Además, este desarrollo es reciente en los dieciocho Estados miembros, un hecho que emerge muy claramente del juicio mayoritario. De los países afectados, once abolieron la esterilización como una condición para el reconocimiento legal entre febrero de 2009 y octubre de 2016 (ver párrafo 71 de la resolución). Esto significa que, por ejemplo, en el momento de las resoluciones de primera instancia en los casos del segundo y tercer solicitante, el 9 de febrero y 13 de marzo respectivamente (ver párrafos 37 y 48 de la resolución) únicamente ocho Estados miembros no requerían la esterilización. En el momento de las resoluciones del Tribunal de Casación del 13 de febrero de 2013 (ver párrafos 40 y 52 de la resolución), era posible el reconocimiento legal de las personas transgénero sin que la esterilización fuera un requisito legal, en once Estados miembros.

9. Como reitera la Sala (ver párrafo 121 de la resolución), al cumplir sus obligaciones positivas en virtud del Artículo 8 de la Convención

los Estados miembros disfrutan de un cierto margen de apreciación. Se deben tener en cuenta varios factores al determinar la amplitud de esa distancia. Cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se restringirá el límite permitido al Estado donde, sin embargo, no existe consenso dentro de los Estados miembros sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso plantea cuestiones morales o éticas delicadas, la frontera será más amplia. Habitualmente también habrá un amplio extremo si se requiere que el Estado logre un equilibrio justo entre los intereses privados y públicos contrapuestos (ver *Hämäläinen v Finlandia* [GC], no. 37359/09, § 67, ECHR 2014, con más referencias).

10. En el presente caso, en el momento de las resoluciones impugnadas, que fueron dictadas por el Tribunal de Casación el 13 de febrero de 2013, no existía consenso entre los Estados miembros sobre la cuestión de exigir la esterilización como condición previa para el reconocimiento legal de la identidad de género. Exclusivamente once de los cuarenta y siete Estados miembros no requerían de tal condición. Actualmente —más específicamente en octubre de 2016— tal reconocimiento es posible, sin que la ley exija esterilización, en sólo dieciocho de los cuarenta y siete Estados miembros. Esto no es de ninguna manera una mayoría de los Estados miembros, y mucho menos representa un consenso europeo, que se dista muy lejano.

11. En la ausencia de consenso y en vista del hecho de que el presente caso indudablemente plantea cuestiones éticas y morales delicadas, la línea de apreciación que debe dejarse al Estado demandado sigue siendo amplio (ver *Hämäläinen*, citado arriba, § 75, y X, Y y Z v. el Reino Unido, 22 de abril 1997, § 44, *Informes de Resoluciones y Decisiones* 1997-II). Sin embargo, este margen desaparece en el análisis realizado por la mayoría en los párrafos 121 a 135 de la resolución. ¿Cómo puede ser

esto? Por supuesto, el descubrimiento de que un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas está en juego puede reducir el margen de apreciación (ver párrafo 123 de la resolución), pero no completamente. ¿Qué otros factores estimularon a la mayoría a ignorar por completo el margen de apreciación y el hecho de que, hasta la fecha, es una minoría de los Estados miembros han abolido el requisito de esterilidad?

12. A este respecto, la resolución destaca la existencia de una “tendencia” hacia la abolición de este requisito (ver párrafo 124). Reconozco que existe una cierta tendencia en Europa, pero es, como se demostró anteriormente, reciente. ¿Es ésta una justificación suficiente para reducir considerablemente la línea de apreciación, que en principio es amplia? Lo dudo. Las sociedades se están moviendo gradualmente hacia la abolición de la esterilización como requisito previo para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero.

13. Soy consciente del hecho de que el Tribunal observó en *Y.Y. v. Turquía* (no. 14793/08, § 108, ECHR 2015), refiriéndose a la resolución en *Christine Goodwin v. el Reino Unido* ([GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002VI), “que atribuye[ó] menos importancia a la falta de pruebas de un enfoque europeo común para la resolución de problemas jurídicos y prácticos planteados que a la existencia de pruebas claras e incontestadas de una tendencia internacional continua a favor no sólo del aumento de la aceptación social de las personas transgénero, pero de reconocimiento legal de la nueva identidad de género postoperatoria de las personas transgénero”. Sin embargo, estos dos casos se referían a otras cuestiones, es decir, el reconocimiento legal de un proceso de reasignación de género que ya se estaba completo (*Christine Goodwin*), y la posibilidad para una persona transgénero de someterse a reasignación de género sin ser sujeta a un requisito que le imposibilite poder procrear (*Y.Y. v. Turquía*). Debe señalarse que el Tribunal observó en

Christine Goodwin que correspondía al Estado Parte determinar, entre otras cosas, las condiciones en las que una persona que reclama reconocimiento legal como transexual estableciendo que la reasignación de género se efectuó correctamente (ver *Christine Goodwin*, citado arriba, § 103). Además, en *Y.Y. v. Turquía*, el estudio comparativo de la legislación de treinta y dos Estados miembros realizado por el Tribunal ha demostrado que la opción de que las personas transgénero sean sometidas a un tratamiento de reasignación de género ya existe en 24 de los 32 Estados miembros, además, en la mayoría de los países encuestados. Parece que ninguno de estos Estados condicionó el tratamiento a la incapacidad de procrear (ver *Y.Y. v. Turquía*, citado arriba, §§ 35-39). En otras palabras, esto fue más que una mera tendencia: una clara mayoría de los Estados no impuso condiciones similares a las establecidas por el Estado demandado en ese caso.

14. También es necesario examinar y determinar si existen motivos sustanciales y válidos que justifiquen el requisito de no poder procrear y la retención de los sistemas correspondientes en la mayoría de los Estados miembros (una pregunta formulada, por ejemplo, del Juez Lemmens en su opinión separada anexa a la resolución en *Y.Y. v. Turquía*, citada arriba). En el presente caso, desafortunadamente, el Tribunal no respondió a esta pregunta, sino que sólo afirmó que la tendencia mencionada anteriormente estaba “impulsada por la evolución de la comprensión del transexualismo” (ver párrafo 124 de la resolución). Esto me parece una suposición algo audaz, que no está respaldada por ninguna referencia en la resolución. En vista de los hechos establecidos en este caso, el Tribunal desconoce los motivos precisos de estos acontecimientos, al igual que desconoce las razones que han llevado a la mayoría de los Estados miembros a mantener hasta la fecha esta condición previa, para el reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero.

15. En cuanto al margen de apreciación, la mayoría señala que “numerosos actores institucionales europeos en el campo de los derechos humanos han adoptado una posición muy clara a favor de abolir el requisito de esterilidad” (ver párrafo 125 de la resolución). En mi opinión, este argumento es insuficiente para justificar la aplicación de un margen de apreciación muy estrecho o la conclusión de que existe una clara tendencia europea. Es cierto que el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa adoptó una posición en 2009, contra el reconocimiento legal de la identidad transgénero sujeto a cirugía de esterilización irreversible (ver párrafo 73 de la resolución) y que la Asamblea Parlamentaria señaló en una Resolución de 2013, que “[ya] sean las esterilizaciones, o castraciones forzadas o coaccionadas no pueden ser legitimadas de ninguna manera en el siglo XXI” (ver párrafo 76 de la resolución). Sin embargo, observó, si bien reconociendo la gran importancia de las instituciones y organizaciones enumeradas en el párrafo 125 de la resolución, que en su mayoría están involucradas en la “promoción” de los derechos humanos. La evaluación de la mayoría no se basa en instituciones europeas o internacionales de “protección” de los derechos humanos, ni en convenciones internacionales vinculantes, en jurisprudencia reiterada dentro de los Estados miembros.

16. Si bien es cierto que se trata de un aspecto esencial de la identidad íntima de las personas, es discutible, a falta de consenso a nivel europeo que el margen de apreciación de los Estados miembros siga siendo amplio, especialmente dado que está en juego un tema muy sensible. Por esa razón, también podría argumentarse que un Estado parte —en este caso Francia— no debería ser criticado en 2017 por haber otorgado prioridad entre 2009 y 2013 al requisito de demostrar la naturaleza irreversible del cambio en la apariencia. En un contexto donde las normas estaban evolucionando, pero donde la tendencia era aún menos clara de lo que es hoy, el Estado demandado consideró que este arreglo era

el más adecuado en ese momento, una postura que es aún tomada por la mayoría de los Estados miembros. Si se hubiera adoptado este punto de vista, el Tribunal pudo constatar que el Estado demandado, durante el periodo cuando las resoluciones se determinaron, no se excedió en su margen de apreciación o, en consecuencia, infringió el Artículo 8 de la Convención. No obstante, tuvo la oportunidad de pedir a los (otros) Estados miembros que continúen supervisando la cuestión que dio a lugar al presente caso y prosigan sus esfuerzos en la dirección de la tendencia que se ha demostrado.

17. Por el contrario, la constatación de una violación del Artículo 8 de la Convención en el presente caso tiene en realidad el efecto de exigir que veintidós Estados miembros, a fin de evitar futuras violaciones de esta disposición, modifiquen su legislación y eliminan el requisito de esterilidad como una condición para el reconocimiento legal de la identidad transgénero, no digamos de los siete Estados miembros en los que actualmente no es posible el reconocimiento legal de dicha identidad.

18. En casos de este tipo, el Tribunal ha sido cauteloso cuando no hay un consenso europeo, y ha avanzado por medio de pasos pequeños. La jurisprudencia sobre cuestiones transgénero es prueba de ello.

Por ejemplo, en el caso *Rees v. el Reino Unido* (17 de octubre 1986, Serie A no. 106), la ley en el Reino Unido no otorgaba a los transexuales un estado jurídico correspondiente a su situación real. El Tribunal sostuvo que no sevioló el Artículo 8, y considerando que “en la actualidad hay pocos puntos en común entre los Estados parte en este ámbito y que, en términos generales, la ley parece estar en una etapa de transición”. En consecuencia, consideró que “esta es un área en la que las partes comprometidas disfrutan de un amplio margen de apreciación” (§ 37). Específico que “[l]a necesidad de medidas legales apropiadas que deben... ser mantenidas bajo revisión teniendo en cuenta particularmente los desarrollos científicos y sociales” (§ 47).

En *Cossey v. el Reino Unido* (27 de septiembre 1990, Serie A no. 184), el Tribunal llegó a una conclusión similar, y también señaló que una anotación en la inscripción en el Registro Civil no sería una solución adecuada.

En el caso *B. v. Francia* (25 de marzo 1992, Serie A no. 232C), el Tribunal constató una violación del Artículo 8 por primera vez en un caso relativo al reconocimiento de personas transgénero, teniendo en cuenta los factores que distinguieron ese caso de los casos de *Rees* y *Cossey*.

En *X, Y e Z v. el Reino Unido* (citado arriba) y *Sheffield y Horsham v. el Reino Unido* (30 de julio de 1998, Informes 1998V), las resoluciones del Tribunal no fueron muy diferentes en *Rees* y *Cossey*. El Tribunal no consideró necesario “concluir que, a partir de la evolución científica y jurídica, el Estado demandado ya no puede contar con un margen de apreciación para defender su continua negativa de reconocer legalmente el género postoperatorio de un transexual”, y constató que “sigue siendo cierto que la transexualidad plantea problemas científicos, jurídicos, morales y sociales complejos, respecto de los cuales no existe un enfoque generalmente compartido entre los Estados parte” (*Sheffield y Horsham*, § 58).

En su resolución *Christine Goodwin* (citado arriba) la Gran Sala del Tribunal determinó, dieciséis años después de la resolución de *Rees*, se violó el Artículo 8 a la luz de una tendencia internacional a favor de una mayor aceptación social de los transexuales y de reconocimiento legal de la nueva identidad postoperatoria de los transexuales, “[ya] que no existen factores significativos de interés público que pesen en contra del interés de este solicitante individual en obtener reconocimiento legal de su reasignación de género” (§ 93). No obstante, el Tribunal reafirmó que correspondía al Estado parte determinar, entre otras cosas, las condiciones del reconocimiento legal.

Después de *Christine Goodwin*, el Tribunal emitió varias sentencias en casos del Artículo 8 que también trataban del reconocimiento legal de la identidad de género de personas transgénero que se habían sometido a cirugía de reasignación, y con otras consecuencias derivadas para estas personas de su situación (ver, por ejemplo, *Van Kück v. Alemania*, no. 35968/97, ECHR 2003VII (violación); *Grant v. el Reino Unido*, no. 32570/03, ECHR 2006VII (violación); *L. v. Lituania*, no. 27527/03, ECHR 2007IV (sin violación); *Schlumpf v. Suiza*, no. 29002/06, 8 enero 2009 (violación); *P.V. v. España*, no. 35159/09, 30 noviembre 2010 (sin violación); *P. v. Portugal* (dec.), no. 56027/09, ECHR 2011 (tachado de la lista); *Cassar v. Malta*, no. 36982/11, 9 de julio 2013 (eliminado de la lista); and *Hämäläinen*, citado anteriormente (sin violación).

El caso de *Y.Y. v. Turquía* (citado arriba) se refería a la negativa de las autoridades a permitir que una persona transgénero se sometiera a reasignación de género a razón de que la persona en cuestión no estaba permanentemente imposibilitada de procrear. Esta fue la primera vez, que yo sepa, que el Tribunal se pronunció sobre este requisito, aunque en un contexto diferente al presente caso. Encontró una violación del Artículo 8, pero tomando en consideración el hecho, de que una clara mayoría de los Estados miembros no imponían condiciones similares a las establecidas por el Estado demandado (véase el párrafo 13 supra).

19. Entre la sentencia *Rees* en 1986 y el caso de *Y.Y.* en 2015, el Tribunal amplió constantemente su jurisprudencia en este ámbito, pero lo hizo con cautela, “poco a poco” o para decirlo de otra manera, “paso a paso”. Empero lo anterior, con la presente sentencia el Tribunal no ha dado un simple paso, sino un salto completo, y, lo que es más, sobre un tema altamente sensible, un nuevo aspecto de la transexualidad —o más exactamente, el transgénero— en ausencia de consenso entre los estados miembros sobre este considerando científico, y en la conciencia de la amplitud de la apreciación resultante de todos estos factores.

20. Confieso que me resultó difícil tomar una decisión en este caso tan espinoso y delicado como ya indiqué en el párrafo 6 *supra*, existen argumentos de peso para respaldar la conclusión de que la obligación de someterse a cirugía o tratamiento de esterilización para reconocer la identidad de género, quebranta el justo equilibrio entre el interés general y los intereses de los solicitantes, y por lo tanto, constituye un violación del Artículo 8 de la Convención. Sin embargo, la mayoría también aceptó, con razón, “que salvaguardar el principio de inalienabilidad del estado civil, garantizar la fiabilidad y la coherencia de los registros del estado civil, y en términos más generales, garantizar la certeza jurídica, son de interés general”. No obstante, consideraron que la balanza se inclinaba a favor de los intereses de las personas afectadas (ver párrafo 132 de la resolución). Es cierto, que tal evaluación no carece de fundamento.

21. Por otro lado, dista mucho de ser un consenso europeo sobre este requisito, y la minoría de los Estados miembros que lo abolieron, eran menos en ese momento. Estas consideraciones me hicieron dudar. Mi indecisión creció a la luz de los argumentos presentados por la mayoría con respecto al margen de apreciación de los Estados miembros y las “tendencias” europeas e internacionales, argumentos que, en mi opinión, no son del todo persuasivos. Tampoco considero apropiado remitirme al Artículo 3 de la Convención a fin de reforzar el argumento (véanse los párrafos 127 y 131 de la resolución), ya que los demandantes segundo y tercero no se basaron en esa disposición.

22. Además, la observación formulada en el párrafo 134 de la resolución acerca del hecho de que la legislatura francesa, el 12 de octubre de 2016, excluyó expresamente la esterilización de las condiciones que deben cumplir las personas transgénero para obtener el reconocimiento de su identidad, me parece un argumento problemático, ya que los principios establecidos en nuestra resolución se aplicarán no sólo al Estado demandado sino también a los demás Estados miembros.

23. Me pregunto qué habría concluido la Sala si, en lugar de modificar la legislación unos meses antes de nuestra resolución, el legislador francés hubiera mantenido la condición de un cambio irreversible en la apariencia. ¿Encontraría todavía que el Estado demandado se excedió con el margen de apreciación al elegir esa opción legislativa?

24. En vista de todas estas consideraciones y teniendo en cuenta la importancia y las consecuencias de una resolución del Tribunal sobre este tema, hubiera preferido que la Sala renunciara a la jurisdicción a favor de la Gran Sala en virtud del Artículo 30 de la Convención. Se cumplieron las condiciones para la renuncia, ya que el caso planteaba cuestiones serias que afectaban a la interpretación y aplicación del Artículo 8 de la Convención y los conceptos de “margen de apreciación” y “consenso”. Por lo tanto, las implicaciones de esta resolución para todos los Estados miembros justificaron invocar la autoridad de la Gran Sala. Lamento el hecho de que la mayoría no haya adoptado este enfoque.

25. Después de reflexionar sobre lo expuesto anteriormente, decidí a favor de el margen de apreciación permitido al Estado demandado en el cumplimiento de su obligación positiva de garantizar el derecho del segundo y tercer demandante, a respetar su vida privada en relación con un tema altamente sensible que plantea asuntos muy espinosos y donde no existe un consenso europeo. En consecuencia y por este motivo, voté en contra de encontrar una violación del Artículo 8 de la Convención.

ÍNDICE DEL TOMO 352

MATERIA CIVIL

—C—

COPROPIEDAD. CONCEPTO Y LÍMITES. Existe la copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen *pro indiviso* a varias personas, característica que lleva implícito que ninguno de los copropietarios tiene dominio sobre determinadas partes de la cosa o derecho; es decir, el derecho de cada uno de los copropietarios se limita a una parte indivisa, o sea, que ninguno de ellos puede circunscribir su derecho a una parte de la cosa físicamente determinada, siendo titular de una cuota ideal o parte indivisa, expresada por una cifra, es decir, un medio, un cuarto, un tercio, de ahí que cada partícipe tiene el derecho de libre uso de la cosa común, con la condición de no darle un destino impropio ni de causar daño ni perturbación a la posesión de los demás; sin embargo, al ser los copropietarios partícipes, aun de la parte más pequeña del bien común, no puede restringirse a ninguno de ellos, salvo convenio en contrario, el derecho de usar la totalidad de la cosa, puesto que ambos tienen por igual derechos de copropiedad sobre todas sus partes. Si el copropietario tiene el derecho de reclamar la posesión del bien que le pertenece de otros detentadores o poseedores, entonces válidamente puede, ejercer la acción de terminación o rescisión de contrato de arrendamiento, aunque no hubiere intervenido en su celebración, si al intentarla lo hace con la finalidad de defender su copropiedad frente a quien la detenta o posee, por lo tanto, se considera que la actora puede demandar a la persona que ocupa el predio de su propiedad en calidad de arrendatario, la acción de rescisión del contrato respectivo, así como la entrega de las rentas que por su uso se han generado en su favor y que no hayan sido pagadas; y todas las acciones derivadas del arrendamiento del bien de su propiedad. 8

—N—

NULIDAD ABSOLUTA. CONCEPTO. El artículo 2226 del código civil establece que la nulidad absoluta, es la sanción cuyo bien jurídico protegido es el interés de la sociedad, que se origina con el nacimiento del acto jurídico, porque va contra una disposición de la ley, la que no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad, en esta nulidad los actos no pueden convalidarse ni por prescripción, caducidad o confirmación, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada. 17

—P—

PRESCRIPCIÓN NEGATIVA. CUANDO NO SE TIENE CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS. Conforme a lo que establecen los artículos 1158 y 1159 del Código Civil para el Distrito Federal, la prescripción negativa se verifica por el solo transcurso del tiempo, siendo necesario para que opere, el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho a pedir su cumplimiento. En este sentido, si de las constancias que obran en el expediente, se advierte que a la parte actora, en su calidad de deudora, no se le notificó por la cesionaria dentro del término

pactado para ello, la cesión de derechos es procedente que la parte actora demandará la acción de prescripción negativa a la institución de crédito, con quien contrató, por no tener conocimiento la parte actora de la cesión de créditos. 33

MATERIA FAMILIAR

—A—

ALIMENTOS. TRATÁNDOSE DE LOS DESCENDIENTES PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA EL PAGO DE. El que tiene la obligación de suministrarlos tiene a su vez, el derecho de recibirlos, como dispone el artículo 301 del código civil, es por ello que los hijos y demás descendientes están obligados a dar alimentos a sus padres o ascendientes en caso de que estos tengan necesidad de recibirlos; sin embargo, para hacer exigible esa obligación se debe probar el estado de necesidad. Asimismo, el principio de divisibilidad de los alimentos, esto es, que el débito alimentario debe dividirse entre todos los obligados que tengan las posibilidades de soportar la carga económica que representa. Esta división no es en partes iguales, ya que el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 311 del código civil, es aplicable tanto para uno como varios deudores alimentarios, pues el monto se repartirá entre los obligados, en proporción a sus recursos económicos procede si son dos o más hijos los que deben dar alimentos a sus padres, entonces la obligación será de todos, tomando en consideración las posibilidades económicas de cada uno de ellos y en caso de que algún deudor no estuviere en posibilidad de pagar la pensión por estar demostrado que esta insolvente, el monto puede repartirse entre los otros de forma proporcional y en el supuesto de que solo uno de ellos sea solvente éste debe cubrir la totalidad de la pensión. 49

—C—

CONCUBINATO. IMPROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE BIENES. Si bien, el numeral 291 *Ter* del código civil establece que “todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia regirán al concubinato”, no implica la incorporación de regímenes patrimoniales que sólo se prevén dentro del matrimonio civil, en que las partes formulan capitulaciones matrimoniales y disponen la forma de administrar y constituir el régimen patrimonial que elijan. Por ende, la liquidación de bienes que se plantea con motivo de la terminación de un concubinato no procede conforme a cierto régimen patrimonial, atento a que las disposiciones relativas al matrimonio, con relación a la liquidación de dicho régimen, no pueden ser aplicables al concubinato, institución en la que no hay un régimen patrimonial reglamentado. De ahí que al concubinato no le son aplicables las normas del patrimonio correspondientes al matrimonio, si el legislador no lo estableció así expresa y formalmente. 153

—D—

DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. En el régimen de separación de bienes se da la propiedad exclusiva del cónyuge que adquirió el bien; la obligación del cónyuge que tenga el carácter de poseedor tendrá la obligación de desocupar el inmueble por haber terminado el acto jurídico causal de la posesión incluso puede ser condenado a ello, así como el derecho del propietario de recuperarla a través de la acción personal. 101

—L—

LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL MENOR DE EDAD QUE ACTÚA EN UN JUICIO CUANDO ADQUIERE LA MAYORÍA DE EDAD. En el caso de un juicio en el que el menor adquiere los dieciocho años de edad, por lo que, ya dispone libremente de sus persona y de sus bienes, conforme a lo dispuesto por los artículos 646 y 647 del código civil, y por ello ha cesado la representación de sus progenitores derivada del ejercicio de la patria potestad, atento a lo dispuesto por el artículo 443 fracción III del código civil, en ese sentido, a fin de seguir manteniendo válido el juicio, en cuanto a la legitimación procesal de quién actúa, el juzgador, de oficio debe vigilar el momento en que el menor adquiere su mayoría de edad, notificándole personalmente del estado que guarda el juicio y se apersone a manifestar lo que a sus intereses convenga.

77

—P—

PENSIÓN ALIMENTICIA. PARA FIJAR SU MONTO DEBE ATENDERSE AL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREDITADOR Y A LAS POSIBILIDADES DEL DEUDOR. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido al derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada acreedor alimentista para exigir a otra, deudor alimentario, lo necesario para vivir, como consecuencia del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio o del concubinato, en el entendido de que la obligación de dar alimentos consiste en proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlas, ya que la carga alimentaria debe tener una justa proporción y un sano equilibrio entre: la posibilidad y la necesidad, lo que obliga a enfrentar dos conceptos que entrañan dos situaciones distintas, pues la posibilidad contrae a la capacidad económica del que da los alimentos, y por otro la necesidad a las exigencias de tener determinados satisfactores para quienes los reciben.

85

—R—

RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. LOS HIJOS QUE ESTÉN BAJO LA PATRIA POTESTAD DE SUS PROGENITORES TIENEN EL DERECHO DE CONVIVIR CON AMBOS, AUN CUANDO NO VIVAN BAJO EL MISMO TECHO. El derecho de convivencia es un derecho fundamental de los niños a mantener contacto directo con ambos padres, tendente a proteger su interés superior; ello es así en virtud de que la convivencia de los menores con sus padres permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen; así, el desarrollo normal de un menor se produce en el entorno de éste y su armonía con la familia y grupo social al que pertenece, que le permite y otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con la percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; lo cual se logra alcanzar cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia y fundamentalmente la convivencia con los padres; y para garantizar dicha prerrogativa, los juzgadores se encuentran no sólo facultados sino obligados a tomar todas las medidas necesarias a fin de

proteger ese máximo principio de convivir con ambos padres, en el entendido de que sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor.

121

MATERIA PENAL

—I—

INGRESOS ANTERIORES DEL IMPUTADO. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Aun cuando el artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales no la incluya dentro de los requisitos de procedencia, es evidente que un procedimiento de carácter abreviado parte de la base de que exista certidumbre de que el imputado esté enterado de las consecuencias derivadas del mismo tal y como se infiere incluso de lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, por lo que la disposición del tercer párrafo del numeral 202 del propio código adjetivo nacional constituye un presupuesto que debe satisfacerse para la tramitación del procedimiento de que se trata, en tanto señala: Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos dolosos y hasta dos terceras partes de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le corresponda al delito por el cual acusa. De donde se desprende que es necesaria la información acerca del registro oficial sobre condenas anteriores del sujeto, para determinar las proporciones de disminución de la penalidad (como consecuencia inherente al procedimiento abreviado), ello con independencia de lo señalado por el Juez de Control acerca de que tal información también resulta indispensable para establecer la eventual procedencia o negativa de sustitutivos o beneficios penales en la sentencia correspondiente

187

ESTUDIOS JURÍDICOS

La resolución de Rojina Villegas en el caso Trotsky: su negativa de libertad preparatoria al homicida Jacques Mornard

Jorge Ponce Martínez

209

PUBLICACIÓN ESPECIAL

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017

Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de cumplimiento de sentencia

233

Pronunciamiento sobre el plazo razonable en la prisión preventiva

265

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
Caso A. P., Garçon y Nicot vs. Francia**

297

ÍNDICE DE SUMARIOS

SEXTA SALA CIVIL

Materia Civil

Copropiedad. Concepto y límites. Existe la copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen *pro indiviso* a varias personas, característica que lleva implícito que ninguno de los copropietarios tiene dominio sobre determinadas partes de la cosa o derecho; es decir, el derecho de cada uno de los copropietarios se limita a una parte indivisa, o sea, que ninguno de ellos puede circunscribir su derecho a una parte de la cosa físicamente determinada, siendo titular de una cuota ideal o parte indivisa, expresada por una cifra, es decir, un medio, un cuarto, un tercio, de ahí que cada partícipe tiene el derecho de libre uso de la cosa común, con la condición de no darle un destino impropio ni de causar daño ni perturbación a la posesión de los demás; sin embargo, al ser los copropietarios partícipes, aun de la parte más pequeña del bien común, no puede restringirse a ninguno de ellos, salvo convenio en contrario, el derecho de usar la totalidad de la cosa, puesto que ambos tienen por igual derechos de copropiedad sobre todas sus partes. Si el copropietario tiene el derecho de reclamar la posesión del bien que le pertenece de otros detentadores o poseedores, entonces válidamente puede, ejercer la acción de terminación o rescisión de contrato de arrendamiento, aunque no hubiere intervenido en su celebración, si al intentarla lo hace con la finalidad de defender su copropiedad frente a quien la detenta o posee, por lo tanto, se considera que la actora puede demandar a la persona que ocupa el predio de su propiedad en calidad de arrendatario, la acción de rescisión del contrato respectivo, así como la entrega de las rentas que por su uso se han generado en su favor y que no hayan sido pagadas; y todas las acciones derivadas del arrendamiento del bien de su propiedad.

7

Nulidad absoluta. Concepto. El artículo 2226 del código civil, establece que la nulidad absoluta, es la sanción cuyo bien jurídico protegido es el interés de la sociedad, que se origina con el nacimiento del acto jurídico, porque va contra una disposición de la ley, la que no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad, en esta nulidad los actos no pueden convalidarse ni por prescripción, caducidad o confirmación, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada.

17

Prescripción negativa. Cuando no se tiene conocimiento de la cesión de créditos. Conforme a lo que establecen los artículos 1158 y 1159 del Código Civil para el Distrito Federal, la prescripción negativa se verifica por el solo transcurso del tiempo, siendo necesario para que opere, el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho a pedir su cumplimiento. En este sentido, si de las constancias que obran en el expediente, se advierte que a la parte actora, en su calidad de deudora, no se le notificó por la cesionaria dentro del término pactado para ello, la cesión de derechos

es procedente que la parte actora demandará la acción de prescripción negativa a la institución de crédito, con quien contrató, por no tener conocimiento la parte actora de la cesión de créditos.

33

TERCERA SALA DE LO FAMILIAR

Alimentos. Tratándose de los descendientes principio de proporcionalidad para el pago de. El que tiene la obligación de suministrarlos tiene a su vez, el derecho de recibirlas, como dispone el artículo 301 del código civil, es por ello que los hijos y demás descendientes están obligados a dar alimentos a sus padres o ascendientes en caso de que estos tengan necesidad de recibirlos; sin embargo, para hacer exigible esa obligación se debe probar el estado de necesidad. Asimismo, el principio de divisibilidad de los alimentos, esto es, que el débito alimentario debe dividirse entre todos los obligados que tengan las posibilidades de soportar la carga económica que representa. Esta división no es en partes iguales, ya que el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 311 del código civil, es aplicable tanto para uno como varios deudores alimentarios, pues el monto se repartirá entre los obligados, en proporción a sus recursos económicos procede si son dos o más hijos los que deben dar alimentos a sus padres, entonces la obligación será de todos, tomando en consideración las posibilidades económicas de cada uno de ellos y en caso de que algún deudor no estuviere en posibilidad de pagar la pensión por estar demostrado que esta insolvente, el monto puede repartirse entre los otros de forma proporcional y en el supuesto de que solo uno de ellos sea solvente éste debe cubrir la totalidad de la pensión.

49

Legitimación procesal del menor de edad que actúa en un juicio cuando adquiere la mayoría de edad. En el caso de un juicio en el que el menor adquiere los dieciocho años de edad, por lo que, ya dispone libremente de sus persona y de sus bienes, conforme a lo dispuesto por los artículos 646 y 647 del código civil, y por ello ha cesado la representación de sus progenitores derivada del ejercicio de la patria potestad, atento a lo dispuesto por el artículo 443 fracción III del código civil, en ese sentido, a fin de seguir manteniendo válido el juicio, en cuanto a la legitimación procesal de quién actúa, el juzgador, de oficio debe vigilar el momento en que el menor adquiere su mayoría de edad, notificándole personalmente del estado que guarda el juicio y se apersone a manifestar lo que a sus intereses convenga.

77

Pensión alimenticia. Para fijar su monto debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido al derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona denominada acreedor alimentista para exigir a otra, deudor alimentario, lo necesario para vivir, como consecuencia del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio o del concubinato, en el entendido de que la obligación da dar alimentos consiste en proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlas,

ya que la carga alimentaria debe tener una justa proporción y un sano equilibrio entre: la posibilidad y la necesidad, lo que obliga a enfrentar dos conceptos que entrañan dos situaciones distintas, pues la posibilidad contrae a la capacidad económica del que da los alimentos, y por otro la necesidad a las exigencias de tener determinados satisfactores para quienes los reciben. 85

Disolución del vínculo matrimonial bajo el régimen de separación de bienes. En el régimen de separación de bienes se da la propiedad exclusiva del cónyuge que adquirió el bien; la obligación del cónyuge que tenga el carácter de poseedor tendrá la obligación de desocupar el inmueble por haber terminado el acto jurídico causal de la posesión incluso puede ser condenado a ello, así como el derecho del propietario de recuperarla a través de la acción personal. 101

Régimen de visitas y convivencias. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo. El derecho de convivencia es un derecho fundamental de los niños a mantener contacto directo con ambos padres, tendente a proteger su interés superior; ello es así en virtud de que la convivencia de los menores con sus padres permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen; así, el desarrollo normal de un menor se produce en el entorno de éste y su armonía con la familia y grupo social al que pertenece, que le permite y otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con la percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; lo cual se logra alcanzar cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia y fundamentalmente la convivencia con los padres; y para garantizar dicha prerrogativa, los juzgadores se encuentran no sólo facultados sino obligados a tomar todas las medidas necesarias a fin de proteger ese máximo principio de convivir con ambos padres, en el entendido de que sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor. 121

Concubinato. Improcedencia de la liquidación de bienes. Si bien, el numeral 291 *Ter* del código civil establece que “todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia regirán al concubinato”, no implica la incorporación de regímenes patrimoniales que sólo se prevén dentro del matrimonio civil, en que las partes formulan capitulaciones matrimoniales y disponen la forma de administrar y constituir el régimen patrimonial que elijan. Por ende, la liquidación de bienes que se plantee con motivo de la terminación de un concubinato no procede conforme a cierto régimen patrimonial, atento a que las disposiciones relativas al matrimonio, con relación a la liquidación de dicho régimen, no pueden ser aplicables al concubinato, institución en la que no hay un régimen patrimonial reglamentado. De ahí que al concubinato no le son aplicables las normas del patrimonio correspondientes al matrimonio, si el legislador no lo estableció así expresa y formalmente. 153

NOVENA SALA PENAL EN FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA DEL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

Ingresos anteriores del imputado. Requisitos de procedibilidad en el procedimiento abreviado. Aun cuando el artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales no la incluya dentro de los requisitos de procedencia, es evidente que un procedimiento de carácter abreviado parte de la base de que exista certidumbre de que el imputado esté enterado de las consecuencias derivadas del mismo tal y como se infiere incluso de lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, por lo que la disposición del tercer párrafo del numeral 202 del propio código adjetivo nacional constituye un presupuesto que debe satisfacerse para la tramitación del procedimiento de que se trata, en tanto señala: Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos dolosos y hasta dos terceras partes de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le corresponda al delito por el cual acusa. De donde se desprende que es necesaria la información acerca del registro oficial sobre condenas anteriores del sujeto, para determinar las proporciones de disminución de la penalidad (como consecuencia inherente al procedimiento abreviado), ello con independencia de lo señalado por el Juez de Control acerca de que tal información también resulta indispensable para establecer la eventual procedencia o negativa de sustitutivos o beneficios penales en la sentencia correspondiente.

187

ÍNDICE GENERAL

Pág.

Materia Civil.....	5
Materia Familiar.....	47
Materia Penal.....	185
Estudios Jurídicos.....	207
Publicación Especial.....	231
Índice del Tomo 352.....	383
Índice de Sumarios.....	387

**Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
de la Ciudad de México**

*Mgdo. Dr. Álvaro Augusto Pérez Juárez
Presidente*

Consejeros de la Judicatura de la CDMX

Mtra. Ana Yadira Alarcón Márquez

Dr. Miguel Arroyo Ramírez

Mtra. Aurora Gómez Aguilar

Dr. Jorge Martínez Arreguín

Dra. Blanca Estela del Rosario Zamudio Valdés

Comité Editorial de la CDMX

*Mgdo. Dr. Álvaro Augusto Pérez Juárez
Presidente*

Vocales

*Dr. Jorge Martínez Arreguín
Consejero de la Judicatura*

*Dr. Juan Luis González A. Carrancá
Magistrado de la Cuarta Sala Familiar*

*Lic. Judith Cova Castillo
Magistrada por Ministerio de Ley, Octava Sala Civil*

*C.P. Israel Soberanis Nogueda
Oficial Mayor*

*Dra. María Elena Ramírez Sánchez
Directora General del Instituto de Estudios Judiciales*

*Lic. Raciel Garrido Maldonado
Director General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial*



1933 - 2018

X Época



2018,

*El poder Judicial de la Ciudad de México a la vanguardia
en los Juicios Orales*