

DERECHO DE FAMILIA

PODRÍA PENSARSE QUE UN CONCEPTO FUNDACIONAL COMO EL DE “LA FAMILIA” es fácilmente definible. Sin embargo, no es así; prácticamente siempre surge a este respecto una interpretación de carácter subjetivo que luego quiere presentarse como verdad general. En su acepción tradicional, “la familia” significa el ideal de organización de las relaciones privadas entre personas unidas por el matrimonio y procreadoras de hijas e hijos. Sin embargo, no puede ser considerada como única definición, pues de hacerlo así se convierte en una camisa de fuerza que hoy choca con la realidad social.

Las familias son diversas, pues parten de relaciones de solidaridad que no necesariamente tienen que ver con los objetivos tradicionales de perpetuar la especie o estabilizar las relaciones amorosas entre un hombre y una mujer. En México, la familia ha dejado de ser una institución idealizada (padre, madre, hijos) por las normas sociales y el Estado, para convertirse en una red de relaciones definida por lo que la persona o personas deciden.

La confusión usual entre matrimonio y familia tiene raíces históricas. En el pasado se consideraba que el matrimonio era “el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo, que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano”.²¹ Así, se concebía a la familia como una institución inmutable, fundada por dos personas de

²¹ Esta definición proviene de la *Epístola* de Melchor Ocampo, que durante décadas se leyó como parte de las ceremonias de matrimonio en el país. En 2006, la Cámara de Diputados exhortó a las y los jueces del Registro Civil a que dejaran de hacerlo.

sexo diferente que, mediante otra institución, también inmutable, el matrimonio, se aseguraba una relación “indestructible” a partir de la cual solía acudirse a la relación sexual con el sólo propósito de procrear.

En la actualidad, la definición de familia es mutable. Miguel Carbonell (2006) afirma que “es muy difícil saber quién es parte de la familia o incluso qué es una familia, sobre todo para el efecto de poder determinar qué realidad debe ser tutelada por el derecho. Las fronteras de la familia parecen estarse borrando y las definiciones devienen inciertas” (p. 83).

De acuerdo con José Ramón Cossío (2004), ministro de la SCJN,

el artículo 4 constitucional obliga al legislador a proteger la organización y el desarrollo de la familia, pero no contiene ninguna referencia a un modelo de familia determinado o predominante, lo cual refuerza la necesidad de interpretar de la manera más amplia lo que debe entenderse por la misma, en consecuencia con la realidad social apuntada pero también en armonía con el resto del articulado constitucional, en cuyo contexto destacaría, sin duda, el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones.²²

En efecto, el artículo 4 de la Constitución señala que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. Esta disposición fue incluida en el texto constitucional el 31 de diciembre de 1974, simultáneamente a la inclusión del párrafo que consagra el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. Sin embargo, el Constituyente Permanente tuvo la prudencia de eludir una definición fija del término familia. Esta es la única realidad mexicana en la materia: la Carta Magna no precisa una definición y tal prudencia ha de festejarse. Esto no quiere decir, sin embargo, que la familia no esté protegida. Todo lo contrario. Por ejemplo, en el plano internacional diversos instrumentos extienden y velan por los derechos humanos relacionados precisamente con esta institución. Aquí se incluye una tabla que ilustra el estatus del tema:

²² Voto concurrente que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 1840/2004.

Tabla 5. Protección internacional de la familia

TRATADO INTERNACIONAL	PRECEPTOS
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	En el artículo 16 reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Señala asimismo que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)	En el artículo 6 afirma que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966)	En el artículo 10 considera a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, a la que debe concederse la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966)	En el artículo 23 se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica (1969)	En el artículo 17 se establece a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962)	La Convención establece la obligación de los Estados Partes de fijar una edad mínima para contraer matrimonio.
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)	El artículo 16 indica que los Estados tienen la obligación de asegurar, en condiciones de igualdad para mujeres y hombres, el derecho a elegir libremente al cónyuge, a decidir el número y espaciamiento de los hijos y a administrar los bienes, entre otros.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. (1994)

Señala que la mujer tiene derecho a que se proteja a su familia.

Declaración de los Derechos del Niño (1959)

Principio 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación [...] u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.
Principio 6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986)

Artículo 1. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño.

Artículo 2. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 17. Protección a la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad

**Convención Interamericana
sobre Obligaciones
Alimentarias
Ámbito de Aplicación**

Vinculante

**Lugar de firma:
Montevideo, Uruguay
Fecha de firma: 1989-07-15**

Artículo 4

Toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación.

Artículo 5

Las decisiones adoptadas en aplicación de esta Convención no prejuzgan acerca de las relaciones de filiación y de familia entre el acreedor y el deudor de alimentos. No obstante, podrán servir de elemento probatorio en cuanto sea pertinente.

Artículo 6

Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:

- a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

Artículo 7

Serán regidas por el derecho aplicable de conformidad con el Artículo 6 las siguientes materias:

- a. El monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo;
- b. La determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y
- c. Las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.

Competencia en la esfera internacional

Artículo 8

Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

- a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o
- c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.

Artículo 10

Los alimentos deben ser proporcionales tanto a la necesidad del alimentario, como a la capacidad económica del alimentante.

Artículo 19

Los Estados Parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

Artículo 29

Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren Partes de esta Convención y de las Convenciones de La Haya del 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Eficacia de Sentencias relacionadas con Obligaciones Alimentarias para Menores y sobre la Ley Aplicable a Obligaciones Alimentarias, regirá la presente Convención.

Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de las citadas Convenciones de La Haya del 2 de octubre de 1973.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”

Artículo 15

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: [...]

d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Artículo 16

Derecho de la Niñez

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Como se puede apreciar, de nuevo ningún instrumento de carácter internacional se atreve a fijar una definición de familia y, sin embargo, los derechos de las y los integrantes de la familia permanecen protegidos. No lo hace ni la Constitución, ni los tratados internacionales ni la legislación civil en materia familiar, y es que resulta deseable que la definición más amplia permee a la legislación secundaria y se refleje en las decisiones de juezas y jueces.

El texto de Miguel Carbonell (2006) titulado *Familia, Constitución y derechos humanos* cita a Ingrid Brena y Göran Therborn respecto de una serie de cambios reales y pautas normativas para la transformación del derecho de familia. Tales autores observan, por ejemplo, que la noción de familia ha cambiado sustancialmente durante la historia, y también que las familias, en sí mismas, no dejan de evolucionar. Así, el matrimonio, el divorcio, el nacimiento de hijas e hijos, un nuevo matrimonio, el concubinato, la familia extendida, terminan todas siendo causas de transformación de las familias, pero prácticamente nunca de su disolución.

Con respecto a la evolución de la institución familiar, otra nota relevante aportada por estos autores es que la legalidad, en su propia transformación, ha ido sustituyendo la potestad del varón sobre su cónyuge y descendencia, remplazando los tradicionales “vínculos autoritarios” por relaciones normadas ahora por el derecho, que implican potestades y deberes mutuos. Ello ha contribuido a la emancipación

social de las y los niños, jóvenes y mujeres frente a la autoridad incuestionada del padre o, como se decía en otra época, “del señor de la casa”.

Hoy día está claro que las relaciones afectivas y solidarias entre personas construyen familias cuyos integrantes no necesariamente comparten lazos sanguíneos ni formalizan su alianza mediante el matrimonio. Así, esta red de relaciones llamada familia requiere de mejores herramientas jurídicas para proteger los bienes jurídicos en juego. Esto significaría, en la mejor de las intenciones, una aproximación a las familias desde una perspectiva de no discriminación.

En el presente apartado se tratan diversos aspectos del derecho familiar en los cuales la perspectiva de no discriminación aporta elementos para su transformación. Se da comienzo con un análisis de los datos duros con los que se cuenta para comprender la conformación contemporánea de las familias mexicanas y, posteriormente, se revisan las figuras de derecho civil particularmente relevantes para esta discusión: el matrimonio y el divorcio, la adopción y la filiación, la patria potestad, la guarda y la custodia.

CONFORMACIÓN DE LAS FAMILIAS MEXICANAS

De acuerdo con el INEGI, existen hogares familiares (al menos uno de los integrantes tiene parentesco con el jefe o jefa del hogar) y no familiares. En la República mexicana 91 por ciento de los hogares pertenecen a la categoría de hogares familiares, los cuales a su vez se dividen en:

- a) Nucleares: formados por una pareja sin hijos, o por padre, madre e hijos, o solo por padre o madre e hijos. En México, 64 por ciento de los hogares son nucleares. (INEGI, 2010)
- b) Ampliados: constituidos por un hogar más otros parientes (suegros, tíos, primos, etc.). El 24 por ciento de los hogares en el país son de este tipo.
- c) Compuestos: integrados por un hogar nuclear o ampliado más personas sin parentesco con el jefe del hogar. Sólo 1 por ciento de las familias son de este tipo.

Los hogares no familiares son aquellos donde ninguno de los integrantes tiene parentesco alguno y se dividen en:

- d) Unipersonales: integrados solo por una persona (9 por ciento).
- e) De corresidentes: formados por dos o más personas sin relaciones de parentesco (1 por ciento).

Tabla 6. Clases de hogares 1990-2010

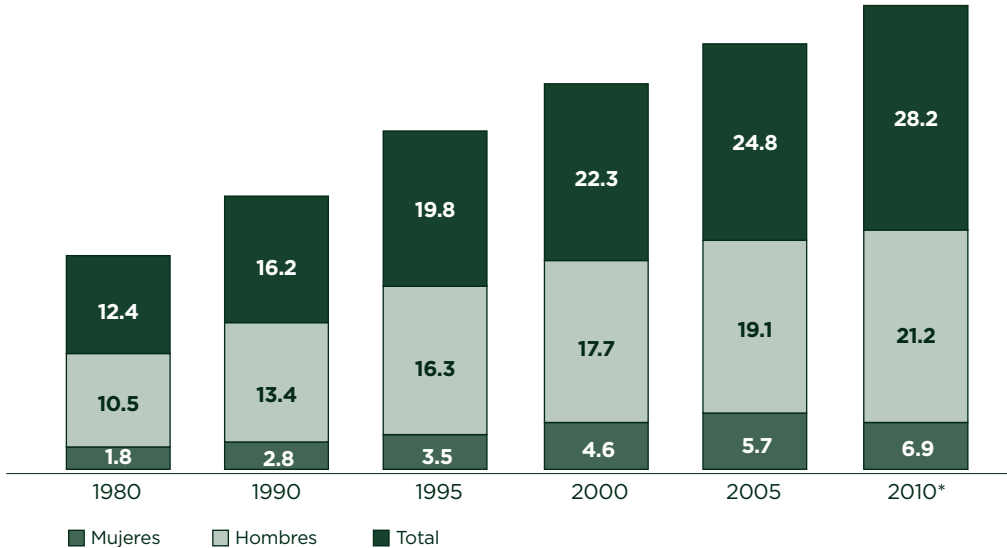
CLASE DE HOGAR	1990	2000	2005	2010
Familiares	94.04%	93.19%	91.88%	91%
‣ Nucleares	74.52%	68.68%	68.25%	64%
‣ Extensos	19.51%	24.51%	23.63%	24%
No familiares	5.43%	6.73%	7.96%	9%
‣ Corresidentes	0.52%	0.43%	0.46%	1%
‣ Unipersonales	4.90%	6.30%	7.50%	9%

FUENTE: INEGI, Censo Nacional de Población y Vivienda, 2010

De acuerdo con el INEGI (2010), entre 1990 y 2010 el número de hogares nucleares disminuyó de 74.52 por ciento a 64 por ciento y los hogares extensos aumentaron de 19.51 por ciento a 24 por ciento. Destaca sobre todo la cifra creciente de hogares no familiares; mientras en 1990 estos representaban sólo 5.43 por ciento, en 2010 la cifra ascendió a 9 por ciento; con respecto a los hogares unipersonales, éstos han aumentado su participación en 4 puntos porcentuales durante las últimas 2 décadas.

También ha crecido la participación de la mujer como jefa de hogar durante los últimos treinta años: la cifra pasó de 1 millón 800 mil hogares a 6 millones 900 mil hogares. Según cifras de 2009, si bien 17.9 por ciento de los hogares nucleares tienen a mujeres como jefas de hogar, cuando se trata de hogares extensos este porcentaje se incrementa a 35.6 por ciento (INEGI, 2009). Esto quiere decir que al menos una de cada tres familias extendidas tienen como sostén principal a una mujer sola.

Gráfica 2. Número de hogares según jefe de hogar por sexo (millones), 1980-2010



* Se refiere al número de hogares censales

FUENTE: elaborado por Conapo con base en INEGI, tabulados básicos y consulta interactiva de datos de los censos y conteos 1980-2010.

Por otro lado, es relevante resaltar que la edad promedio de la jefatura de familia ha aumentado 3 años y que la cantidad de ocupantes y de integrantes por hogar ha disminuido de manera notable. Por otro lado, mientras hay cada vez menos hogares con integrantes menores de 15 años, conforme pasan los años existe mayor cantidad de hogares con integrantes mayores de 65 años.

Tabla 7. Indicadores básicos de viviendas y hogares según la Enadid, 1992-2009

AÑO	JEFE DE HOGAR POR SEXO		EDAD JEFE(A)		PROMEDIOS		
	HOMBRES	MUJERES	MEDIA	MEDIANA	OCUPANTES POR VIVIENDA	HOGARES POR VIVIENDA	MIEMBROS POR HOGAR
1992	83.5	16.5	44.8	41.6	4.8	1.02	4.7
1997	81.2	18.8	45.1	42.0	4.5	1.02	4.4
2006	77.7	22.3	47.6	45.0	4.1	1.02	4.0
2009	74.8	25.2	48.1	45.9	3.9	1.02	3.8

NOTA. Excluye trabajadores domésticos y sus familiares, así como huéspedes y sus familiares. Debido a que se trata de muestras, se han aplicado factores de expansión correspondientes a cada encuesta y están basados en las proyecciones de población vigentes en el Conapo (Proyecciones de Población de México, 2005-2050).

FUENTE: estimaciones del Conapo con base en INEGI, Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica (Enadid), 1992, 1997 y 2009 e INSP-Conapo, Enadid 2006.

Tabla 8. Porcentaje de hogares con población dependiente según la ENIGH, 1992-2010

INDICADOR	1992	1994	1996	1998	2000	2002	2004	2005	2006	2008	2010*
Hogares con al menos un integrante menor de 15 años de edad											
Con al menos un menor de 15 años	71.2	69.2	69.3	66.3	63.3	62.8	61.3	60.5	60.1	59.1	45.0
Con al menos un menor entre 0 y 4 años	40.8	38.8	39.3	35.1	31.9	30.7	30.6	29.3	30.2	28.2	15.3
Con al menos un menor entre 5 y 9 años	41.1	39.4	38.5	37.2	34.4	33.4	33.1	31.8	31.9	30.8	21.6
Con al menos un menor entre 10 y 14 años	39.4	37.7	36.8	35.9	34.3	34.4	32.1	33.0	31.3	31.8	35.7
Hogares con al menos un integrante de 65 años o más de edad	16.5	17.6	16.8	17.3	17.8	18.7	19.3	19.9	20.1	20.6	20.8

NOTA. Excluye trabajadores domésticos y sus familiares, así como huéspedes y sus familiares.

* Los datos de 2010 están expandidos conforme a estimaciones preliminares de población de INEGI basadas en el Censo de Población y Vivienda 2010.

FUENTE: Estimaciones del Conapo con base en INEGI, Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH), 1992-2010

A pesar de los cambios sociodemográficos aquí referidos, el avance de la legislación y los tratos culturales ofrecen resultados mixtos. De un lado, se han derogado de las normas aquellas formulaciones antiguas del derecho civil según las cuales las mujeres debían obediencia y cuidado a sus parejas e hijos, y los hombres tenían la carga de la subsistencia de la familia. Del otro, cabe mencionar que, *de facto*, prevalecen dentro de la familia prácticas discriminatorias persistentes que, por ejemplo, se reflejan en el acceso desigual a la educación, al esparcimiento o a las labores del hogar. En efecto, observando la realidad, aún persisten las consecuencias puntuales derivadas de estigmas y estereotipos de género.²³

Si se revisan las estadísticas sobre el uso del tiempo según el género, vemos que las cifras se polarizan; por ejemplo, con respecto a los pueblos indígenas 44.9 por ciento del tiempo de las mujeres se dedica a las labores domésticas y sólo 14.9 por ciento a actividades en el mercado del trabajo; en cambio, para los hombres indígenas, el 9.5 por ciento de su tiempo se invierte en trabajo doméstico y el 47.4 por ciento en el mercado del trabajo. En efecto, aún se mantienen de manera rígida ciertos roles de género y ello tiene consecuencias en un sinnúmero de aspectos como la remuneración, la participación en actividades productivas, la autonomía de la persona, la autoestima y la libertad de las decisiones personales.²⁴ La distribución inequitativa de las tareas, dentro de la institución familiar, contribuye a mantener a las mujeres – niñas, adolescentes y adultas mayores – en una situación de desventaja respecto del ejercicio de sus derechos.

²³ De acuerdo con la Encuesta nacional sobre uso del tiempo (2009) las mujeres dedican el 47.7 por ciento de su tiempo al trabajo en el hogar, mientras que los hombres sólo contribuyen a esta tarea con 17 por ciento de su tiempo.

²⁴ En términos expresados por el Inmujeres (2009): “el trabajo no remunerado es vital para el funcionamiento de la sociedad, pues involucra actividades productivas que benefician a todos los integrantes del hogar de quienes lo realizan, a personas de otros hogares, a la comunidad y a instituciones sin fines de lucro. Cabe destacar que 74 por ciento de este trabajo es realizado por mujeres” (p.9).

MATRIMONIO

Como ha quedado anotado, una de las primeras dificultades que se enfrentan al estudiar la institución del matrimonio es su confusión constante con el concepto de familia. La investigadora Estefanía Vela (2011) lo explica así: en la concepción tradicional, primero religiosa y posteriormente civil, el matrimonio, la familia, la pareja y la parentalidad se asumen equivocadamente como sinónimos. Se cree, sin justificación alguna, que de haber hijos probablemente habrá un matrimonio detrás o, en sentido inverso, que si hay un matrimonio, probablemente habrá hijos.

Un ejemplo extraordinario de tal confusión se ofrece en el artículo 150 del Código Civil de Baja California Sur, que establece que el matrimonio es “la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, con el propósito expreso de integrar una familia mediante la cohabitación doméstica y sexual, el respeto y protección recíprocos, así como la eventual perpetuación de la especie”. El mismo texto dispone que “con el matrimonio se funda legalmente la familia, que es la comunidad establecida naturalmente para la diaria convivencia”. Esta noción del matrimonio, que también se halla en algunos otros códigos civiles del país, refleja una adhesión a la postura que, a partir de los elementos que lo definen, considera la naturaleza del matrimonio como inmutable y lo mismo hace con la institución familiar.

A la confusión anterior suele agregarse, por un lado, el prejuicio de que la unión sexual solo debe ocurrir dentro del matrimonio, entre un hombre y una mujer, y por otro, que el imperio de la ley legitime tales valores morales subjetivos.²⁵ Por fortuna, el máximo tribunal constitucional mexicano ha tomado distancia –a partir de sus resoluciones sobre salud reproductiva, violación entre cónyuges o procreación– frente a la definición de matrimonio como una institución meramente “hete-

²⁵ La función legitimadora del matrimonio sobre la unión sexual explica por qué el Código Penal de Baja California señala, en su artículo 182, que a quien “realice cópula con mujer de catorce años de edad y menor de dieciocho, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño se le impondrá de dos a seis años de prisión y hasta cien días multa. Agravación de la punibilidad: La pena se aumentará hasta una mitad más, si el estuprador se encuentra impedido legalmente para contraer matrimonio”.

rosexual y procreativa” (Vela, 2011, p. 145). El análisis exhaustivo de tales decisiones no es materia de este documento, pero cabe esperar que gracias al desarrollo jurídico promovido por la SCJN en contra de las definiciones anacrónicas y discriminatorias del matrimonio, las normas locales terminarán reformándose para beneficio de las personas.

En varios códigos civiles hay otros impedimentos para casarse, tales como tener alguna enfermedad contagiosa o una discapacidad, entre otras. En este sentido hay también personas heterosexuales a las cuales se les impide contraer matrimonio por cuestiones discriminatorias debido a ciertos marcadores sociales que pocas veces son justificados.

Tabla 9. Impedimentos para contraer matrimonio relacionados con la salud y la discapacidad, por entidad federativa

ENTIDAD FEDERATIVA	IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO
Aguascalientes	Art. 153 Código Civil. Incapacidad, esterilidad incurable, alguna enfermedad de transmisión sexual, alguna enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, así como padecer alguna otra enfermedad que haga prever algún perjuicio grave o degenerativo para los descendientes del matrimonio. Padecer trastorno mental permanente, declarado judicialmente.
Baja California	Art. 153 Código Civil. Impotencia incurable, sífilis, síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), enfermedades crónicas incurables que sean contagiosas o hereditarias.
Baja California Sur	Art. 163 Código Civil.- Impotencia incurable, síndrome de inmunodeficiencia adquirida y cualquier enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria.
Campeche	Art. 167 Código Civil. Impotencia incurable, sífilis, enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias, el idiotismo y la imbecilidad.
Chiapas	Art. 153 Código Civil. Impotencia incurable, sífilis, enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias, el idiotismo y la imbecilidad.
Chihuahua	Art. 144 Código Civil. El idiotismo y la imbecilidad.
Coahuila	Art. 262 Código Civil. Impotencia, síndrome de inmunodeficiencia adquirida y cualquiera otra enfermedad o conformación especial que sean contrarias a los fines del matrimonio, bien porque impidan las funciones relativas, o porque científicamente hagan prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de ese matrimonio.

Colima	Art. 156 Código Civil. Impotencia incurable, sífilis, locura y enfermedades crónicas e incurables, que sean, además contagiosas y hereditarias.
Distrito Federal	Art. 156 Código Civil. Impotencia incurable, enfermedad crónica que sea, además, contagiosa y hereditaria.
Durango	Art. 151 Código Civil.- Impotencia incurable, enfermedad crónica que sea, además, contagiosa y hereditaria, el idiotismo y la imbecilidad.
Guanajuato	Art. 153 Código Civil. Enfermedades o conformaciones especiales que sean contrarias a los fines del matrimonio, bien porque impidan las funciones relativas, bien porque sean contagiosas e incurables o bien porque científicamente hagan prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de ese matrimonio, locura, el idiotismo y la imbecilidad.
Guerrero	Art. 417 Código Civil. Incapacidad (mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia aunque tengan intervalos lúcidos; padecer alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas, siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio), enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias
Hidalgo	Art. 19 Ley para la Familia. Incapacidad permanente, enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria.
Jalisco	Art. 268 Código Civil. Enfermedades crónicas o incurables que sean, además, contagiosas y que pongan en peligro la vida o hereditarias, cualquiera otra enfermedad o conformación especial que sea contraria a los fines del matrimonio, bien porque impidan las funciones relativas, o bien porque científicamente hagan prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes; impotencia incurable.
México	Art. 4.6 Código Civil. Impotencia incurable, la bisexualidad.
Michoacán	Art. 141 Código Familiar. Incapacidad (mayores de edad perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial siempre que debido a la limitación o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio).

Morelos

Art. 127 Código Civil. Impotencia incurable, enfermedades crónicas incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias.

Nayarit

Art. 152 Código Civil. Impotencia incurable, enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias, incapacidad (mayores de edad perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial siempre que debido a la limitación o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio).

Nuevo León

Art. 156 Código Civil. Enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias.

Oaxaca

Art. 156 Código Civil. Enfermedades crónicas e incurables, que sean, además contagiosas o hereditarias; incapacidad (mayores de edad perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial siempre que debido a la limitación o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio)

Puebla

Art. 299 Código Civil. Impotencia incurable, cualquier enfermedad contagiosa y hereditaria.

Querétaro

Art. 148 Código Civil. Sífilis, enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas y hereditarias, el idiotismo y la imbecilidad.

Quintana Roo

Art. 700 Código Civil. Impotencia incurable, enfermedad crónica incurable que sea, además, contagiosa y hereditaria, el idiotismo y la imbecilidad.

Sinaloa

Art. 156 Código Civil. Impotencia incurable, sífilis, enfermedades crónicas e incurables, que sean, además contagiosas o hereditarias; incapacidad (mayores de edad perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial siempre que debido a la limitación o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio).

Sonora	Art. 248 Código Civil. Sífilis, síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), enfermedades crónicas o incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias, el idiotismo y la imbecilidad.
Tabasco	Art. 160 Código Civil. Impotencia incurable, enfermedades crónicas, que sean, además, contagiosas o hereditarias, la disminución o perturbación de la inteligencia.
Tamaulipas	Art. 138 Código Civil. Impotencia incurable, sífilis, enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias, el idiotismo, la imbecilidad.
Tlaxcala	Art. 43 Código Civil. Impotencia incurable, sífilis, enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias, el idiotismo y la imbecilidad.
Yucatán	Art. 69 Código Civil. La idiocia, padecimiento de cualquier enfermedad de las tenidas por incurables, que sea, además, contagiosa o hereditaria.

Valorar la tabla anterior ofrece argumentos a las legislaturas estatales para que revisen tales impedimentos a la luz de la cláusula antidiscriminatoria inscrita en el artículo primero de la Constitución y también de las sentencias en la materia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Límites como la impotencia, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida o las enfermedades crónicas no tendrían por qué colocarse por encima de la voluntad de las y los contrayentes.

A continuación se ofrece un diagnóstico breve sobre las formas que las mexicanas y los mexicanos están utilizando para vivirse en pareja. Este análisis permite comprender mejor la transformación social que el país está experimentando a propósito tanto de la familia como del matrimonio.

La práctica del matrimonio

En los últimos años ha disminuido la población que acude al Registro Civil para celebrar el matrimonio, y se ha incrementado el número de las uniones de hecho. De acuerdo con la tabla siguiente, la población casada ha disminuido en prácticamente todos los grupos de edad, sobre todo en la población que tiene entre 20 y 29 años, en la cual pasó de 40 por ciento en 2000 a 27.9 por ciento en 2010, probablemente porque

las personas se están casando más tarde. Con todo, cabe señalar que es este grupo poblacional, junto con las personas de 30 a 39 años, quienes en conjunto dan cuenta del 43.5 por ciento de las uniones libres que hay en México.

Tabla 10. Distribución porcentual de la población y su estado conyugal, por edad, 2000 y 2010

GRUPOS DECENALES DE EDAD	2000			2010		
	ESTADO CONYUGAL			ESTADO CONYUGAL		
	CASADO	UNIDO	SEPARADO	CASADO	UNIDO	SEPARADO
20 a 29 años	40	15.2	1.9	27.9	23	2.8
30 a 39 años	66.6	14.4	3.3	56.4	20.5	4.7
40 a 49 años	71.1	11.4	4.5	63.7	15.4	5.9
50 a 59 años	69.3	8.8	5	65.1	11.1	6.4
60 y más años	54.2	5.8	4	53.9	6.2	4.9

FUENTE: INEGI, *Datos de nupcialidad, 2010*

En el presente, las opciones a propósito del estado civil son muy diversas. Entre el Censo de 2000 y el de 2010, el porcentaje de hombres que decidió casarse disminuyó de 45 por ciento a 41 por ciento; en el caso de las mujeres, la tasa migró de 43 por ciento a 39 por ciento. En contraste, mientras entre los hombres la tendencia a establecer una familia en unión libre pasó de 10.4 por ciento a 14.8 por ciento, entre las mujeres aumentó de 10.2 por ciento a 14.1 por ciento.

Tabla 11. Distribución porcentual de la población por estado conyugal, por sexo, 2000 y 2010

GRUPOS DECENALES DE EDAD	2000			2010		
	ESTADO CONYUGAL			ESTADO CONYUGAL		
	CASADO	UNIDO	SEPARADO	CASADO	UNIDO	SEPARADO
Hombres	45.8	10.4	1.4	41.8	14.8	2.4
Mujeres	43.6	10.2	3.7	39.6	14.1	5

FUENTE: INEGI, *Datos de nupcialidad, 2010*

En resumen, se puede constatar una tendencia a la baja en los matrimonios y una tendencia al alza en las uniones de hecho; según la misma tabla, también los divorcios se han incrementado. Como ya se mencionó, la edad es una de las variables para explicar esta transformación; sin embargo, la legislación sigue siendo muy laxa con respecto al matrimonio entre personas que, por edad, son consideradas hoy como niñas y niños.

La edad para contraer matrimonio

El artículo 148 del Código Civil Federal²⁶ establece que las edades para contraer matrimonio son de 16 para el hombre y 14 para la mujer, y contempla también dispensas que permiten reducir la edad en ciertos casos. A continuación se incluye una tabla que da cuenta de las 17 entidades federativas cuya edad mínima para contraer matrimonio continúa por debajo de los 18 años; 9 de estas 17 entidades, por cierto, sostienen un rango de edad distinto para hombres y mujeres.

Tabla 12. Edad mínima para contraer matrimonio por entidad federativa

ENTIDAD	EDAD HOMBRES	EDAD MUJERES	ARTÍCULO DEL CÓDIGO CIVIL
Aguascalientes	16	16	145
Baja California	16	14	145
Baja California Sur	18	16	157
Campeche	18 (ser mayor de edad)	18 (ser mayor de edad)	159
Chiapas	16	16	145
Chihuahua	16	14	136
Coahuila	16	16	255
Colima	18	18	148

²⁶ Ha habido diversos intentos por reformar este artículo. En 2008, la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables del Senado de la República acordó presentar una reforma para establecer la edad mínima para contraer matrimonio a 18 años para ambos sexos; sin embargo, esto no se ha logrado.

Distrito Federal	18 (ser mayor de edad)	18 (ser mayor de edad)	148
Durango	16	14	143
Estado de México	18	18	4.4
Guerrero	18	18	412
Guanajuato	18	18	145
Hidalgo	18	18	Ley para la Familia, artículo 12
Jalisco	16	16	260
Michoacán	18 (ser mayor de edad)	18 (ser mayor de edad)	131
Morelos	16	16	72
Nayarit	16	14	144
Nuevo León	16	16	148
Oaxaca	16	14	147
Puebla	16	16	300
Querétaro	18	18	140
Quintana Roo	18 (ser mayor de edad)	18 (ser mayor de edad)	697
San Luis Potosí	18	18	Código Familiar, artículo. 17
Sinaloa	16	14	148
Sonora	18	18	18
Tabasco	16	16	154
Tamaulipas	16	14	132
Tlaxcala	18	18	46
Veracruz	16	14	86
Yucatán	18	18	55
Zacatecas	18 (ser mayor de edad)	18 (ser mayor de edad)	106

FUENTE: Elaboración propia a partir de los códigos civiles estatales.

Cabe mencionar que, de acuerdo con cifras del INEGI, en 2008, 24.05 por ciento de las mujeres que contrajeron matrimonio fueron niñas de entre 15 y 19 años de edad. Este hecho entra en conflicto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. La CEDAW establece, en su artículo 16, inciso 2, que “no tendrán ningún efecto ju-

rídico los esponsales y el matrimonio de niños”. Por su parte, el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño señala que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”.

Uno de los temas que más ha contribuido a desarrollar la discusión sobre el significado del matrimonio en el México contemporáneo es el de la unión de personas del mismo sexo. En el siguiente apartado se analizarán las diversas alternativas que se han propuesto y legalizado en algunas entidades.

Nuevas formas de matrimonio y otros tipos de unión entre personas

La definición clásica de matrimonio como una relación entre personas de distinto sexo que se materializa con el fin de procrear excluye a las parejas que no tienen descendencia, también a las parejas formadas por personas del mismo sexo que quieren establecer una comunidad de vida y a las personas que, no teniendo una relación erótica, desean formar una familia.

Las sociedades de convivencia en el Distrito Federal (2006) y los pactos civiles de solidaridad en Coahuila (2007) fueron instituciones creadas para proteger las uniones entre personas que deciden establecer una relación legal pero no pueden o no quieren suscribir un contrato matrimonial. A este respecto, las legislaturas de ambas entidades se basaron en los avances que sobre el tema han ido ganando terreno, desde los años noventa del siglo pasado, en distintos países europeos.²⁷

Respecto de la sociedad de convivencia, el artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal establece que se trata de “un

²⁷ En el año 2007, tomando como modelo el documento *Le Pacte Civil de Solidarité*, elaborado por el Senado francés, los países escandinavos, excepto Finlandia, aprobaron leyes para reconocer legalmente las uniones entre personas del mismo sexo. En 1997 y 1998, respectivamente, se aprobaron en Holanda y Bélgica figuras cercanas a las sociedades de convivencia y a los pactos de solidaridad, que reconocían las uniones entre personas sin distinción de su orientación sexual. Para más información, ver la traducción del documento realizada por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobierno de Coahuila, disponible en <http://sgob.sfpcoahuila.gob.mx/admin/uploads/Documentos/modulo3/PACTOCIVILDESOLIDARTIDEINTERES.pdf>

acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”. La exposición de motivos de esa Ley señala que “la Sociedad de Convivencia incluye una visión realista sobre otros vínculos de convivencia en torno a los hogares y, al reconocer esta nueva concepción, señala en forma precisa que la posibilidad de que dos personas la suscriban, ya sean del mismo o de diferente sexo, debe estar acompañada del cumplimiento de requisitos como tener capacidad jurídica plena, vivir en un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua”.

En el mismo sentido, el Código Civil de Coahuila señala, en su artículo 385-1, que “el Pacto Civil de Solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común. Quienes lo celebran se considerarán compañeros civiles”.

Con posterioridad, el Distrito Federal continuó en el avance hacia la igualdad plena entre personas. El 29 de diciembre de 2009 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.²⁸ El Código Civil del D. F. señala, en su artículo 146, que “matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”. Al establecer el término “personas,” sin mayor adjetivo, se abrió la puerta para que quienes suscriban el contrato matrimonial puedan ser del mismo o de distinto sexo. Con esta pequeña modificación semántica ocurrió un salto grande en el proceso civilizatorio de la ciudad de México, que se convirtió en una de las primeras megalópolis del mundo en otorgar condiciones de igualdad a las parejas formadas por personas pertenecientes a la comunidad LGBTTTI.

²⁸ Con la posibilidad de acceder al matrimonio de las parejas homosexuales en el Distrito Federal, se eliminó la violación al derecho a construir una familia, se disminuye la discriminación, se repara la lesión a la igualdad frente a parejas heterosexuales y se combate el ultraje a la intimidad (Medina, 2005, p. 416).

A continuación se incluye una tabla que refleja los avances en la materia en el ámbito internacional.

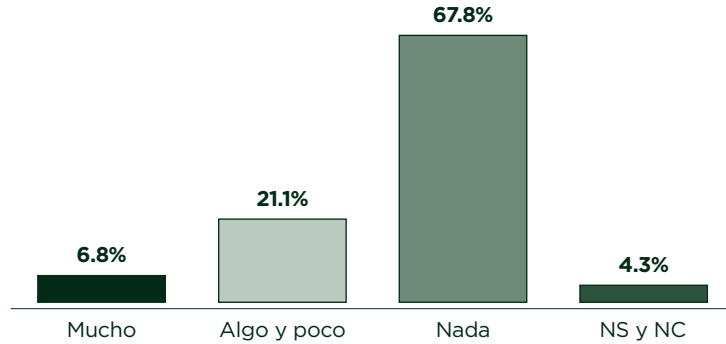
Tabla 13. Años de aprobación de matrimonios entre personas del mismo sexo por países

PAÍS	AÑO
Holanda	2001
Bélgica	2003
Estados Unidos	2004
España	2005
Canadá	2005
Sudáfrica	2006
Noruega	2009
Suecia	2009
Portugal	2010
Islandia	2010
Argentina	2010
México (solamente en la ciudad de México)	2010

FUENTE: elaboración propia con base en datos de Bustillos (2011), Julio, Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre, 2011, pp. 1017-1045.

Tal y como afirmó Emilio Álvarez Icaza, en entrevista otorgada para la elaboración del presente reporte, la aprobación de las reformas al Código Civil del D. F. no sólo respondió a las intenciones de los legisladores de la ALDF y a las demandas de la comunidad LGTBTTTI, sino también a los cambios sociales de la población de la ciudad de México, que ha mostrado una mayor aceptación hacia las uniones entre personas del mismo sexo. El avance cultural se expresa en la adopción no sólo de las leyes, sino también de los valores. A este respecto, la Encuesta nacional sobre discriminación en México 2010 (Enadis 2010) advierte que 67.8 por ciento de la población considera que es injustificable oponerse a que dos personas del mismos sexo contraigan matrimonio.

Gráfica 3. ¿Qué tanto se justifica la oposición al matrimonio de dos personas del mismo sexo?



FUENTE: Enadis 2010

A pesar de esta creciente apertura de la sociedad civil, aún existe resistencia para alcanzar la igualdad de derechos en todo el país. La principal oposición a las reformas al Código Civil del Distrito Federal provino del Ejecutivo Federal que, mediante la Procuraduría General de la República (PGR), promovió una acción de inconstitucionalidad ante la SCJN (AI/2-2010) el 27 de enero de 2010. El argumento central era que con la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, y el derecho derivado de adoptar en igualdad de condiciones con respecto a las parejas heterosexuales, violaba supuestamente los preceptos de la Constitución relativos a la protección de la familia y a la preservación del interés superior del menor de edad.

Posteriormente, el 22 de febrero del mismo año, los gobiernos de Jalisco y Baja California también concurrieron con sendas controversias de inconstitucionalidad para evitar que las modificaciones al Código Civil del D. F. tuvieran efectos en sus estados. No obstante el pleno de la SCJN confirmó la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo y también la posibilidad de adoptar por parte de estas parejas. La importancia de tal sentencia con respecto a la no discriminación radica en el reconocimiento explícito de que el matrimonio es un contrato civil al que por igual pueden acudir parejas homosexuales y heterosexuales.

Cabe aquí mencionar que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha manifestado a este respecto a partir de dos argumentos: en el caso conocido como *Atala*, esta instancia señaló que la orientación sexual de una persona no tiene nada que ver con sus capacidades para ser buen padre o buena madre. En el párrafo 167 de la sentencia relacionada señala:

El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora *Atala* (*supra* párr. 146), se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad.

Asimismo, la Corte determinó que la preferencia sexual y la identidad genérica son categorías que ya se encuentran protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Además estableció que no era válido argumentar la posible discriminación o estigma para defender el interés superior del niño.

La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre [...]

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad.

Ahora bien, las reformas a la legislación civil en el D. F. no han merecido todavía un correlato adecuado por parte de las instituciones federales. Por ejemplo, en agosto de 2010, Daniel Karam, director del IMSS, aseguró que para que esa institución otorgara todos los servicios a matrimonios entre personas del mismo sexo, era necesario modificar la Ley del Seguro Social (LSS) y que eso correspondía al Congreso de la Unión. Por su parte, el ISSSTE también rechazó incorporar como derechohabientes a las parejas del mismo sexo de sus afiliados con el argumento de que no coincidían con el concepto tradicional de familia que esta institución reconoce. Explícitamente advirtió esta institución que los matrimonios admitidos por su norma son sólo aquellos conformados por un hombre y una mujer. Para combatir tales argumentos, el 24 de julio de 2011, la Asamblea Consultiva del Conapred decidió interponer una denuncia formal ante la Secretaría de la Función Pública (SFP) contra el IMSS y el ISSSTE debido a que ninguna de esas instituciones quiso responder a la Resolución 2/2011 del mencionado Consejo, en la cual se señaló su obligación de brindar servicios médicos y de protección social a parejas del mismo sexo registradas en el Distrito Federal.

A la postre, el 30 de abril de 2012, la Cámara de Diputados aprobó reformas a las leyes del IMSS e ISSSTE, en las que se “establece la posibilidad de acceso a las prestaciones de seguridad social, a los matrimonios entre personas del mismo género (*sic*), ya sea como unión civil, sociedad de convivencia, o cualquier otra forma que se establezca para

otorgar sustento legal a la unión de parejas del mismo sexo”.²⁹ El dictamen fue devuelto al Senado para su ratificación. A la fecha la minuta respectiva se halla pendiente de aprobación.

DIVORCIO

En términos jurídicos, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial a través de la declaración de la autoridad judicial, y en algunos casos de la autoridad administrativa. Con la disolución del matrimonio, la reciprocidad de los deberes que éste impone a las y los cónyuges deja de existir, y cada uno recobra la capacidad de contraer un nuevo compromiso válido.³⁰

Existen dos tipos de divorcio: divorcio voluntario o de mutuo acuerdo y divorcio contencioso o necesario. En el primer caso no se plantea disputa alguna sobre las causas de la ruptura del matrimonio, ambos cónyuges manifiestan que han convenido en separarse. En el segundo caso, el divorcio se lleva a cabo por la petición de uno de los cónyuges, y tiene que ser decretada por una autoridad competente con base en hechos, que deben ser debidamente probados en un juicio, que impiden la subsistencia del matrimonio (Galindo Garfias, 2010, pp. 610-611 / Perea Valadez, 2006, pp. 221-223).

La transformación fundamental en materia de divorcio en los últimos años ha sido la creación del divorcio incausado, conocido como divorcio exprés, que tiene vigencia en el Distrito Federal. Esta figura facilita el divorcio pues solamente requiere de la voluntad de uno de los cónyuges y no requiere de causales. Gracias a esta figura, se ha minimizado el conflicto entre las partes y, según los jueces y especialistas, eso repercute positivamente sobre los acuerdos a los que deben llegar respecto del patrimonio o de los hijos. Se pensó en un momento dado que podía significar una desprotección para las mujeres, sin embargo,

²⁹ Cámara de Diputados, Boletín de prensa 5115, disponible en <http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2012_2012/004_abril/30_30/5115_reforma_el_pleno_las_leyes_del_imss_e_issste_en_favor_de_matrimonios_entre_personas_del_mismosexo>

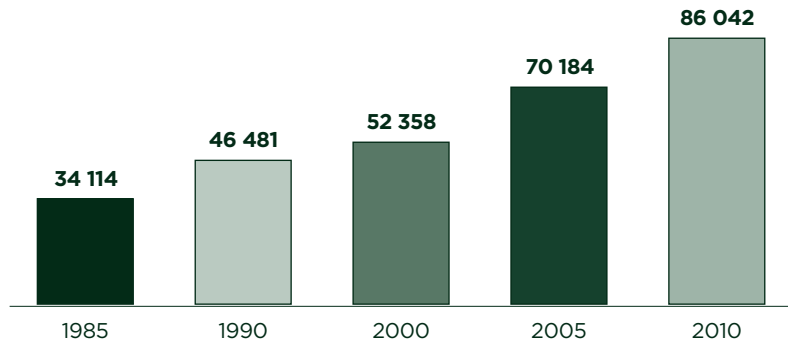
³⁰ Artículo 266 del Código Civil Federal: “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

desde que se creó en el D. F., 70 por ciento de las personas que lo han solicitado han sido mujeres. (Entrevista a González Alcántara, 2012). El éxito de esta figura podría ser imitado por las legislaturas de otras entidades federativas.

Causales de divorcios

El divorcio ha ido en aumento, lo que ha dado paso a nuevas formas de familia. Se encuentran familias representadas por madres solteras, madres y padres con hijos, padres solteros, etcétera (Perea Valadez, 2006, p. 221). De acuerdo con datos del INEGI, de 1985 a 2010 los divorcios han aumentado un 152.22 por ciento, al pasar de 34 114 a 86 042.

Gráfica 4. Total de divorcios (1985-2010)



FUENTE: INEGI, *Datos de nupcialidad, 2010*.

La principal causa de divorcio en México es por mutuo consentimiento. En 2010, los divorcios por esta causa representaron 67.95 por ciento de los casos. En los últimos 10 años, el segundo motivo de divorcio ha sido la separación de los cónyuges por 2 o más años.

Tabla 14. Principales causas de divorcio en México 1985-2010³¹

	1985	1990	1995	2000	2005	2010
Mutuo consentimiento	70.96%	64.67%	75.43%	72.46%	72.80%	67.95%
Separación por 2 años o más independientemente del motivo			2.31%	7.19%	9.67%	12.31%
Separación del hogar conyugal por más de 1 año, por causa justificada	0.09%	2.67%	4.15%	5.37%	5.53%	3.45%
Abandono de hogar por más de 3 o 6 meses, sin causa justificada	12.36%	9.48%	10.79%	8.88%	7.04%	3.45%
Sevicia, amenazas o injurias o la violencia intrafamiliar	2.40%	2.69%	2.76%	1.85%	1.39%	0.89%
Adulterio o infidelidad sexual	0.94%	0.99%	1.09%	0.85%	0.78%	0.61%
Incitación a la violencia	0.01%	0.04%	0.07%	0.07%	0.18%	0.16%
Hábitos de juego, embriaguez o drogas	0.25%	0.13%	0.27%	0.29%	0.21%	0.09%

Datos de Divorcio-INEGI, 2010. Los porcentajes no dan 100% del caso porque se omitieron las causas con porcentajes muy bajos.

A pesar de que prácticamente no se usa, en diversas entidades federativas aún está codificada la causal de divorcio que se refiere al “hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de celebrarse este y que judicialmente sea declarado que fue engendrado por persona diferente a su cónyuge” (Código Civil del Estado de Baja California Sur, artículo 289). Esta causal es discriminatoria pues señala que únicamente la mujer que tiene un hijo con otra persona durante el matrimonio será responsable del divorcio, sin imponer igual consecuencia a los varones. Cabe mencionar que en algunos códigos, esta causal aplica indistintamente a mujeres y hombres.

En hombres y mujeres por igual, el rango de edad en que ocurren mayores divorcios es entre los 25 y los 39 años. Esta tendencia se ha mantenido más o menos estable en las últimas dos décadas. Sin embargo, lo más notable es que los divorcios se han ido emparejando en

³¹ Fuente: INEGI, *Datos de nupcialidad, 2010*

los diferentes grupos etarios. En 1990, prácticamente todos los divorcios se daban entre los 20 y los 39 años de edad. Para el 2010, aumentan los porcentajes para el rango de edad que va de los 35 a los 39 años y al mismo tiempo decrecen para el grupo cuya edad oscila entre los 20 y los 24, así como en el grupo entre los 15 y los 19 años.

Tabla 15. Divorcio por edad (1990-2010). Porcentajes

EDAD	1990		2000		2010	
	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE	MUJER	HOMBRE
15 a 19 años	5.24	1.52	2.84	0.59	1.14	0.27
20 a 24 años	18.28	12.16	14.83	9.36	9.84	5.62
25 a 29 años	23.22	20.99	22.01	19.49	17.96	14.50
30 a 34 años	18.33	20.23	18.94	19.39	19.10	18.70
35 a 39 años	11.85	14.36	14.21	15.97	16.71	17.97
40 a 44 años	6.73	9.13	9.68	11.73	12.08	13.33
45 a 49 años	3.88	5.69	5.91	7.69	8.62	10.14
50 y más años	4.19	7.92	6.47	10.70	10.68	15.45

FUENTE: INEGI, *Datos de nupcialidad, 2010*

Una de las razones que ha determinado el cambio de la organización familiar es la inserción de la mujer en el campo laboral y, por tanto, su mayor independencia frente a la figura patriarcal que ha predominado en la sociedad mexicana. Pese a que el mayor porcentaje de divorcios es por mutuo acuerdo, en aquellos casos en los que es iniciado por uno de los cónyuges, principalmente es la mujer la que abre este proceso.

Tabla 16. Divorcios según persona que inicia el juicio (1995-2010). Porcentajes

	1995	2000	2005	2010
El divorciado	7.98%	8.67%	10.68%	12.42%
La divorciada	14.88%	13.95%	16.02%	17.37%
Ambos	75.46%	72.49%	73.20%	69.90%

FUENTE: INEGI, *Datos de nupcialidad, 2010*

Las consecuencias jurídicas del divorcio tienen que ver con la conformación posterior de la familia y las obligaciones económicas de los ex-cónyuges, sobre todo para con sus hijos e hijas. En el apartado relativo a la filiación, se analizarán algunos aspectos relevantes del divorcio en relación con la patria potestad y con la custodia de las hijas e hijos. Sin embargo, antes de pasar a ese apartado, por su relevancia se tratará brevemente el tema de la violencia familiar.

Violencia familiar

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV), aprobada en 2006, define en su artículo 7 a la violencia familiar como

el acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho.

. Esta definición no sólo incluye a las mujeres, sino también a las niñas y los niños, así como a las y los adultos mayores.

Con base en estas definiciones, María Antonieta Magallón Gómez (2006) afirma que la violencia familiar

acontece a la pareja cuando menos entre dos sujetos... ligados por un vínculo jurídico familiar en el momento en el que el agresor, actuando abierta... u ocultamente... sustrae o pretende despojar a la mujer de su condición de dignidad humana mediante actos abusivos de poder para dominarla, someterla y causarle daño intencionalmente, degradándola en el objeto de su eliminación, manipulación, protagonismo, apropiación, maltrato y muerte subjetiva u objetiva (p. 198).

Si bien es cierto que la exposición de motivos de la LGAMVLV señala la obligación del Estado de garantizar la protección de una mujer cuan-

do su integridad física y mental se encuentren en peligro, mediante el otorgamiento de medidas precautorias y cautelares dictadas con inmediatez y efectividad, en la realidad, advierte Magallón Gómez, el alcance de esa ley es limitado. El cumplimiento de los objetivos y criterios de la ley está sujeto a las legislaciones estatales, dado que son las entidades federativas las que tienen la facultad de legislar en la materia y “se les obliga a expedir sus leyes locales, únicas que sí sujetarán al juzgador familiar del fuero común a dictar las medidas precautorias de mérito, no así la ley marco expedida por el Congreso federal” (p. 199). En efecto, vale subrayar, con esta especialista, que la heterogeneidad de las leyes representa un primer problema en la protección de las mujeres en situación de violencia familiar.

Al respecto, Paola Martínez Vergara (2007) especialista en Derecho Familiar de la Facultad de Derecho de la UNAM, coincide al establecer que “la eficacia de la Ley en relación con la protección efectiva de las víctimas de violencia es incierta, en tanto los Congresos locales de las entidades federativas no realicen las reformas respectivas en su legislación e implementen los mecanismos de acceso de las mujeres a las medidas de salvaguarda frente al agresor” (p. 255). La igualación en el ejercicio de los derechos consagrados por este instrumento legislativo necesita, en efecto, un correlato local para que se materialice a favor de las mujeres víctimas de la violencia.

FILIACIÓN

En el pasado, las niñas y niños eran vistos exclusivamente desde la óptica de los derechos que sobre ellos ejercían los padres. La potestad del adulto se asumía como total. Sin embargo, conforme aumentó la preocupación por el bienestar de las niñas y niños, se desarrolló un cuerpo normativo para protegerlos de manera independiente e incluso en contra de sus padres. (Cillero Bruñol, 1999, pp. 51-52).

En materia de regulación internacional, la evolución de los derechos de las niñas y los niños inicia con la Declaración de Ginebra de 1924 que estableció el imperativo de darles a las niñas y niños un estatus dotado de mayor dignidad. Con todo, la culminación se da con la formulación

expresa del principio del “interés superior del niño” y la incorporación de los derechos de la infancia contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (Cillero Bruñol, 1999, p. 53).

Cillero Bruñol (1999) afirma que desde el reconocimiento del catálogo de derechos es posible definir el interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos. El concepto de interés superior de la niña y del niño tiene como virtud ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña; obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez; permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con los de otras personas, y orientar para que tanto los padres como el Estado en general, en las funciones que les son propias, tengan como objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentren limitadas, justamente, por esta función u objetivo.³²

Los niños no son la propiedad de sus padres
ni tampoco son los beneficiarios indefensos
de una obra de caridad. Son seres humanos y
los destinatarios de sus propios derechos.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (1999).

La Convención de los Derechos del Niño define los derechos humanos básicos que deben ser disfrutados por los niños y niñas de todo el mundo, a saber, el derecho a la supervivencia, al desarrollo pleno, a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación, y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Todos ellos se basan en 4 principios fundamentales: la no discriminación, la dedicación al interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto por los puntos de vista del niño.

A partir de este momento se reconoce a los menores de edad como sujetos de derecho. Ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su

³² Derechos de la infancia <http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm>

desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen, asumiendo, de igual modo, las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, es decir, se les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía³³ (Freites Barros, 2008, p. 432).

México ratificó la Convención de los Derechos de Niño de las Naciones Unidas el 21 de septiembre de 1990. Una década después, a principios de 2000, se publicó la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal. Ese mismo año, el *Diario Oficial de la Federación* publicó la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Cabe destacar que México es parte de diversos tratados internacionales que tienen también como objeto proteger los derechos de la niñez, y que, por tanto, hoy forman parte de su constitucionalidad, tales como:

- › Declaración de los Derechos del Niño (1959).
- › Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños. Con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional (1986).
- › Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).
- › Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976).
- › Convención sobre los Derechos del Niño (1990).
- › Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).
- › Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1988).
- › Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1996).
- › Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1994).
- › Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980).
- › Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero (1956).

³³ A pesar de que en su acepción jurídica, de acuerdo con la Constitución, sólo son ciudadanas las personas mayores de 18 años.

- › Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1995).
- › Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1999).

A pesar de los hechos anteriores, no fue sino hasta 2011 que se incorporó en el artículo 4 Constitucional el principio que tutela el interés superior del menor de edad, señalando expresamente que “en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”.

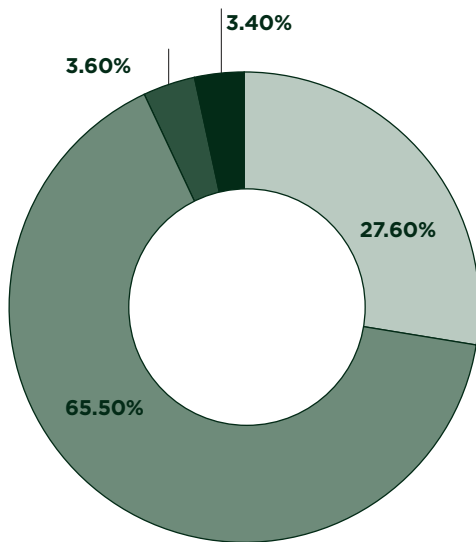
Por su parte, el Código Civil del Distrito Federal va más lejos cuando señala, en su artículo 416, que

se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Esta definición varía entre las distintas entidades de la República. Aquí se menciona la del Distrito Federal por ser una de las que mejor se aproximan a la normatividad internacional.

Ahora bien, pese al amplio marco jurídico que protege los derechos de las niñas y niños, sorprende encontrar cierto rezago cultural en algunas percepciones. Según la Enadis (2010), 27.6 por ciento de la población opina que los niños solamente tienen los derechos que les otorgan sus padres. Asimismo, 19.9 por ciento observa que los derechos de las niñas y niños no se respetan, mientras que 37.3 por ciento considera que se respetan sólo en parte.

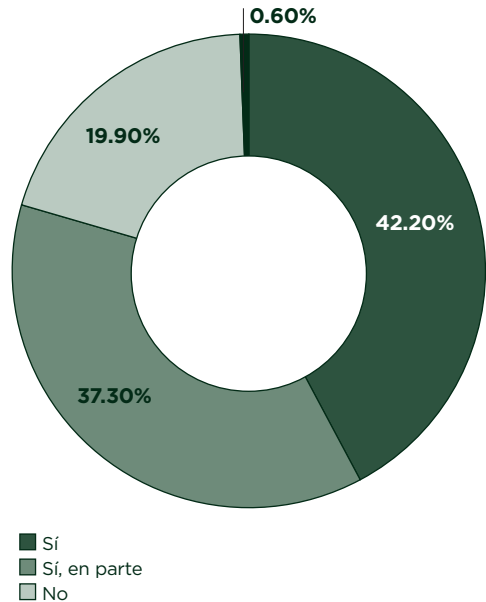
Gráfica 5. ¿Usted cree que los niños tienen los derechos que les dan sus padres, los derechos que les da la ley o no tienen derechos? Distribución Nacional



- Los derechos que sus padres les quieran dar
- Los derechos que les da la ley
- Las niñas y los niños no tienen derechos porque son menores de edad
- Otra, NS y NC

FUENTE: Enadis, 2010.

Gráfica 6. ¿Qué tanto se respetan los derechos de los niños? Distribución Nacional



FUENTE: Enadis, 2010.

Es a partir del interés superior del niño que los juzgados en materia familiar de-

ben actuar para resolver los conflictos que derivan de la anulación del matrimonio, tales como la asignación de la patria potestad, la custodia y la alimentación de los hijos, temas que serán desarrollados a continuación.

La patria potestad y la custodia compartida

Como se ha establecido previamente, el derecho familiar en México privilegia al matrimonio como forma de constituir una familia y lo establece como la situación ideal. Las otras situaciones familiares son tomadas como divergencias de lo deseable, y esto genera situaciones de discriminación. Un ejemplo concreto de ello se manifiesta en la patria potestad y la custodia, dos figuras mediante las cuales el derecho civil ordena las relaciones entre padres y madres e hijos e hijas.

La patria potestad es una de las figuras que más se ha transformado a lo largo del tiempo. “En Roma, como en la mayoría de los pueblos antiguos, se otorgaba al padre el derecho de vida y muerte sobre los hijos, a quienes podían vender, entregar a un extraño o inclusive exponer o desamparar” (Brena, 1986).³⁴ Actualmente, la naturaleza de la patria potestad es muy distinta, pues se construye a partir del interés de la niña o el niño y no del de sus padres.

Por su parte, la custodia es una figura derivada de la filiación y parentesco y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. El concepto hace referencia a la combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, generalmente a cualquiera de los padres, para la guarda, el cuidado y desarrollo integral de la niña o el niño menores de edad. La custodia se fija cuando hay disolución del matrimonio o separación de los padres, por lo que se tiene que definir con quién cohabitarán, de manera permanente, las y los hijos.

La diferencia entre la custodia y la patria potestad es que la primera se refiere al cuidado cotidiano de las y los hijos, mientras que la patria potestad entraña otras obligaciones relacionadas con la seguridad alimentaria, física, psicológica, educacional y todas aquellas que ayudan a proteger el interés superior del menor. La patria potestad incluye la administración de los bienes de las niñas y los niños. Estas obligaciones son vigentes con independencia de que los niños vivan o no con quien ejerce la patria potestad. Más allá del lenguaje jurídico, en los hechos la custodia se refiere al lugar de residencia permanente

³⁴ Ver *Análisis de la patria potestad después del divorcio de los progenitores*, texto disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2106/28.pdf>>.

de las y los hijos, mientras que la patria potestad entraña la obligación de proveer lo necesario para que los menores de edad alcancen su mejor desarrollo vital, material y anímico.

Ante el divorcio entre dos personas que tienen hijas o hijos, el derecho mexicano suele reaccionar replicando los estereotipos de género que imperan socialmente y que justamente se manifiestan sobre la patria potestad, la guarda y la custodia de los menores de edad. Las estadísticas demuestran que el sistema judicial, en vez de distribuir la carga de responsabilidades entre la madre y el padre, tiende a depositar en las madres la mayor carga a propósito del cuidado de las y los hijos (entrevista con González Alcántara, 2012). Esto representa una condición de discriminación estructural por partida doble: en primer lugar, porque se prejuzga con base en el sexo sobre quién se considera que puede desempeñar mejor el rol parental, lo cual, según sea el caso, llega a resolverse en actos discriminatorios hacia el padre, la madre o ambos. En segundo lugar, esta aproximación frente a las responsabilidades mediante las figuras de patria potestad y custodia se torna ciega ante los derechos, necesidades y preferencias de la persona más afectada por ellas: la niña o el niño.

En el análisis de las cifras del INEGI sobre este tema, se observa que ha habido un cambio radical respecto de la patria potestad en los casos en que hay separación de los padres. Como se puede observar en la tabla siguiente, se pasó de un modelo en el que se le otorgaba a la madre la patria potestad (en 1985, la patria potestad se daba exclusivamente a la madre en un 40.54 por ciento de los casos, mientras que en 2010 esto ocurrió sólo en el 3.44 por ciento de los casos) a uno en el cual se otorga la patria potestad a ambos padres, pasando de 0 por ciento en 1990 a 53.41 por ciento en 1995. De manera interesante, tal cosa sucedió cuando, coincidentemente, los jueces comenzaron a hacer la distinción entre patria potestad y custodia.

Tabla 17. Persona a quien se le asigna la patria potestad

	1985	1990	1995	2000	2005	2010
Total	34,114	46,481	37,455	52,358	70,184	86,042
No se otorga	0.00%	0.00%	16.61%	21.99%	22.12%	25.40%
Madre	40.54%	38.13%	8.80%	6.31%	4.60%	3.44%
Padre	4.37%	3.37%	1.64%	1.17%	0.67%	0.55%
Ambos	0.00%	0.00%	53.41%	53.85%	53.94%	54.32%
No aplica	17.82%	15.02%	18.42%	15.87%	16.88%	14.05%

Datos de Divorcio, INEGI.

Tabla 18. Persona a quien se le asigna la custodia

	1985	1990	1995	2000	2005	2010
Total	34,114	46,481	37,455	52,358	70,184	86,042
No se otorga	-	-	16.61%	21.99%	22.12%	25.40%
Madre	-	-	56.00%	53.69%	52.67%	52.08%
Padre	-	-	3.64%	3.37%	2.44%	2.38%
Ambos	-	-	4.17%	4.24%	4.05%	3.83%

Datos de Divorcio, INEGI.

En contraste, la custodia —el cuidado cotidiano de las y los hijos— se mantiene como un asunto predominantemente materno. La custodia exclusiva para el padre decrece de 4 por ciento que mostraba en 1995 a 2 por ciento en el 2010. Mientras tanto, la custodia compartida entre ambos progenitores se mantiene en una bajísima tasa de 4 por ciento. Como se ha visto en la tabla anterior, la custodia exclusiva generalmente se le otorga a la madre y con ello se asienta excesivamente su responsabilidad en el cuidado de los hijos. Se discrimina, con ello, también al padre, a quien se le da únicamente la responsabilidad de manutención y se afecta a los hijos e hijas porque limita la convivencia permanente con uno de los padres (Rodríguez, 2005).

A diferencia de México, en otros países, particularmente en Europa, los jueces tienden a otorgar la custodia compartida sobre todo si hay falta de acuerdo entre el padre y la madre. En este sentido, los

órganos jurisdiccionales de Italia, Alemania y Reino Unido, por ejemplo, privilegian esta figura, ya que se considera como la que responde mejor al interés superior del niño. Esto se debe a que, tanto en casos de divorcio como en casos en los que los hijos nacen de dos personas que no están casadas, se disocia la relación entre el hombre y la mujer de la relación que ambos tienen con sus hijos. Asimismo, se ve a los hijos e hijas como titulares de derechos, entre ellos el de la convivencia con el padre y la madre.

Diversos estudios han encontrado que la custodia compartida es la mejor manera de garantizar el bien superior del niño cuando se da por concluida la relación de los padres. Aquí un resumen de los principales argumentos:³⁵

- › Los niños bajo custodia conjunta están mejor adaptados que los niños en régimen de custodia exclusiva. Los padres sujetos a regímenes de custodia conjunta notifican menores niveles de conflictividad en sus relaciones (Robert Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*).
- › Los niños en situación de custodia compartida resultaron mejor adaptados que los niños bajo custodia exclusiva materna. Por su parte, aquellos niños en situación de custodia exclusiva materna mostraron una mayor adaptación de ambos padres y una mejor adaptación general en la medida en que pasaban más tiempo con su padre (D.B. Cowan, *Mother custody versus Joint Custody: Children's parental Relationship and Adjustment*).
- › La custodia conjunta da lugar a mejores resultados en el desarrollo del niño, en general. Los hijos de divorciados que mantienen contacto asiduo con su padre obtienen mejores resultados escolares (Joan B. Kelly, *Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of research*).

A pesar de los argumentos contundentes a favor de esta figura, en México sigue siendo una rareza, salvo en el Distrito Federal donde se

³⁵ *Custodia: conclusiones de los principales estudios* <<http://www.oocities.org/es/apinpach/estudios.htm>>.

introdujo la figura de la custodia compartida, a partir de las reformas a diversas disposiciones del Código Civil que se realizaron en el año de 2008.³⁶ En particular, el artículo 283 de ese ordenamiento consagra el derecho de los hijos a convivir con ambos padres, mientras que el artículo 282 del mismo ordenamiento establece que los padres, al momento del divorcio, habrían de preferir la custodia compartida de los menores de edad.

Cabe destacar que el mismo artículo indica que el juez debe tomar en cuenta la opinión del menor de edad antes de tomar una decisión a este respecto. En este mismo sentido la CIDH, en la sentencia antes referida del caso Atala, ha señalado que las niñas y los niños deben tener una debida participación en los procesos judiciales, particularmente cuando sus vidas pueden ser afectadas por el resultado de los mismos. Al respecto, la Corte señala:

En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino (CoIDH, párr. 196).

Por su parte, el Congreso de Querétaro, en su LVI Legislatura (2009-2012), aprobó reformas al Código Civil de la entidad para priorizar también la custodia compartida de los hijos en caso de divorcio. Las reformas de enero 2012 determinaron que ambos padres tendrán la custodia legal y física de los hijos en caso de ruptura del matrimonio, y decidirán de común acuerdo con quién vivirá un menor antes de los 12 años de edad, pero siempre con custodia compartida.

³⁶ Decreto por el que se reforma y deroga el Código Civil para el Distrito Federal y se reforma, deroga y adiciona el Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Disponible en <http://www.equidad.df.gob.mx/direccion/pdf/reformas_divorcio.pdf>.

Son solamente estas dos entidades las que han avanzado en reconocer la custodia compartida. Ésta, desde la perspectiva del interés superior del niño y la niña, responde en primer lugar al derecho de los hijos e hijas a convivir con ambos padres, independientemente de la situación de éstos. En segundo lugar, la custodia compartida constituye el reconocimiento de la igualdad de derechos que tienen tanto el padre como la madre para cuidar, educar y convivir con los hijos cuando se disuelve el matrimonio. Dar automáticamente preferencia en la custodia a la madre, o en su caso a cualquiera de los dos padres sobre el otro, bajo un argumento de orden natural o de género, violenta los derechos de los hijos y también de los padres (Pérez Contreras, 2006, p. 504).

Si el propósito de la familia es el cuidado y la solidaridad, lejos de considerar que por la disolución del matrimonio se desintegra la familia, debe analizarse la manera como ésta se transforma y hacerlo de tal forma que afecte en la menor medida posible al menor de edad. A este respecto el juez debe, en primera instancia, asegurar que los derechos de los menores de edad queden intactos. Estos derechos incluyen el de convivir con el padre y la madre en igualdad de circunstancias.

A este tema se suma otro de gran relevancia para el derecho civil: la adopción. En el siguiente apartado se observarán los mecanismos que reproducen discriminación en tal coordenada.

Adopción

La Ley de Protección de Niñas y Niños, pieza reglamentaria del artículo 4 Constitucional, establece, en su artículo 44, que la adopción es una alternativa cuando no exista, en determinado contexto, la posibilidad de que un niño o niña viva con su propia familia, en un ambiente de estabilidad y bienestar. Se considera, pues, que las niñas y los niños tienen el derecho de vivir en familia y, desde esta perspectiva, el Estado debe garantizar las condiciones para que puedan estar en una familia cuando no tienen la familia de origen.

Al respecto, cabe recordar la reflexión plasmada en la introducción del apartado titulado *Derecho de familia* de este mismo documento. Acordar que el artículo 4 Constitucional protege la familia como unidad social no significa privilegiar un tipo de familia, sino que entra-

ña, para los tres poderes y órdenes de gobierno, la obligación de proteger la gran diversidad de modelos familiares que hayan escogido las personas. Es en este mismo sentido que debe entenderse el artículo 44 de la Ley antes citada: la familia a la que tienen derecho las niñas y los niños es una familia que implique estabilidad y bienestar. Estas características no son privativas de las familias fundadas en un matrimonio heterosexual, y este tipo de vínculo tampoco asegura que la familia así constituida sea idónea. Muestra de ello es la violencia intrafamiliar que, sin distinguir, devasta a familias de todo tipo.

En una decisión histórica, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con base en el principio del *Interés superior del niño*, señaló que el Estado debe privilegiar “que los menores de edad que carecían de un seno familiar, pertenecieran a uno, pues acorde con el espíritu del constituyente, al modificar el artículo 4 constitucional e incluir el derecho en estudio, *la familia es el núcleo natural que debe garantizar el cuidado, protección y desarrollo de niños y niñas*. Siendo que, como hemos señalado, la familia como realidad, se conforma de muy diversas formas, incluida por supuesto, la homoparental” (Silva y Valls, 2011, p. 186).

A partir de lo anterior, en el análisis de la adopción –como figura del derecho civil diseñada para proteger los derechos de las niñas y niños– se revela necesario abordar los diversos elementos que pueden significar, por obra del texto legal, una violación a sus derechos.

Adopción simple y adopción plena

Un primer tema fundamental que surge al abordar la adopción desde la perspectiva de la no discriminación, es si se justifica distinguir entre la adopción plena y aquélla que por su naturaleza se denomina como simple.³⁷ En México, hasta hace relativamente poco, no existía la adopción plena, que genera lazos firmes entre el adoptado y la familia del adoptante, siendo la principal característica que se trata de un acto irrevocable. Se valora como el mejor tipo de adopción, pues permite una integración completa de la persona adoptada al seno familiar del

³⁷ Una reflexión sobre la adopción plena y sus efectos la realizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Wagner and J.M.W.L. vs. Luxembourg*, 2007.

adoptante. Lo que se busca con la adopción plena es equiparar, lo más cercanamente posible, la situación de la persona adoptada con la de un hijo o hija biológicos. Previene frente a la vulnerabilidad en que se coloca al menor de edad, debido a la adopción simple, cuando los padres biológicos pretenden revocar su decisión; situación que es más común de lo deseable (Entrevista a González Alcántara, 2012). A partir de tales argumentos, en 2010, cuando se aprobó la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, quedó indicado (artículo 44) que la normatividad local habría, preferentemente, de promover la adopción plena.

Con todo, como se aprecia en la tabla siguiente, en la mayoría de las legislaciones civiles a nivel estatal, prevalece la figura de la adopción simple.

Tabla 19. Adopción simple y plena en las legislaciones locales

ENTIDAD FEDERATIVA	SIMPLE Y PLENA	SEMIPLENA	PLENA	NO SEÑALA EL TIPO DE LA ADOPCIÓN
Aguascalientes	X			
Baja California	X			
Baja California Sur	X			
Campeche	X			
Coahuila		X	X	
Colima			X	
Chiapas	X			
Chihuahua			X	
Distrito Federal			X	
Durango	X			
Guanajuato	X			
Guerrero	X			
Hidalgo				X
Jalisco	X			
Estado de México	X			
Michoacán				X
Morelos				X
Nayarit	X			
Nuevo León		X	X	

Oaxaca		X
Puebla		X
Querétaro	X	
Quintana Roo	X	
San Luis Potosí	X	
Sinaloa	X	
Sonora	X	
Tabasco	X	
Tamaulipas	X	
Tlaxcala	X	
Veracruz	X	
Yucatán	X	
Zacatecas		X

FUENTE: elaboración propia.

Una consecuencia poco estudiada a propósito de la adopción es la que tiene que ver con las políticas que, desde el sistema de seguridad social, particularmente donde concurre el sector privado, niegan igualdad de trato entre los hijos biológicos y quienes se integran a la familia a través del proceso de adopción. Las aseguradoras privadas no cubren o cubren precariamente a las y los niños adoptados con el argumento supuesto de que, al desconocer sus características biológicas –las llamadas condiciones preexistentes de salud–, se hace imposible determinar el riesgo y por tanto el monto de la prima del seguro. Se trata claramente de un acto discriminatorio que bien puede combatirse como violación a las garantías previstas por la Carta Magna. El desconocimiento de la carga genética de las personas no puede ser razón para negar el derecho a la salud; ello aplica para los actores públicos y también para las empresas privadas. Se antoja urgente contar con un mejor conocimiento de dichas prácticas para enfrentarlas con contundencia.

La discriminación hacia las personas adoptantes

La gran diversidad que presentan las disposiciones a nivel estatal que regulan la adopción vuelve complejo el estudio de este tema, pero es claro que las legislaciones estatales contienen elementos discriminatorios. Por lo pronto, la discriminación en la legislación se refiere a la figura del adoptante. Un ejemplo es que, frecuentemente, las legislaciones locales ligan la adopción plena al matrimonio o concubinato, dejando fuera la adopción plena monoparental.

Es el caso del Código Civil del Estado de Campeche que señala, en su artículo 426, que sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos y que tengan más de cinco años de casados. Otra entidad con una disposición similar es Jalisco, cuyo Código Civil establece que la adopción plena requiere “que los adoptantes sean un hombre y una mujer casados entre sí y que vivan juntos”.

Otra fórmula también discriminatoria es la que consagra el Código Civil del Estado de México, que señala en el artículo 4.179 que para la adopción debe darse la preferencia a adoptantes cuando éstos sean un hombre y una mujer, unidos en matrimonio o concubinato y que no tengan descendencia. Dicho artículo enumera una serie de preferencias relacionadas con el domicilio de las partes (dando prioridad a quienes habitan la entidad federativa) y termina con el siguiente párrafo: “la mujer o el hombre solteros sin descendencia; (*sic*) deseen adoptar, solamente podrán hacerlo respecto de mayores de cuatro años de edad en adelante”.

Estos condicionamientos legales injustificados, aunados a los prejuicios que prevalecen en las personas encargadas de supervisar los procesos de adopción respecto del tipo “idóneo” de familia, no sólo resultan en que las personas adoptantes son discriminadas al ser tratadas de manera diferenciada, sino que representa, en la práctica, un obstáculo considerable para que niñas y niños puedan unirse a una familia que desea, y puede, proporcionar las condiciones idóneas para su desarrollo.

Las reformas a la legislación civil del Distrito Federal efectuadas en 2009 presentaron un nuevo paradigma al cual se habría de aspirar en el futuro para el resto de la República. Habiéndose establecido en el artículo 146 de dicho Código que “el matrimonio es la unión de dos perso-

nas”, sin distinguir su sexo, se otorgó a los cónyuges homosexuales los mismos derechos que a los heterosexuales en materia de adopción. De esta manera, el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal, que establece que “los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes”, no hace distinciones discriminatorias a partir de la orientación sexual; dado que las personas del mismo sexo pueden celebrar un matrimonio, están automáticamente autorizadas para adoptar como pareja casada.

La cuestión suscitó gran controversia y fue materia de la acción de inconstitucionalidad presentada por la PGR y referida en este capítulo en el apartado relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo. Ambas partes, quienes estaban a favor y quienes estaban en contra de la adopción por parejas homosexuales, alegaban el interés superior del niño para sustentar sus argumentos. Sin embargo, detrás de esa argumentación lo que en realidad entró en disputa fueron los distintos conceptos de familia. Unos argumentaban que las y los niños adoptados tendrían mejores condiciones de vida si sus padres eran un hombre y una mujer casados y otros defendían que tales características de los adoptantes no son necesarias para garantizar que el interés superior del menor sea una realidad.

La sentencia que sobre el caso emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, citada previamente, señala que “el cuestionamiento a *priori* de que las parejas homosexuales afectan el interés superior del niño y, por tanto, no debe permitírseles adoptar, es, en sí mismo, discriminatorio y se apoya, más bien, en prejuicios que, lejos de convalidarse por esta Corte, deben, en todo caso, superarse” (Acción de inconstitucionalidad 2/2010).

Desde la perspectiva antidiscriminatoria, tanto la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como la Suprema Corte de Justicia de la Nación han dado un paso importantísimo para establecer la igualdad entre personas heterosexuales y personas homosexuales. Sin embargo, en el resto de las entidades federativas aún no han visto la luz tales avances en materia de no discriminación. Todavía existe un largo trecho por andar.

Reflexiones finales respecto de la adopción

La legislación en materia de adopción debe ser revisada a la luz del artículo 1 constitucional, que prohíbe la discriminación, y de los tratados internacionales en la materia. Lo anterior significa eliminar de la legislación criterios discriminatorios respecto de quiénes están más capacitados para adoptar niñas y niños.

Sin embargo, la problemática de la adopción a la luz de la no discriminación no solamente se limita al tema de la legislación. Existe gran discriminación al momento de “seleccionar” al niño o niña adoptados. Así, las personas preferirán adoptar bebés que niños, sin discapacidad que con discapacidad, blancos que morenos, de ojos claros que de ojos oscuros. Existen incluso casos de mexicanos que buscan adoptar niñas y niños de otros países, en los que los rasgos y el tono de la piel sean más “europeos” (entrevista a González Alcántara, 2012). No es posible imponer a los padres adoptantes una decisión contraria a sus deseos, pero es tarea de las instituciones responsables del proceso de adopción combatir los prejuicios sociales y culturales que pueden sesgar o volver equivocado su juicio.

Otro tema que merecería un análisis detenido y mucho más amplio del que aquí se puede realizar es el relativo al papel de supervisor que el Estado debe desempeñar antes, durante y después del proceso de adopción. Es notoria la falta de coordinación entre las instituciones que cuidan, guardan y también tutelan al menor y las áreas responsables dentro de los gobiernos estatales. En algunos casos este hecho implica severas cargas burocráticas que juegan en contra de la niña o del niño, y en otros, la negligencia y desinterés de las autoridades resulta intolerable. Advierte el especialista Mario Luis Fuentes, en entrevista para este reporte, que ha llegado la hora de producir una reforma de carácter francamente estructural de todo el sistema de casas hogar que atiende a los menores, así como de los procedimientos de adopción, ya que la vulnerabilidad en la que actualmente se encuentran estos menores de edad es seriamente violatoria de sus derechos.

La adopción es una figura compleja, que requiere de un estudio minucioso por lo que respecta a la legislación que la regula, a las autoridades que intervienen y a la manera en la que se le da seguimiento. El *interés superior de la niñez*, principio que debe regir las actuaciones

a este respecto, debe privilegiar la inserción de niñas y niños en familias que permitan su sano desarrollo, sin que priven criterios estereotipados del tipo de familia que puede asegurarlo, y sin que la negligencia con respecto al seguimiento, una vez ocurrida la adopción, coloque al menor en circunstancias violentas o de riesgo.

En el siguiente apartado se revisará, de manera general, el último argumento de este reporte en lo que tiene que ver con la discriminación en el derecho civil mexicano. La intención fue no dejar fuera aquellos elementos relativos a la justicia civil cuya incidencia en la desigualdad de trato puede ser muy relevante. No sobra advertir que el análisis expresado a continuación es insuficiente y que sería recomendable explorarlo más a fondo en el futuro.