

## BREVES COMENTARIOS SOBRE DERECHO FAMILIAR

Luis Norberto CACHO PÉREZ

"El primer vínculo de la sociedad es el matrimonio,  
el siguiente, los hijos, y después, la familia".

Cicerón<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Matrimonio*. III. *Autonomía del derecho familiar*. IV. *Filiación*. V. *Niño maltratado*. VI. *A manera de conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

(la familia es) "sin duda alguna... el más importante  
de cualquiera de los grupos que ofrece la experiencia humana"<sup>2</sup>

Cuando el Estado crea el derecho, capta valores medios, impone valores propios. El valor, considerado como un ente axiológico que tiene mayor jerarquía que otro, está presente y se subsume en la norma jurídica. Lo que el Estado hace, al crear el derecho, es atender a los valores medios existentes en la sociedad y asumirlos como propios, regulándolos y defendiéndolos. De esta forma, el Estado ha considerado que la familia, como forma primaria en las estructuras de las relaciones humanas y base de la organización social, amerita

<sup>1</sup> PUMAREGA, Manuel (recopilador y traductor), *Frases célebres de hombres célebres*, 38a. ed., México, Sayrols, 1988, p. 17.

<sup>2</sup> BIERSTEDT, Robert, *The Social Order*, Nueva York, McGraw-Hill, 1957, p. 341; citado por Ely CHINOY, *La sociedad. Una introducción a la sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 139.

su preservación y regulación. El derecho recoge el fenómeno natural de la familia y lo incorpora a sus normas jurídicas.

La familia es la organización humana por excelencia y constituye la base de la sociedad y de la integración de la personalidad de los individuos. La familia, integrada en su mínima y tradicional forma por la unión de un hombre y una mujer, es el origen de toda organización humana, cuya expresión más acabada y compleja es el Estado. No es posible entender al Estado, sin hacer referencia al grupo familiar y ver, en su base, al conjunto de familias que van a integrar la sociedad. La población, como elemento del Estado, se forma por individuos que, a su vez, se van a unir entre sí y a formar familias.

En el Código Civil para el Distrito Federal no aparece un concepto de familia. Sin embargo, en el artículo 138 Quintus se prevé que "las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato". De esta forma, la familia no sólo la integran la unión de un hombre y una mujer, por matrimonio o por concubinato, sino que también son núcleos familiares los formados sólo por el padre o la madre, con uno o varios hijos, los abuelos y sus nietos, y, en general, todos los que tengan algún vínculo de los señalados en el precepto mencionado. Por lo tanto, no podemos hablar de una familia cuando no existen esos lazos, como es el caso de las uniones de hecho formadas por miembros de un mismo sexo.

Aun cuando una persona se encuentre expósita o no tenga vínculos familiares, siempre existirá la posibilidad de que integre o se integre a una familia. Esos vínculos, que se dan en la familia, son los que van a estar regidos por el derecho familiar. Todos los individuos deben tener un nombre, un domicilio y un estado civil (como atributos de la personalidad en la persona física); en algún momento alcanzarán la mayoría de edad o deberán ser declarados incapaces; podrán o no contraer matrimonio, tendrán hijos, vivirán en concubinato; todo esto hace que se le aplique a toda persona física, de manera inevitable, el derecho familiar.

El nacimiento, el reconocimiento de hijos, la adopción, la tutela, la curatela, la emancipación, el matrimonio, el divorcio, el concubinato, la patria potestad, la filiación, la mayoría de edad, la declaración de ausencia, la presunción de muerte, el Registro Civil, el patrimonio de familia y la defunción son instituciones del derecho familiar.

Las relaciones familiares se dan entre las personas vinculadas por matrimonio, concubinato o parentesco, sea éste consanguíneo o por afinidad. Así, se van integrando las distintas instituciones que constituyen el objeto del derecho familiar o también llamado derecho de familia. En sus orígenes fue parte del derecho civil, pero actualmente puede afirmarse su carácter independiente, como rama autónoma de la ciencia jurídica. Su especialización y su importancia para el ser humano y para la sociedad, han originado que el derecho familiar sea conceptualizado de manera separada del derecho civil. Regido por principios generales distintos al derecho civil, no es lógica su sistematización dentro de éste. Mientras que en el civil impera el principio de la autonomía de la voluntad, en el derecho familiar sus disposiciones son de orden público y de interés social.

La importancia del derecho familiar es clara. Todos nosotros somos personas, protegidas y regulada nuestra existencia por el derecho. Los actos más íntimos y personales del ser humano, son el objeto de su regulación: el nacimiento, el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la mayoría de edad y, por último, la defunción, son los hechos y actos jurídicos, entre otros, más ligados a la persona. De todos ellos se ocupa el derecho familiar. Su regulación va más allá del interés privado, es de orden público y de interés social; sus criterios de interpretación y aplicación son distintos al civil; y las controversias del orden familiar son conflictos entre personas privadas, pero que interesan esencialmente al Estado.

Las funciones del derecho de familia son: en primer lugar, y tomando en cuenta que sin la familia se menoscaba la sociedad y con ésta al Estado, fortalecer y estrechar los vínculos familiares; mientras más fuerte sea la familia, más lo será la sociedad y el Estado. En segundo lugar, el derecho familiar debe garantizar la seguridad, permanencia, estabilidad y formalidad de las relaciones familiares. Y en tercer lugar, deberá dirigir, coordinar, disciplinar y corregir el complejo universo de la familia.

El derecho familiar se enfrenta, al iniciar el siglo XXI, a nuevas perspectivas, que implicarán su adecuación y cambio. Las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea y de la familia no deben ser ajenas al derecho, en general, y al familiar, en especial. La labor del jurista es estar atento a ese entorno, siempre cambiante, y proponer las modificaciones jurídicas necesarias. El estudio, el análisis y

la investigación deben atender a la solución de los conflictos y a la revisión de las situaciones que impliquen una respuesta y una regulación jurídicas. El fortalecimiento de la institución matrimonial; la sistematización del derecho de familia en un ordenamiento separado del Código Civil; la filiación y las nuevas tecnologías en materia genética; y la defensa y apoyo al niño maltratado; son algunos de los aspectos que repercuten en nuestro derecho familiar.

## II. MATRIMONIO

*"El marido y la esposa deben continuar unidos solamente mientras se amen. Toda ley que les obligue a cohabitar por un solo momento después de haber desaparecido su afecto constituye la más intolerable tiranía".*

P. B. Shelley<sup>3</sup>

El ritmo de vida de las sociedades modernas, la crisis de los valores tradicionales, el cambio de mentalidad sobre lo que constituye el orden social, el excesivo apego al materialismo con olvido de la parte espiritual del ser humano, y la evidente falta de responsabilidad y de compromiso ético hacia los demás, son algunos aspectos, entre tantos, que han motivado, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, una crítica, a veces una revaloración, pero siempre una discusión sobre lo que es y debe ser el matrimonio y la familia. Incluso, algunos consideran que la familia se extinguirá.<sup>4</sup>

Conceptualizado como contrato, como sacramento,<sup>5</sup> como compromiso social o como institución jurídica, al matrimonio se le puede ver desde múltiples puntos de vista.<sup>6</sup> Pero para efectos jurídicos, el "matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto,

<sup>3</sup> PUMAREGA, Manuel, *Frases célebres...*, op. cit., p. 19.

<sup>4</sup> Véase COOPER, David, *La muerte de la familia*, Barcelona, Ariel, 1985.

<sup>5</sup> Véase BRUNDAGE, James A., *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>6</sup> Véase MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *El matrimonio. Sacramento. Contrato. Institución*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada" (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal).

Es así, que esta institución, básica para la existencia misma de la sociedad, está en crisis desde hace años. Las parejas, o bien no llegan al matrimonio, o bien asumen otra clase de compromisos, como la unión libre, que sólo cumpliendo requisitos específicos adquiere consecuencias jurídicas, como es el caso del concubinato. O también ocurre que las parejas contraen matrimonio, pero concluirá en divorcio. Las consecuencias de estas situaciones son variadas: familias disfuncionales, hijos inmaduros y desorientados, hombres y mujeres afectados psicológicamente, y como efecto indirecto, una sociedad desarraigada, donde sus miembros cada vez más sienten que es innecesario y hasta prescindible, el vínculo familiar.

El derecho no puede permanecer impasible ante esto. Su función, en situaciones así, es prevenir la desintegración social, que será resultado del debilitamiento del matrimonio y de la familia. El derecho, como expresión del Estado, tiende a la permanencia. Su evolución se entiende con base en las situaciones nuevas, que antes no existían, y que deben regularse jurídicamente, pero siempre atendiendo a que el Estado no puede promover su propia destrucción. Es por eso, que no debe permanecer indiferente ante el fenómeno social de la crisis del matrimonio. Su menoscabo afecta a la familia, y como consecuencia, al ser ésta la base de la sociedad, afectaría, en última instancia, al Estado.

Gobiernos de países europeos, que se han visto afectados por la crisis de la familia, han tomado diversas medidas, para combatir sus resultados más palpables: la disminución de su población, el descenso de nacimientos, el cierre de escuelas por falta de alumnos y el crecimiento del sector de los ancianos (que requieren servicios y apoyos que deben financiarse de los impuestos del sector adulto). A manera de ejemplo, pueden citarse los casos de Rusia y España. En este primer país, donde la población disminuye cada año, el gobierno lo considera como "el problema más grave" que enfrentan y en mayo de 2006 anunció un plan para estimular económicamente la natalidad, apoyar a la familia y respaldar a las mujeres trabajadoras que deciden tener hijos.<sup>7</sup> Por lo que se refiere al caso español, en 1976, un año después de la muerte del general Francisco Franco

Bahamonde,<sup>8</sup> su natalidad era la segunda más alta de Europa; en la actualidad, España ocupa el penúltimo lugar europeo en fecundidad, sólo por delante de Italia. En 2005 España logró aumentar sus nacimientos, debido a la maternidad de las extranjeras, pero aun así su tasa de natalidad sigue siendo de las más bajas del mundo.<sup>9</sup>

Es cierto que nuestro país no ha llegado a una crisis demográfica, todo lo contrario en materia de población, pero este caso no es ni el único ni el principal resultado de la crisis del matrimonio. La falta de apego al cumplimiento de las obligaciones alimentarias, el adulterio, la violencia intrafamiliar, son cosas que se viven cotidianamente en la sociedad mexicana. Caso muy distinto a los de Europa, es el que ha ocurrido, desde siempre, en la República Popular China,<sup>10</sup> donde la sobrepoblación es un conflicto permanente, y donde se estableció como política de Estado combatirla, a través de medidas como haber aumentado la edad mínima para contraer matrimonio (que para los hombres pasó, en 1981, de 20 a 22 años y en la mujer aumentó de 18 a 20 años), y se estimula el casamiento y la procreación tardíos.<sup>11</sup>

Es por eso que resultan dudosas, reformas que, lejos de fortalecer al matrimonio, puedan debilitarlo y, en un futuro más o menos largo, inducir a terminar esta natural institución. La supresión del adulterio como delito (que se dio hace algunos años en el Distrito Federal); los matrimonios a prueba o a plazo determinado; los matrimonios donde

<sup>7</sup> "Encaran crisis demográfica", en periódico *Reforma*, de 11 de mayo de 2006, sección internacional, p. 1.

<sup>8</sup> Francisco Franco Bahamonde murió el 20 de noviembre de 1975. Además de general, fue Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, Generalísimo de los Ejércitos (según el nombramiento hecho por la Junta de Defensa Nacional, por Decreto firmado en Burgos el 29 de septiembre de 1936) y "Caudillo de España por la Gracia de Dios" (frase adjudicada a Esteban Bilbao, Ministro de Justicia en 1939). Véase PAYNE, Stanley G., *El franquismo. Primera parte. 1939-1950. La dura posguerra*, Madrid, Alianza, s.a.

<sup>9</sup> MÉNDEZ, Luis, "Mantiene una reducida tasa de natalidad. Ayudan migrantes a repoblar España. Alcanzan nacimientos el nivel más alto desde 1993 indica Informe", en periódico *Reforma*, del 24 de junio de 2006, sección internacional, p. 7.

<sup>10</sup> En la antigua China, el límite de hijos era de tres, y el cuarto hijo era arrojado a los animales salvajes. MARCOVICH K., Jaime (comp.), *Tengo derecho a la vida. Prevención e identificación del Síndrome del Niño Maltratado en México*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1981, p. 17.

<sup>11</sup> *Ley de Matrimonio de la República Popular China*, Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1983. La Ley fue aprobada el 10 de septiembre de 1980 en la III sesión de la Asamblea Popular Nacional, y entró en vigor el 1o. de enero de 1981.

se pacte o se acuerde por cualquier medio, la no procreación de hijos; la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo;<sup>12</sup> el fomento a las uniones libres y el concubinato; son algunos de los retos que deberá enfrentar y resolver el estudioso del derecho familiar.

### III. AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR

"...un sistema democrático y eminentemente liberal, como el que nos rige, tiene por base esencial la observancia estricta de la ley. Ni el capricho de un hombre solo, ni el interés de ciertas clases de la sociedad forman su esencia..."

Benito Juárez<sup>13</sup>

El derecho familiar, al emanar del derecho civil, está previsto y regulado en los códigos civiles. Es así que, en la mayoría de los estados de la República y en materia federal, el Código Civil contiene un Libro que regula "personas y familia". Nuestra legislación, heredera directa del derecho español y éste, a su vez, del Código Napoleón, ha conservado la estructura del Código de los franceses, donde la parte relativa a familia es integrante de la regulación civil. Específicamente, en derecho familiar se recibieron, de igual manera, influencias del derecho romano, a través de la codificación, y del derecho canónico.

Sin embargo, el derecho familiar tiene un carácter especial, distinto al resto del derecho civil, por lo que, desde hace tiempo, puede hablarse de que es una rama, dentro de la ciencia jurídica, separada del derecho civil. Los principios generales a los que se sujeta, la naturaleza de los bienes jurídicos que protege y de las instituciones que regula, y su propia esencia jurídica, donde impera el interés público y no la autonomía de la voluntad, han llevado al estudio y crítica independiente del derecho familiar.<sup>14</sup>

Las consecuencias de considerar al derecho familiar como una rama autónoma de la ciencia jurídica, son legislativas, jurisdiccionales,

<sup>12</sup> Véase el artículo periodístico de Patricia KELLY, "Las familias homosexuales son una realidad en el México del siglo XXI", en *El Universal*, del 11 de junio de 2006, sección G, p. 8.

<sup>13</sup> Citado por RODRÍGUEZ PRATS, Juan José, *La política del derecho en la crisis del sistema mexicano*. 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 18.

<sup>14</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, por ejemplo, niega el carácter autónomo del derecho familiar. Véase su obra *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, pp. 78 a 89.

científicas, didácticas y profesionales. Legislativas implica la existencia de un conjunto ordenado y sistemático de normas jurídicas, a través de una ley o un código, que regulen exclusivamente esta materia.<sup>15</sup> Jurisdiccionales consiste en la existencia de tribunales especializados en materia familiar, como ocurre en el Distrito Federal con los jueces de lo familiar (artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal), y en el Estado de México con los jueces de primera instancia de la materia familiar (artículo 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México); en estos casos se ha separado el conocimiento de los asuntos familiares, de la competencia de los juzgados civiles. Científicas se concretizan en la investigación y estudio sistemático del derecho familiar, separado del derecho civil o de cualquier otra rama. Didácticas es la enseñanza, por separado de otras ramas de la ciencia jurídica, en las universidades y escuelas de derecho. Profesionales es la existencia de profesionistas del derecho dedicados exclusivamente, o en gran medida, a la atención de asuntos familiares.

Se reafirma su existencia como rama del derecho, en la creación de legislaciones específicas, fuera del ámbito del derecho civil y, como consecuencia, fuera de los códigos civiles. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Familiar para el Estado de Hidalgo (publicado en el *Periódico Oficial* el 8 de diciembre de 1986) y el Código Familiar del Estado de Zacatecas (publicado en el *Periódico Oficial* el 10 de mayo de 1986). En este último ordenamiento aparece, en los Considerandos, el siguiente concepto: “el derecho de familia es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y disolución de esa sociedad primera”. Aquí cabe destacar que para la legislación de Zacatecas, la familia tiene personalidad jurídica, según se prevé en el artículo 3 del Código, de la siguiente forma: “La familia es una institución político-social, permanente, constituida por un conjunto de personas, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica”.

<sup>15</sup> Véase GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2004; y GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, Proyecto de Código de Procedimientos Familiares tipo para los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 2004.

La regulación de la familia ha estado prevista en los códigos civiles,<sup>16</sup> donde existen otras instituciones que no comparten la naturaleza de las instituciones propias de la familia. Los principios que se aplican a bienes, a obligaciones y a contratos, no son acordes con lo que se aplica en derecho de familia. Cuando se expide una nueva ley se busca regular lo no regulado o, en su caso, regular mejor lo ya regulado. La expedición de códigos familiares puede implicar una mejor sistematización, en un ordenamiento autónomo, de esta rama del derecho, evitando errores de interpretación y de aplicación para el caso concreto, toda vez que se rige, toda la materia familiar, por los mismos principios, sin que exista posibilidad de error por aplicar los propios de los contratos o de los bienes, por ejemplo. La expedición de un Código Familiar, de igual forma, significa el señalamiento claro de la naturaleza autónoma del derecho familiar, y permite agrupar en un solo ordenamiento que tenga, de manera exclusiva, como objeto esta materia, todas las disposiciones que debe regular y prever el derecho de familia.

Un antecedente en nuestro derecho, muy significativo por la separación que hizo de la legislación familiar de la civil, es la Ley de Relaciones Familiares,<sup>17</sup> expedida por Venustiano Carranza (Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión) el 12 de abril de 1917 y publicada, de manera fracciona-

<sup>16</sup> El Código Civil de 1870 puede verse en “Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California”, en DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana ó Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial. Tomo XI*, México, Imprenta del Comercio, de Dublán y Chávez, a cargo de M. Lara (hijo), 1879, pp. 201-449.

El Código Civil de 1884 puede consultarse en “Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California”, en DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana ó Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República. Edición Oficial. Tomo XV*, México, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublán y Comp., 1886, pp. 317-570.

Como edición oficial del Código Civil de 1928 existe la siguiente: *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal*, México, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, 1928.

<sup>17</sup> PALLARES, Eduardo, *Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales. Edición anotada y concordada con la legislatura vigente y la nueva Ley sobre Relaciones Familiares*, México, Herrero Hermanos, 1923.

da, entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917.<sup>18</sup> Esta Ley separó la normatividad aplicable a la familia de la propia del derecho civil. Las principales características de este ordenamiento pueden resumirse en:

- a) Derogó los capítulos respectivos del Código Civil de 1884, como son matrimonio, paternidad y filiación, patria potestad, régimen patrimonial del matrimonio y ausencia, entre otros.
- b) Confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación, de manera que el matrimonio pudiera disolverse por completo, y no fuera una simple separación de los cónyuges, como ocurría conforme a lo previsto en la legislación civil de 1884, hasta el Decreto de Carranza de 1914.
- c) Se igualó, dentro del matrimonio, al hombre y a la mujer, y se suprimió la potestad marital; se alcanzó una mayor igualdad entre los cónyuges, disminuyendo la potestad marital, aunque reconociendo diferentes funciones de cada uno. La incapacidad jurídica de la esposa prevista en los códigos anteriores, el deber de obediencia al marido, así como la función del marido como representante legítimo de su mujer y administrador de todos los bienes del matrimonio, queda superado. Se da una relación entre iguales. Sin embargo, se mantiene una disposición protectora de la mujer, al prohibírsele contratar con su marido, respecto de bienes raíces o derechos reales, o ser fiador de él; y existe determinada primacía del marido, toda vez que le corresponde fijar el domicilio conyugal, aunque con limitaciones, y dar licencia o permiso a la mujer para que pueda emplearse en servicio de otra persona, ejercer una profesión o establecer un comercio.
- d) Desapareció la distinción entre hijos naturales y los hijos espurios, o sea, los adulterinos y los incestuosos.
- e) Se creó la adopción.
- f) Se sustituyó el régimen de gananciales, por el régimen de separación de bienes, modificando el régimen patrimonial de los cón-

<sup>18</sup> Este dato y las menciones de la Exposición de Motivos de la Ley de Relaciones Familiares, están tomados de ADAME GODDARD, Jorge, *El matrimonio civil en México*, UNAM.

- yuges y de los bienes comunes. El Código de 1884 seguía un régimen preferencial de los bienes en el matrimonio, al establecer el de la sociedad legal de gananciales, conforme al cual todos los bienes que adquieran los esposos durante el matrimonio formaban un fondo común que se repartiría entre ellos. En la Exposición de Motivos de la Ley se dice que la indisolubilidad del vínculo matrimonial generaba una comunidad permanente de intereses, la cual hacía necesaria la sociedad legal de gananciales, pero una vez admitido el divorcio vincular, es necesario que el Estado intervenga para evitar los abusos de quienes quisieran aprovecharse de los bienes de la mujer, de cuyas ganancias disfrutarían por mitad según el régimen de sociedad legal, para luego abandonarla a su mujer.
- g) Se concibió que la patria potestad tiene como función la protección y cuidado de los hijos y no el poder del padre sobre ellos.
- h) Se ratificó la naturaleza jurídica del matrimonio como un contrato civil, conforme a lo señalado en el Decreto de Venustiano Carranza del 29 de enero de 1915,<sup>19</sup> nuevo concepto de matrimonio de carácter contractualista y disoluble. El artículo 13 de la Ley estableció que el matrimonio es el “contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. El matrimonio se contraía, según lo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley, siempre como unión definitiva, pero era necesario determinar los casos excepcionales en que podía liberarse a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos toda la vida.

Antes de 1914, el divorcio significaba sólo separación de los cónyuges. El texto original del artículo 226 del Código Civil de 1884 señalaba que “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles” (que el propio Cód-

<sup>19</sup> *Infra* nota 21. En el artículo 22 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, se previó que el matrimonio es un “contrato civil”, aunque el Código Civil de 1884 lo conceptúa como una “sociedad legítima”.

go preveía). Es con el Decreto de Venustiano Carranza del 29 de diciembre de 1914,<sup>20</sup> que reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873, donde aparece el divorcio en su concepto de separación definitiva y como acto que deja a los antiguos cónyuges en libertad para contraer un nuevo matrimonio. El Decreto de 1914 estableció el divorcio vincular del matrimonio, por mutuo y libre consentimiento cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges podían contraer una nueva unión legítima.

Mediante otro Decreto de Carranza, de fecha 29 de enero de 1915,<sup>21</sup> se reformaron diversos artículos del Código Civil de 1884, en materia de matrimonio y de divorcio. Se reforma el artículo 155 del referido Código para establecer que “el matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en sociedad legítima para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. El texto original de este precepto decía que “el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse á llevar el peso de la vida”.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Publicado en el núm. 4 de *El Constitucionalista*, el 2 de enero de 1915, en el puerto de Veracruz.

PALLARES, Eduardo, *Leyes complementarias del Código Civil*, México, Herrero Hermanos, 1920, pp. 412-416.

Codificación de los Decretos del C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, México, Gobierno Provisional de la República Mexicana, Imprenta de la Secretaría de Gobernación, 1915, pp. 147-150.

<sup>21</sup> Publicado en el núm. 8 de *El Constitucionalista*, el 12 de febrero de 1915, en el puerto de Veracruz. Codificación de los Decretos del C. Venustiano Carranza..., *op. cit.*, pp. 168-181.

<sup>22</sup> Una crítica sobre los Decretos de Venustiano Carranza en materia de divorcio y sobre la Ley de Relaciones Familiares, puede verse en SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1991; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *El divorcio opcional*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999; y MACEDO,

Por Circular de fecha 24 de noviembre de 1915,<sup>23</sup> igualmente expedida por Venustiano Carranza, se estableció que en el divorcio por consentimiento de los cónyuges, el juez debería cerciorarse de la espontaneidad de la voluntad del cónyuge vacilante.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Relaciones Familiares se afirma que el objeto de ésta es organizar la familia “sobre bases más racionales y justas” que las que hasta entonces había tenido. Se hace una crítica “de las viejas ideas romanas conservadas en el derecho canónico”, afirmando que el Paterfamilias romano tenía un poder absoluto sobre sus hijos y sobre la mujer y que “el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia pues el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el derecho romano”.

Se sigue diciendo en la Exposición de Motivos que el cristianismo reforzó el poder absoluto del marido sobre la mujer “pues al comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, dio tanto poder a aquél, que los mismos teólogos llegarían a sostener que, al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro era el contrayente”.

La Exposición de Motivos también critica la legislación liberal por no haber llegado a las consecuencias que debía al haber establecido la idea del matrimonio como contrato y, en cambio, haber aceptado “la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo conyugal”. Afirma que siendo los “objetos esenciales” del matrimonio la procreación y la ayuda mutua, “no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos, puede ser contraria a los fines de las nupcias”, y que además el matrimonio indisoluble era opuesto al artículo 5 constitucional que desconocía cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida o menoscabo de la libertad, y la mujer al casarse con el marido perdía su libertad pues no podía contratar sin la autorización del marido.

Pablo, “Derecho civil”, en *Evolución del derecho mexicano (1912-1942)*. Tomo II, México, Jus, 1943, pp. 61-110. Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Serie B, vol. VI.

<sup>23</sup> Publicada en el núm. 24 de *El Constitucionalista*, el 3 de diciembre de 1915, en la ciudad de México. PALLARES, Eduardo, *Leyes complementarias del Código Civil*, México, Herrero Hermanos, 1920, pp. 424-426.

Se sigue diciendo en la Exposición de Motivos que las reformas políticas y sociales llevadas a cabo por la Revolución “no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familias”; una vez aceptado el divorcio vincular, es necesario “adaptar al nuevo estado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela”; y “las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares”.

En derecho extranjero encontramos, sólo a manera de ejemplo, el del Código de familia, de la República de Cuba,<sup>24</sup> expedido mediante Ley número 1289, de 14 de febrero de 1975, y publicado en la *Gaceta Oficial* el 15 del mismo mes y año. Su expedición deroga las previsiones existentes, en la materia de familia, en el Código Civil. Como en los propios transitorios del Código de Familia se prevé, quedan sin efecto las regulaciones del Código Civil respecto a matrimonio, paternidad y filiación, alimentos entre parientes, patria potestad, tutela, consejo de familia, derechos hereditarios de los hijos ilegítimos, parentesco, herencia de los hijos naturales reconocidos, donaciones por razón de matrimonio, dote, bienes parafernales, sociedad de gananciales, separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio, y prescripción de la acción para reclamar el pago de pensiones alimenticias. De igual forma, se derogan otras disposiciones que, aun cuando son distintas al Código Civil, abordan aspectos sobre la familia. Esto se hizo, con el propósito evidente de agrupar en un solo ordenamiento toda la regulación en materia familiar. Entre las leyes, decretos presidenciales y decretos-ley que se derogaron están las referidas a: mayoría de edad y emancipación de hijos, bienes parafernales, Reglamento del Registro Nacional de Capitulaciones Matrimoniales, régimen legal del matrimonio, régimen legal del divorcio, disolución del vínculo matrimonial en divorcios promovidos al amparo del Có-

<sup>24</sup> Código de Familia. Ley num. 1289 de 14 de febrero de 1975. *Gaceta Oficial* de 15 de febrero de 1975. s.l., Ministerio de Justicia, 1975.

digo Civil, representación de los menores por el Ministerio Fiscal al solo efecto de completar la capacidad civil, equiparación civil de la mujer, y actos del Registro del Estado Civil.

#### IV. FILIACIÓN

“Dichoso aquel que se siente dichoso con sus hijos”.

Thomas Fuller<sup>25</sup>

La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia (artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal). Las reglas en esta materia son claras, y están previstas, en el Distrito Federal, en los artículos 324 a 353 Quater del ordenamiento mencionado. Sin embargo, el desarrollo de la ciencia dará origen a nuevas situaciones jurídicas, que deberán atenderse de manera eficaz, a efecto de evitar conflictos, lagunas de la ley y errores de interpretación. Es cierto que en este momento, ante una situación jurídica que se le presente, el juzgador deberá resolver, como se señala en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Pero precisamente aquí es donde se justifica la labor del jurista, en señalar las nuevas situaciones en el mundo real que ameritan una regulación jurídica, que no sea meramente especulativa, y en proponer las soluciones que convendría adoptar ante los conflictos que, en su momento, se presenten.

Los principales avances científicos y tecnológicos en materia de procreación, fertilidad y fecundación,<sup>26</sup> en la actualidad y, en algunos casos como la ectogénesis y la clonación, a mediano plazo, y que

<sup>25</sup> PUMAREGA, Manuel, *op. cit.*, p. 25.

<sup>26</sup> En este apartado hemos seguido los conceptos de HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.

repercuten o repercutirán en materia de filiación, por lo que ameritan una regulación específica en derecho familiar, son:<sup>27</sup>

### 1. Inseminación artificial

La fertilización del óvulo por el espermatozoide se realiza dentro del cuerpo de la mujer<sup>28</sup> (la inyección del espermatozoide en el interior del ovulo es denominada “inyección intracitoplasmática del espermatozoide”),<sup>29</sup> y puede consistir en homóloga o en heteróloga. Es homóloga cuando se utiliza semen de la pareja de la mujer inseminada, en el caso de que “el varón esté imposibilitado para depositar” de forma natural “sus células germinales en el tracto reproductivo de su mujer”.<sup>30</sup> Aquí puede darse la inseminación *post mortem*, cuando la mujer utiliza el semen conservado del esposo después de muerto éste; esto implica el congelamiento de células germinales masculinas para su uso posterior y el embarazo con semen, del marido, depositado en un congelador.

La inseminación heteróloga implica que se utilizan “gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el hombre no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas”.<sup>31</sup> De esta forma, la mujer se embaraza con semen de otro hombre distinto del esposo, pero con el consentimiento de éste. Cuando los gametos masculinos y femeninos se llevan a la Trompa de Falopio para facilitar la fecundación, se conoce como “transporte intratubario de gametos”.<sup>32</sup>

### 2. Fecundación *in vitro*

Es “la fertilización de un óvulo por el espermatozoide, en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resul-

<sup>27</sup> Debo a mi joven colega Claudia Paola Morales Linares la información sobre diversos aspectos técnicos de la genética. Véase MORALES LINARES, Claudia Paola, *Análisis jurídico de la manipulación genética. Artículo 154 fracción I del Código Penal para el Distrito Federal*, México, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, UNAM, Facultad de Derecho, 2005.

<sup>28</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 32.

<sup>29</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 31.

<sup>30</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 17.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 31.

tante en el útero de la mujer para su gestación”.<sup>33</sup> Puede implicar transferencia de embrión,<sup>34</sup> mediante: “donación de óvulos de una mujer fértil a una estéril, para ser fecundados con semen de su pareja; donación de embriones entre parejas; embarazo de una mujer por cuenta de otra”<sup>35</sup> (conocido como maternidad subrogada o madres nodrizas). Los embriones resultantes de una fecundación *in vitro*, pueden congelarse o conservarse sin ser implantados en el útero de la mujer.<sup>36</sup>

El 25 de julio de 1978 nació, en Inglaterra, la primera niña de probeta, hija de Lesley Brown y de su marido, pesando 2 kilos y 600 gramos. El Dr. Patrice Steptoe, ginecólogo, y el Dr. Robert Edwards tardaron 12 años en desarrollar la técnica que permitió este nacimiento. La también conocida concepción *in vitro* o concepción fuera del cuerpo humano, se efectuó, en esa primera ocasión, insertando quirúrgicamente en el cuerpo de la madre, cuatro días después de la fertilización, las células fertilizadas, las cuales reaccionaron de la misma manera que un óvulo fecundado allí.<sup>37</sup>

De la fecundación *in vitro* se derivan la reproducción partenogénica, consistente en la reproducción de las especies sin el concurso de los sexos; y la partogénesis artificial, que es el desarrollo del óvulo no fecundado por medios físico-químicos.

### 3. Clonación<sup>38</sup>

Es la reproducción de un individuo utilizando una célula de su cuerpo; reproducción asexual, sin intervención de gametos o células germinales, prescindiendo además de la unión sexual de la pareja

<sup>33</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 32.

<sup>34</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, “La adopción de embriones humanos”, en *El Mundo del Abogado*, México, Editorial Revista El Abogado, año 9, núm. 87, julio de 2006, pp. 16-19.

<sup>35</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 32.

<sup>36</sup> MORALES ACHE, Pedro Isabel, “El estatus jurídico del embrión en México”, en *Nexos*, México, año 28, vol. XXVIII, núm. 343, julio de 2006, pp. 41-44.

<sup>37</sup> CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *El drama penal*, México, Porrúa, 1982, pp. 296-297.

<sup>38</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 74. Cfr. LISKER, Rubén y TAPIA, Ricardo, “Clonación y células troncales”, en *Nexos*, año 28, vol. XXVIII, núm. 343, julio de 2006, pp. 29-33.

como función procreadora; "concepción ágama", donde "los cromosomas para integrar al clone no son aportados por ambos progenitores", bastando "la aportación de uno de ellos y un óvulo desnuclearizado"; "procedimiento para duplicar un organismo utilizando el núcleo de una célula del cuerpo por reproducir, no célula sexual, ni óvulo ni espermatozoide, y un óvulo femenino desnuclearizado, es decir, desprovisto de su núcleo donde residen los cromosomas, para integrar un embrión que al desarrollarse será un individuo idéntico genéticamente al del que provino el núcleo utilizado".<sup>39</sup> Conocido como Somatic cell nuclear transfer (SNT, por sus siglas en inglés). Los métodos de clonación son:<sup>40</sup>

- Autorreproducción. Se extrae el núcleo del individuo que se clonará y se implanta en un ovulo fecundado que no tenga núcleo. Con esto se duplica la información y se forma un embrión, de donde nacerá otro individuo con el mismo código genético.
- Fusión embrional. Se crean en laboratorio gemelos univitelinos por medio de un embrión y se selecciona para producir seres iguales.
- Clonación partenogénica. Se activa el núcleo de un ovulo, para que se reproduzca sin el espermatozoide.

#### 4. Ectogénesis

Es la concepción y gestación, hasta su nacimiento, de seres humanos en el laboratorio, sin utilizar el cuerpo femenino; gestación de un ser humano en aparatos mecánicos.<sup>41</sup>

#### 5. Genoterapia

En proceso de experimentación, consiste en la "manipulación del embrión con la finalidad de cambiar la herencia genética recibida".<sup>42</sup>

<sup>39</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 74.

<sup>40</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 46.

<sup>41</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, *op. cit.*, p. 33.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 74.

#### 6. Partenogénesis<sup>43</sup>

Proceso reproductivo que se realiza mediante la estimulación del desarrollo de un ovulo por medios térmicos, físicos, químicos, mecánicos o tratamientos enzimáticos sin que sea fecundado por un espermatozoide.

#### V. NIÑO MALTRATADO

"Había dos niños para quienes el olor del desinfectante en los azulejos era el olor del odio. Para Gerry Thompson era también el olor del hambre y la soledad. El desinfectante sazonaba la comida, entraba en el sueño, en el hambre, el frío, el miedo, en todos los componentes del odio. Sólo el odio iluminaba el mundo, sólo él era la verdad. Un hombre se abraza fuertemente a la verdad, especialmente cuando no conoce más que una, especialmente cuando tiene seis años. Y, a los seis años, Gerry era verdaderamente un hombre. Por lo menos apreciaba, como un hombre maduro, ese placer gris que nace de la simple ausencia del dolor. Tenía una paciencia implacable, como sólo se la encuentra entre los hombres de acción, derrotados en apariencia, hasta que llega el momento de decidir. No se entiende comúnmente que para un niño de seis años, como para cualquier otra persona, la senda de la memoria recorre toda una vida de pormenores e incidentes. Las dificultades, las desilusiones, las enfermedades que había tenido Gerry, hubieran bastado para convertir en hombre a cualquiera. A los seis años ya lo parecía. En ese entonces comenzó a resignarse, a ser obediente y a esperar. El rostro menudo y cubierto de cicatrices se transformó simplemente en otro rostro, y ya no volvió a quejarse. Vivió así dos años hasta que por último se decidió".<sup>44</sup>

En esta larga cita se aprecia, con una claridad lapidaria, la desesperación que vive un niño maltratado. Pequeños guerreros que a la temprana edad de 5 o 6 años, han vivido sus propias guerras, sin salir de sus casas y sin alejarse de sus familias. Los enemigos no están afuera, los enemigos están en el seno del hogar. El drama del niño maltratado es una de las mayores tragedias que, todos los días, en miles y

<sup>43</sup> MORALES LINARES, Claudia Paola, *op. cit.*, p. 34.

<sup>44</sup> STURGEON, Theodore, *Más que humano*, México, Minotauro, 1992, p. 38.

miles de hogares, se vive. Es difícil, para él que no lo ha experimentado en carne propia, comprender, por completo, la desesperación, la rabia, el odio, la desilusión y el dolor que se sufre con el maltrato en el hogar.

Los seres que, en un orden lógico y acorde con la naturaleza, deberían ser los mayores protectores y cuidadores del niño, se convierten en sus verdugos y transforman su existencia y su niñez, en el infierno en la Tierra. Uno o ambos padres, hermanos, tíos, abuelos, otros adultos ligados a la familia son los que, con su maltrato, dañan y afectan al niño de manera irreversible. Un aspecto muy explorado y que para algunos no deja de causar asombro, es el que se vive todos los días, y a veces a lo largo de años, en las casas de muchas familias: la familia maltrata, golpea, desprecia, tortura, humilla y, en ocasiones, asesina al niño.

Cuando el niño maltratado no encuentra rescate y apoyo en su círculo familiar y social. Cuando sus gritos de dolor no alcanzan a ser escuchados por nadie y cuando sus lágrimas se secan en vano, esperando justicia, sólo puede esperar auxilio del derecho. Es aquí, en situaciones familiares como ésta, donde más se aprecia la función y la razón de ser del derecho.

En 1874, en la ciudad de Nueva York, la niña Mary Ellen, de 4 años de edad, sufría frecuentes golpes y maltratos a manos de sus padres. Los vecinos presentaron su caso ante los tribunales, pero ninguna acción legal fue llevada a cabo, puesto que el abuso a los niños no era considerado delictuoso en esa época. Entonces, el caso se presentó nuevamente a los tribunales, pero ahora respaldado por la Sociedad Protectora de Animales, suponiendo que la niña pertenecía a esta escala zoológica. En esta ocasión los argumentos fueron válidos y se castigaron a los responsables.<sup>45</sup>

En 1961, el Dr. C. H. Kempe, quien fuera director del Instituto Nacional del Niño Golpeado, con sede en Denver, Colorado, propuso en un Simposio de la Academia Americana de Pediatría, el término de "Síndrome del Niño Golpeado" (Battered Child Síndrome),

<sup>45</sup> MARCOVICH K., Jaime (comp.), *Tengo derecho a la vida. Prevención e identificación del Síndrome del Niño Maltratado en México*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1981, p. 18.

para connotar la agresión física hacia el menor, por parte de los padres o de los adultos encargados de su cuidado.<sup>46</sup> En 1962, el mismo Dr. C. H. Kempe publicó un artículo donde concibe el concepto de Síndrome de Niño Maltratado,<sup>47</sup> definiéndolo como "el uso de la fuerza física en forma intencional, no accidental, dirigido a herir, lesionar o destruir a un niño, ejercido por parte de un padre o de otra persona responsable del cuidado del menor".<sup>48</sup>

R. G. Birrel y J. H. Birrel en 1968 publican, en la revista médica *The medical Journal of Australia*, el artículo denominado "The maltreatment Síndrome of Child a Hospital Survey", donde definen al Síndrome del Niño Maltratado como el maltrato físico y privación de alimento, de cuidados y de afecto, con circunstancias que implican que esos maltratamientos y privaciones no resultan accidentales.<sup>49</sup>

A pesar de las opiniones de Kempe y los Birrel, debe distinguirse entre Síndrome del niño maltratado y el niño maltratado como tal. El Síndrome es el conjunto de síntomas que tiene un menor expuesto a la violencia, mientras que el niño maltratado es el menor expuesto a dicha violencia.

Es así, que los menores maltratados "son los menores de edad que enfrentan, sufren, ocasional o habitualmente, actos de violencia física, emocional, o ambas, ejecutadas por omisión o acción, pero siempre en forma intencional, no accidental, por padres, tutores o personas responsables de éstos".<sup>50</sup> De igual manera, el niño maltratado es la "persona humana que se encuentra en el periodo de la vida comprendido entre el nacimiento y el principio de la pubertad, objeto de acciones u omisiones intencionales que producen lesiones físicas o mentales, muerte o cualquier otro daño personal, provenientes de sujetos que, por cualquier motivo, tengan relación con ella".<sup>51</sup> "Sínd-

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>47</sup> *Anales Nestle*, fascículo 114, México, p. 22; citado por OSORIO Y NIETO, César Augusto, *op. cit.*, p. 12.

<sup>48</sup> MARCOVICH, Jaime, *El maltrato a los hijos*, México, Edicol, 1978, p. 18; citado por OSORIO Y NIETO, César Augusto, *op. cit.*, p. 12.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> MANTEROLA MARTÍNEZ, Alejandro, "Problemática jurídica del menor maltratado", en *Revista del Menor y la Familia*, año 2, núm. 2, primer semestre de 1992, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), p. 59.

<sup>51</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto, *El niño maltratado*, México, Trillas, 1981, p. 12.

drome es reunión de un grupo de síntomas que simultáneamente se repiten en cierto número de enfermedades".<sup>52</sup>

El derecho familiar es omiso, en gran medida, en prevenir las conductas y omisiones que llevan al maltrato hacia nuestros niños. Es cierto que en los códigos penales se tipifica expresamente la violencia familiar o, en el peor de los casos, sólo las lesiones y el homicidio, de manera general.<sup>53</sup> Sin embargo, no debe esperarse a que exista un delito para que el derecho actúe. Ningún favor se le hará al niño, cuando las personas que lo maltrataron son sujetos de la justicia penal, puesto que él hubiera preferido que esos delitos cometidos en su contra nunca se hubieran dado. La prohibición implícita en el tipo no es suficiente para desanimar al delincuente, puesto que es bien sabido, en las ciencias penales y criminológicas, que el sujeto activo siempre espera escapar a su castigo.

Por otro lado, existen diversas disposiciones jurídicas, como la "Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", la "Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal", y la "Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar", la cual tiene por objeto, esta última, establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal. Pero estas disposiciones no son suficientes y escapan, por su propia naturaleza administrativa, al ámbito primario y esencial donde se regulan las relaciones familiares, que es el derecho de familia.

Hay, en el Código Civil para el Distrito Federal, una mínima referencia a la violencia familiar (artículos 323 bis, 323 ter, 323 quater, 323 quintus y 323 sextus), y en el Código Civil Federal (artículos 323 bis y 323 ter), que son insuficientes. Es necesario legislar la manera de prevenir la violencia al niño, en el Código Civil, señalando no sólo aspectos preventivos desde el punto de vista del derecho familiar, sino todas las obligaciones a cargo de los padres, tutores, o quienes ejerzan la patria potestad y, en general, de cualquier adulto

<sup>52</sup> GARNIER, M. *et al.*, *Diccionario de los términos técnicos usuales en medicina*, Madrid, Bailly Billiere, 1933, p. 816; citado por OSORIO Y NIETO, César Augusto, *op. cit.*, p. 12.

<sup>53</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La familia en el derecho penal*. México, Porrúa, 2006.

que en el seno familiar tenga contacto con el niño, para que éste se encuentre debidamente protegido y en condiciones de desarrollarse con plenitud.

Conforme a lo previsto en el artículo 323 Quater del Código Civil para el Distrito Federal, la "violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones". De igual forma, según lo previsto en el artículo 323 quintus del referido ordenamiento, también se considera violencia familiar la conducta descrita en el citado artículo 323 quater llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma causa.

En el artículo 323 ter del Código Civil Federal se prevé que por "violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato".

La violencia familiar, entendida como delito, está prevista en el artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal,<sup>54</sup> donde se señalan las penas que se aplicarán al cónyuge, concubina o concubinario, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, al pariente colateral consanguíneo o afin hasta el cuarto grado, al adoptante o adoptado, que maltrate física o psicoemocionalmente a un miembro de la familia. Maltrato físico es todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna

<sup>54</sup> La denominación anterior de este ordenamiento era "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal", pero por reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal, el 9 de junio de 2006, pasó a ser "Código Penal para el Distrito Federal".

parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro. Maltrato psicoemocional son los actos u omisiones repetitivos cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, actitudes devaluatorias que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a alguna o todas las áreas que integran la estructura psíquica. Miembro de la familia es la persona que se encuentra unida por una relación de matrimonio, concubinato, o por un lazo de parentesco consanguíneo, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, o parentesco colateral o afín hasta el cuarto grado, así como por parentesco civil. Según lo señalado en el artículo 201 del mencionado Código Penal para el Distrito Federal, se equipara a la violencia familiar el realizar cualquiera de los actos u omisiones señalados en el artículo 200 del citado Código, en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, protección o cuidado, o tenga el cargo de tutor o curador sobre la persona, o de aquellas personas que no reúnen los requisitos para considerarse como concubinato, siempre y cuando hagan vida en común.

Por lo que se refiere a la materia federal, en el artículo 343 bis del Código Penal Federal se considera a la violencia familiar como el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones. La violencia familiar la puede cometer el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado que habite en la misma casa de la víctima. Conforme a lo previsto en el artículo 343 ter del mencionado ordenamiento, se equipara a la violencia familiar el realizar cualquiera de los actos mencionados en el artículo 343 bis en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera de matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa.

Respecto de la legislación estatal, podemos mencionar como ejemplo al Código Civil del Estado de México, el cual regula la protec-

ción contra la violencia familiar, en sus artículos 4.396, 4.397, 4.398, 4.399, 4.400, 4.401 y 4.402. En dichos preceptos se prevé la denuncia por violencia familiar, concepto de grupo familiar para estos efectos, obligación de denunciar la violencia sobre menores o incapaces, el auxilio de peritos para determinar daños físicos y psíquicos, la adopción de medidas cautelares, la celebración de una audiencia de avenencia y la asistencia a las víctimas. Respecto de la materia penal, en el artículo 218 del Código Penal del Estado de México se tipifica el delito de maltrato familiar, señalando las penas que se impondrán al integrante de un núcleo familiar que haga de la violencia física o moral, en contra de otro integrante de ese núcleo que afecte o ponga en peligro su integridad física, psíquica o ambas. Por núcleo familiar se entiende, conforme a lo previsto en el mismo precepto, el lugar donde habitan o concurren familiares o personas con relaciones de familiaridad en intimidad, o el vínculo de mutua consideración y apoyo que existe entre las personas con base en la filiación o convivencia fraterna.

En el artículo 3 de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar<sup>55</sup> se establecen los siguientes conceptos:

- a) Generadores de violencia familiar: quienes realizan actos de maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual hacia las personas con la que tengan o hayan tenido algún vínculo familiar.
- b) Receptores de violencia familiar: los grupos o individuos que sufren el maltrato físico, verbal, psicoemocional o sexual en su esfera biopsicossexual.
- c) Violencia familiar:<sup>56</sup> aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente, o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil, matri-

<sup>55</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 8 de julio de 1996, y en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de julio de 1996; reformada según publicación hecha en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 2 de julio de 1998.

<sup>56</sup> El texto original de la Ley hacía referencia a "violencia intrafamiliar", pero por la reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 2 de julio de 1998, se modificó este concepto y pasó a ser "violencia familiar".

monio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:

- 1) Maltrato físico: todo acto de agresión intencional, en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control.
- 2) Maltrato psicoemocional: patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad.
- 3) Maltrato sexual: patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño.

En el artículo 3 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal,<sup>57</sup> se señala que maltrato físico es todo acto de agresión que cause a la integridad física de las niñas y niños; y maltrato psicoemocional son los actos u omisiones cuyas formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido, devaluatorias o de abandono que provoquen en la niña o niño daño en cualquiera de sus esferas cognoscitiva, conductual, afectiva y social.

En la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,<sup>58</sup> se prevé en el artículo 3, como uno de los principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, el de tener una vida libre de violencia; y como una de las obligaciones de las madres, padres y de todas las personas que tengan a su

<sup>57</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 31 de enero de 2000; reformada por publicación hecha en la misma *Gaceta* el 9 de junio de 2006.

<sup>58</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

cuidado niñas, niños y adolescentes, el protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación.

La violencia familiar es distinta del niño maltratado. Hemos visto que la violencia familiar, o intrafamiliar como era el concepto anterior,<sup>59</sup> sólo puede ejercerse entre personas ligadas por lazos familiares, pero el niño maltratado puede sufrir la agresión no sólo de familiares, sino de tutores, maestros, amigos de la familia, entrenadores deportivos o por cualquier tercero extraño al núcleo familiar, incluyendo otros menores.

En el niño maltratado puede verse el origen de la delincuencia, el alcoholismo, la drogadicción,<sup>60</sup> la depresión, los niños de la calle, la deserción escolar. El menor que sufre la clase de abusos que hemos comentado necesita encontrar una salida a su miedo, odio y frustración, y muchas veces esa salida lo son las conductas antisociales referidas.

Es cierto que la violencia familiar puede recaer en cualquier miembro de la familia. Un gran porcentaje de los pasivos en esta clase de violencia lo son las esposas y los ancianos. Pero nos ha parecido necesario hacer énfasis en la violencia que se ejerce contra el menor, por parecernos la más grave, toda vez que el menor es una persona en desarrollo, y lo que viva en estas etapas de la vida, marcará el resto de la vida y su actuar en la sociedad, mientras que los cónyuges y ancianos son adultos, que lógicamente han superado la niñez, y su

<sup>59</sup> Véase *supra* nota 56.

<sup>60</sup> En materia de drogadicción, narcotráfico y despenalización puede consultarse: CABBALLERO, Francis, *El derecho de la droga. La teoría del comercio pasivo de la droga*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1996; CÁCERES, Baldomero, GAGLIANO, Joseph A., BURCHARD, Roderick E. et al., *La coca andina. Visión indígena de una planta satanizada*, México, Juan Bolfo i Climent, Instituto Indigenista Interamericano, 1986; ESCOHOTADO, Antonio, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995; FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, VOLLMANN, William T., NADELMANN, Ethan et al., *La trama negra. De las redes del narcotráfico a la despenalización de la droga*, México, Rayuela, 1994; SAVATER, Fernando, BURROUGHS, William S., DE GRIEFF, Gustavo et al., *Drogas. La prohibición inútil*, GARCÍA-ROBLES, Jorge y RAMÍREZ, Fernando (comps.), México, Milenio, 1996; SZASZ, Thomas, *Nuestro derecho a las drogas. En defensa de un mercado libre*, 2a. ed., Barcelona, Anagrama, 1994; VALDERRAMA VEGA, C. Enrique, *Droga y maldad ¿cuál es la verdad? Una aproximación real al fenómeno de las drogas y otros productos tóxicos; sus causas, efectos y tratamientos, con un énfasis en la prevención y la despenalización. Comentarios generales a la Ley de Estupefacientes*, Barranquilla, C. Enrique Valderrama Vega, 1994.

carácter y personalidad suelen estar suficientemente definidos; el menor, por su misma naturaleza de inmadurez emocional y de incapacidad jurídica, es más difícil que pueda recurrir a las autoridades competentes y a las instituciones que puedan auxiliarlo, mientras que los adultos víctimas de la violencia familiar cuentan con mayores elementos, para denunciar el maltrato o para quejarse de la violencia; y el menor maltratado es parte, junto con todos los menores, de las familias que integrarán la base de la sociedad y que en el futuro integrarán sus propias familias. El niño maltratado tiende a ser padre maltratador, por lo que es necesario evitar el círculo de violencia y romper el esquema que pasa de padres a hijos. Lo que suceda en las familias afecta a toda la organización social. De esta manera, individuos sanos forman sociedades sanas. Por lo tanto, es deber del Estado defender a todos sus miembros, en especial a los más débiles.

La familia y su relación con el derecho, fuera del ámbito civil, ha sido estudiado de manera exhaustiva. Baste, a manera de ejemplo, la mención de algunos temas y autores, como son los siguientes: la influencia de la familia en la delincuencia;<sup>61</sup> la existencia de familias de delincuentes y vagabundos;<sup>62</sup> el medio familiar como origen de la delincuencia;<sup>63</sup> y la familia como factor de adaptación o desadaptación social.<sup>64</sup>

Para resumir, las características que reúne un menor para considerarlo como niño maltratado<sup>65</sup> son:

<sup>61</sup> SOLÍS QUIROGA, Héctor, *Sociología criminal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 183 a 202.

<sup>62</sup> MEZGER, Edmund, *Criminología*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2006, p. 151.

<sup>63</sup> RUIZ-FUNES, Mariano, *Criminalidad de los menores*, México, Imprenta Universitaria, 1953, pp. 77-103.

<sup>64</sup> CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *El drama penal*, México, Porrúa, 1982, pp. 369 y 388.

<sup>65</sup> Para un panorama general sobre el niño maltratado véase ANDERSON, Carmen y GROSSGERGE, Marcela, *El niño, ¿presente sin futuro?* México, Posada, 1976; ARFOUILLOUX, Jean-Claude, *La depresión infantil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986; CYRULNIK, Boris, *El encantamiento del mundo*, Barcelona, Gedisa, 2002; CYRULNIK, Boris, *Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Barcelona, Gedisa, 2002; FONTANA, Vicent J., *En defensa del niño maltratado. Casos psicosociales y su prevención. Alternativas de solución. Readaptación de los golpeadores*, México, Pax México, Librería Carlos Césarman, 1988; GUENARD, Tim, *Más fuerte que el odio*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2003; KEMPE, Ruth S., y KEMPE, C. Henry, *Niños maltratados*, 3a. ed., Madrid, Morata, 1985; LAMMOGLIA, Ernesto, *La violencia está en casa*.

- a) Uso de la violencia física o psicológica contra el menor.
- b) Esa violencia sea ejercida por parte de padres, otros familiares o cualquier persona que tenga relación con el menor.
- c) La violencia sea intencional.
- d) Los actos violentos incluyen el descuido o abandono de las necesidades materiales o afectivas del menor.
- e) La violencia es continuada, no esporádica.
- f) El maltrato puede o no tener consecuencias físicas o mentales en el menor.

La obligación alimentaria (consistente en comida, habitación, vestido, atención médica y estudios),<sup>66</sup> no es suficiente. El niño, para que crezca sano, física y mentalmente, requiere muchos otros satisfactores. De entre todos ellos, el principal debe ser el respeto a su dignidad y valía como ser humano. Los niños no son propiedad de los padres, y aún hoy en día, existen algunos que piensan que tienen sobre los niños, derecho de vida y muerte, dando como excusa que gracias a ellos, los padres, nació el niño. La vida armoniosa en el hogar, el acceso a la cultura, al deporte, al juego, la integración con otros menores de edad similar, son algunos de los aspectos que fomentan, en un niño, su pleno desarrollo y realización como el futuro de la sociedad que es. Al descuidar a los niños, exponiéndolos al maltrato, estamos descuidando el futuro de nuestra sociedad.

*Agresión doméstica*, México, Grijalbo, 2002; MAHER, Peter (coord.), *El abuso contra los niños. La perspectiva de los educadores*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Grijalbo, 1990; MARCOVICH K., Jaime (comp.), *Tengo derecho a la vida. Prevención e identificación del Síndrome del Niño Maltratado en México*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1981; MILLER, Alice, *Por tu propio bien. Raíces de la violencia en la educación del niño*, Barcelona, Tusquets, 1998; OSORIO Y NIETO, César Augusto, *El niño maltratado*, México, Trillas, 1981; PAZ RAMÍREZ, Ramón, *Conducta desviada y adolescencia*, Universidad Autónoma de Baja California; PELCASTRE, José Luis, *La soledad en el niño*, 9a. ed., México, Libra, 1994; PELZER, Dave, *El niño sin nombre. Una historia real de maltrato*, México, Planeta Mexicana, 2000; SCHATZMAN, Morton, *El asesinato del alma. La persecución del niño en la familia autoritaria*, 9a. ed., México, Siglo XXI, 1990; PRIMERO RIVAS, Luis Eduardo (coord.), *El maltrato a los niños y sus repercusiones educativas: un enfoque multidisciplinario*, México, Federación Iberoamericana contra el Maltrato Infantil (FICOMI), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina para México y Cuba, Dirección de Protección Social del Departamento del Distrito Federal, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.

<sup>66</sup> Artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal.

El legislador cubano, por ejemplo, así lo ha entendido y señala con detalle, en el artículo 85 del Código de Familia, cuáles son los derechos y deberes de los padres en ejercicio de la patria potestad, entre los que cabe mencionar: tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; esforzarse porque tengan una habitación estable y alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionar los medios recreativos que estén dentro de sus posibilidades; dar protección; velar por su buena conducta; cooperar con las autoridades para superar situaciones o ambientes que influyan desfavorablemente en la formación y desarrollo; atender la educación de los hijos; inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural; dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a los símbolos y la debida estimación a sus valores; inspirarles con su actitud y su trato el respeto a las autoridades, a los maestros y a las demás personas. Es cierto que parte de las anteriores obligaciones y derechos están previstos en nuestra legislación, en los códigos civiles y en otros ordenamientos, pero debe insistirse en que su lugar es en el derecho familiar, bien sea en la legislación civil o bien en una específica de naturaleza familiar, y debe estar sistematizada y ordenada, señalando de la manera más exhaustiva posible, el entorno en que debe crecer un niño, la parte más débil y menos protegida de la relación familiar.

#### V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

“Las Instituciones valen lo que los hombres que las sirven”.  
Maxwell<sup>67</sup>

El Código Civil para el Distrito y Territorios en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, fue promulgado por Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 26 de marzo de 1928,<sup>68</sup> y

<sup>67</sup> GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo e IBÁÑEZ CARREÑO, Gustavo (comps.), *Abogados. De esto y de aquello. De la abogacía, la literatura y el derecho*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Carreño, 1996, p. 255.

<sup>68</sup> Como edición oficial del Código Civil de 1928 existe la siguiente: *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal*, México, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, 1928.

entró en vigor el 1.º de octubre de 1932, conforme a lo previsto en el Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 1.º de septiembre de 1932. Por Decreto publicado en el *Diario Oficial* el 23 de septiembre de 1974, cambia su denominación a Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Por reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, se modifica el ámbito espacial de validez para ser sólo aplicable al fuero común, y se convierte en Código Civil para el Distrito Federal, el cual entra en vigor el 1.º de junio de 2000. Respecto del ámbito federal, el 29 de mayo de 2000 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* un Decreto mediante el cual el Código sólo será de aplicación federal, pasando a ser Código Civil federal. De esta manera, lo que hasta el 2000 era un solo ordenamiento, aplicable al Distrito Federal en materia común y a toda la República en materia federal, queda dividido en dos códigos civiles, uno local para el D. F. y otro federal para todo el país.

El derecho debe evolucionar, como ha ocurrido con los códigos civiles referidos, y ajustarse a las nuevas necesidades de la sociedad. Ha llegado el momento de que el derecho familiar se separe del derecho civil, pero no sólo para darle autonomía a la normatividad aplicable a la familia, sino para atender los pendientes en este rubro. Promover la debida convivencia social, solucionar conflictos, establecer normas generales de conducta y, sobre todo, procurar la defensa de la familia y, como consecuencia, de la sociedad y del Estado, son los imperativos que deberá tener presente el legislador, al reformar el derecho familiar.

“(El juez Thomas) Brownell sabía bien que no pasaría la mañana sin encolerizarse. La cólera haría presa en él cuando compareciera el primer acusado de maltratar a un niño, y bastaba algún caso de abandono de familia para darle motivo de apretar los puños. Su veredicto entonces era invariablemente el mismo: el máximo previsto por la ley”.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> GANN, Ernest, *Del bien y del mal*, México, Reader's Digest, 1964, pp. 234 y 235; esta novela está basada en las experiencias reales que fueron recopiladas por Ernest Gann, en el Departamento de Policía de San Francisco, California.