Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL DERECHO EUROPEO ANTE EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Pedro Talavera*

SUMARIO

I. Primera etapa: despenalización de las relaciones homosexuales
II. Segunda etapa: la lucha contra la discriminación
II.I La doctrina de la discriminación por razón de orientación sexual
II.II Transexuales frente al matrimonio
III. Tercera etapa: el reconocimiento jurídico de las uniones afectivas homosexuales
III.I. La Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo
III.II. Reconocimiento jurídico de la unión afectiva homosexual
III.II.I. Países sin regulación
III.II.II. Países que han aprobado leyes de parejas de hecho
III.II.III. Países que han aprobado leyes de uniones civiles homosexuales
IV. Cuarta etapa: apertura del matrimonio a personas del mismo sexo
V. La adopción: un problema complejo
VI. Consideraciones finales

RESUMEN

En la práctica totalidad de los países europeos las uniones de personas del mismo sexo han adquirido un reconocimiento jurídico que, en Holanda, Bélgica y España, llega hasta la posibilidad de acceder al matrimonio. El presente artículo analiza las cuatro etapas fundamentales y sucesivas que se han superado hasta conseguir este objetivo y el importante papel que en ello han tenido algunas resoluciones importantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se analizan también las diversas figuras que cada país ha puesto en marcha para implementar dicho reconocimiento jurídico.

ABSTRACT

In the majority of the European countries the couples of the same sex people have acquired a juridical recognition that, in Holland, Belgium and Spain, it arrives until the possibility of consenting to the marriage. The present article analyzes the four fundamental and successive stages that have been overcome until getting this objective and the important paper that in they have had it some important resolutions of the European Court of Human Rights. They are also analyzed the diverse figures that each country has started to implement this juridical recognition.

* Profesor titular de filosofía del derecho, Universidad de Valencia, España.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales, en la práctica totalidad de los países europeos, ha seguido un guión bien definido en cuanto al itinerario a recorrer y al orden en el que plantear las batallas jurídicas. Este itinerario normalizador y equiparador de las uniones de personas del mismo sexo al matrimonio responde a una especie de "hoja de ruta" con cuatro etapas fundamentales y sucesivas: a) la despenalización de las relaciones homosexuales; b) la lucha contra la discriminación y por la normalización social; c) el reconocimiento jurídico de las uniones afectivas homosexuales; d) la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo.

En el ámbito europeo, todos los países han recorrido ya las dos primeras etapas, que se han producido como consecuencia de importantes resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A ellas dedicaremos la primera parte de este trabajo. Quedan algunos países por consolidar la tercera etapa (además de los diez nuevos miembros de la UE), pero están en vías de hacerlo. Y sólo dos países, además de España,[1] se han situado en la cuarta etapa. Lo analizaremos en la segunda parte de este estudio.

I. Primera etapa: despenalización de las relaciones homosexuales

Las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito en la mayoría de los países europeos hasta fechas bien recientes. La propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), hasta principios de los años ochenta, vino a confirmar la legitimidad de dicha tipificación penal. Podrían distinguirse dos fases en la posición de los órganos de Estrasburgo.[2] En la primera, hasta principios de los años ochenta, la Comisión de Derechos Humanos rechazó las demandas presentadas por homosexuales contra distintos aspectos de la criminalización de la homosexualidad en legislaciones nacionales de estados miembros. Podríamos tomar como representativas de esta fase dos decisiones: La Decisión 104/55, de 17 de diciembre de 1955[3] y la Decisión 5935/75, de 30 de septiembre de 1975.[4]

[1] Para estudiar a fondo la reforma que se ha producido en España, a raíz de las leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y de separación y divorcio, y en la que se incluye en el concepto de matrimonio a cualesquiera dos personas con independencia de su sexo, remito al interesante artículo publicado por S. Carrión Olmos, "Reflexiones de urgencia en torno a las leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio", diario *La Ley*, No. 6298, 19 de julio de 2005, pp. 1-5.

[2] Seguimos en este punto la distinción apuntada por R. Navarro Valls, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid 1995, pp. 91-94.

[3] Cfr. Decisión 104/55, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1955-1957, pp. 228-229.

[4] Cfr. Decisión 5935/72, *Commision européenne des droits de l'homme, Décisions et rapports,* Vol.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El cambio de orientación en la jurisprudencia de Estrasburgo, que dio lugar a la despenalización de las relaciones homosexuales en el ámbito europeo, se produce en los años ochenta a partir de la emblemática sentencia del TEDH dictada en el *caso Dudgeon*, con fecha de 22 octubre de 1981.[5] El Tribunal de Estrasburgo, aun reconociendo legítima una cierta reglamentación penal de la homosexualidad masculina, concluye por mayoría que Dudgeon (un homosexual irlandés detenido por esta práctica) ha sufrido un atentado contra su vida privada. Pero rechaza que tenga derecho a practicar la homosexualidad con menores de veintiún años y reafirma el derecho de los estados miembros del Consejo de Europa a regular penalmente la homosexualidad, en la medida que sea necesario para defenderse contra la explotación y la corrupción de personas especialmente vulnerables. No obstante, un año después de la sentencia (9 de diciembre de 1982), Irlanda del Norte despenalizaba los actos homosexuales entre adultos a partir de los veintiún años.[6]

Esta decisión encontró eco en la Recomendación 924 (1981) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que solicitó al Consejo de Ministros una exhortación a los estados miembros dirigida a abolir las leyes que sancionaran penalmente la homosexualidad.[7] Dicha resolución incluía, además, una invitación a la Organización Mundial de la Salud tendente a eliminar la homosexualidad de la Clasificación Internacional de Enfermedades. Esta supresión se produjo el 1 de enero de 1993 (en la ICD-10).[8] Esa

3, pp. 46-51. Un análisis más extenso del caso, con referencia al caso Norris, puede verse en N. Pérez Cánovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, Comares, Granada, 1994, pp. 53-61.

[5] Sent Dudgeon, en *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, Serie A, § 45ss.

[6] Cfr. J. B. Marie, *L'homosexualité et la Convention européenne des droits de l'homme*, en el Vol. "L'homosexuel (le) dans les societés civiles et religieuses", Strasbourg 1985, pp.61ss.

[7] La resolución contenía, entre otras, las siguientes recomendaciones: Aplicar la misma edad de consentimiento para las relaciones heterosexuales y homosexuales; destrucción de las fichas y datos especiales relativos a homosexuales por parte de la policía u otros organismos; asegurar una igualdad de tratamiento a los homosexuales en materia laboral, de remuneración y seguridad en el trabajo, especialmente en el sector público; pedir la interrupción de todo tratamiento obligatorio dirigido a modificar la orientación sexual de los adultos; eliminación de toda discriminación en la tutela o el régimen de visitas a los hijos respecto a los padres por su orientación homosexual; pedir a los responsables administrativos y a las autoridades públicas la prevención de todo riesgo de violación o de abusos sexuales en las cárceles. Cfr. J. B. Marie, *L'homosexualité et la Convention européenne des droits de l'homme*, *Op. cit.*, p. 80.

[8] En esa misma sesión fue rechazada por la Asamblea de parlamentarios otra propuesta de resolución, solicitando al comité de ministros la modificación del art. 14 de la Convención, en el sentido de "añadir la noción de tendencia sexual". Este artículo, como es sabido, establece el principio de igualdad y no discriminación en los derechos reconocidos por el Convenio de Roma, prohibiendo toda distinción "basada especialmente en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra circunstancia". Cfr. N. Pérez Cánovas, *Homosexualidad, homosexuales y*

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

recomendación supuso el primer reconocimiento jurídico internacional del derecho a tener una orientación homosexual y a no ser discriminado por ello. A partir de ese momento desaparecen en Europa todas las legislaciones penalizadoras y el fenómeno comienza a ganar espacio social y jurídico.

Fuera del ámbito regional de acción del Convenio Europeo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Comunicación de 25 de diciembre de 1991, en el caso Toonen *vs*. Australia entendió que el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966,[9] amparaba los actos homosexuales bajo la protección de la vida privada.[10]

II. Segunda etapa: la lucha contra la discriminación

Una vez asentada la doctrina despenalizadora de las relaciones homosexuales, la "hoja de ruta" acomete una segunda etapa: la progresiva eliminación de discriminaciones en todos los ámbitos y la adquisición de un estatus de igualdad. Es a partir de finales de los ochenta del siglo pasado, cuando diversos estados comienzan a introducir disposiciones tendentes a evitar la violencia homófoba, considerándola agravante de determinados delitos.[11] A finales de los noventa se aprobaron las primeras leyes específicas dirigidas a evitar la discriminación del trabajador homosexual en Dinamarca (1996)[12] y en Suecia (1999).[13]

---

uniones homosexuales en el derecho español, *Op. cit.*, pp. 40-41 y 47-49.

[9] La resolución contenía, entre otras, las siguientes recomendaciones: Aplicar la misma edad de consentimiento para las relaciones heterosexuales y homosexuales; destrucción de las fichas y datos especiales relativos a homosexuales por parte de la policía u otros organismos; asegurar una igualdad de tratamiento a los homosexuales en materia laboral, de remuneración y seguridad en el trabajo, especialmente en el sector público; pedir la interrupción de todo tratamiento obligatorio dirigido a modificar la orientación sexual de los adultos; eliminación de toda discriminación en la tutela o el régimen de visitas a los hijos respecto a los padres por su orientación homosexual; pedir a los responsables administrativos y a las autoridades públicas la prevención de todo riesgo de violación o de abusos sexuales en las cárceles. Cfr. J. B. Marie, *L'homosexualité et la Convention européenne des droits de l'homme*, *Op. cit.*, p. 80.

[10] En esa misma sesión fue rechazada por la Asamblea de parlamentarios otra propuesta de Resolución, solicitando al comité de ministros la modificación del art. 14 de la Convención, en el sentido de "añadir la noción de tendencia sexual". Este artículo, como es sabido, establece el principio de igualdad y no discriminación en los derechos reconocidos por el Convenio de Roma, prohibiendo toda distinción "basada especialmente en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra circunstancia". Cfr. N. Pérez Cánovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, *Op. cit.*, pp. 40-41 y 47-49.

[11] En Europa estos países fueron: Noruega (1981), Suecia y Dinamarca (1987), Irlanda y Holanda (1989).

[12] Consultar Informe ILGA-Europa, Bruselas, 1998, pp. 47-550.

[13] Hans Yttemberg, "Cohabitation between two persons of same sex: a swedish story of love", en *Legal recongnition of same-sex partnership. A study of Nacional, European an Internacional Law*, Hart

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II.I. La doctrina de la discriminación por razón de orientación sexual

El TEDH también se pronunció en este ámbito, con ocasión de la prohibición de acceso de las personas homosexuales al ejército británico. Las sentencias Lustig-Prean and Beckett *vs*. Reino Unido y Smith and Grady *vs*. Reino Unido, ambas de 27 de diciembre de 1999, consideraron que la expulsión del ejército británico que sufrieron los demandantes por causa de su homosexualidad constituía una violación del artículo 8 CEDH. El gobierno británico no discutía que los homosexuales fueran menos capaces o menos valientes que los heterosexuales, o que los demandantes hubieran tenido algún problema de conducta antes de conocerse su condición. Pero alegaba que los intereses de la seguridad nacional estaban en juego y que admitir homosexuales en las fuerzas armadas tendría un significativo y negativo efecto sobre la moral de éstas. El Tribunal no acepta estos argumentos como justificación para limitar el derecho al respeto a la vida privada de los demandantes. Por el contrario, considera que la verdadera razón de su expulsión del ejército estuvo en una "actitud negativa" hacia su homosexualidad.[14]

No obstante, el avance más significativo en la lucha por evitar la discriminación de los homosexuales ha sido la consagración de un criterio discriminador no expreso en la enumeración realizada por el artículo 14 CEDH: la *"orientación sexual"*. La doctrina del respeto a la vida privada como escudo protector de la homosexualidad, reiterada por el TEDH, se ve complementada y reforzada con el recurso a este criterio a partir del caso Salgueiro da Silva Mouta *vs*. Portugal (21 de marzo de 2000). El Tribunal resolvió que la autoridad judicial portuguesa había violado el derecho al respeto a la vida privada del demandante (art. 8.1 CEDH), otorgando la custodia de una hija a la madre y no a él, exclusivamente sobre la base de su homosexualidad. La sentencia manifiesta que la decisión apelada puede considerarse un supuesto de discriminación *por razón de la orientación sexual del demandante*, que debe entenderse incluida entre los rasgos de discriminación no expresamente enumerados en la lista abierta del artículo 14 CEDH. A partir de esta sentencia, la "discriminación por razón de

Publishing, Cambridge, 2001, pp. 127-147.

[14] En su voto discrepante, el juez Loucaides argumenta que el problema de la diferente acomodación de los homosexuales sí es razonable para limitar el acceso de los homosexuales a las fuerzas armadas (acceso que, recuerda, no está garantizado como derecho fundamental por el Convenio Europeo). También estima que el alegado interés de la seguridad nacional amplía el margen de apreciación de las autoridades nacionales (Cfr. F. Rey Martínez, "Homosexualidad y constitución", *Op. cit.*).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

orientación sexual" ha completado en la jurisprudencia de Estrasburgo a la tradicional discriminación por razón de sexo.

En el caso Kerner *vs*. Austria, de 24 de julio de 2003, el TEDH consideró que la no extensión del derecho de subrogación arrendaticia al superviviente de una pareja homosexual constituía una discriminación "por razón de orientación sexual" (art. 14 CEDH) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CR). El Tribunal acepta que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón de peso que podría justificar una diferencia de trato, pero en las circunstancias del caso, el gobierno austriaco no aporta argumentación alguna para demostrar que esa finalidad exige no reconocer el derecho de subrogación arrendaticia a las parejas estables del mismo sexo.[15]

Algunos países como Holanda (1992 y 1994) y Portugal (2004) han introducido expresamente en sus constituciones la "orientación sexual" como uno de los factores discriminatorios que atentan contra el derecho a la igualdad.

II.II. Transexuales frente al matrimonio

La despenalización y normalización de las relaciones homosexuales corrieron paralelas al fenómeno de la transexualidad y a una progresiva aceptación de las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo (morfológico).[16] La extensión de esta práctica encontró un eco favorable en la jurisprudencia de algunos países que han concedido efectos jurídicos a dicho cambio morfológico de sexo.[17] También este fenómeno generó las

[15] Cuando se da una diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH exige que las autoridades nacionales aporten una justificación especialmente intensa: *"particularly weighly or serious reasons", "particularly convincing and weighly reasons"*. En otras palabras, el TEDH aplica el principio de proporcionalidad (y no el de simple razonabilidad) o *strict scrutiny test*. Sobre estos conceptos, vid. F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 48-54.

[16] Una buena visión del problema puede verse en E. Roca Trías, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 104-114.

[17] Un extenso tratamiento de la jurisprudencia puede verse en M. Elósegui Itxaso, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Comares, Granada 1999. Entre la jurisprudencia proclive a la concesión de efectos jurídicos al transexualismo, destaca una sentencia de 1978 del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 49, 286) en la que se establece: "la dignidad humana y el derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de su personalidad exigen que se adapte la condición personal del individuo al sexo al que pertenece conforme a su constitución psicológica y física". En los Estados Unidos, la Corte Suprema de Nueva Jersey (M.T. v I.T., 1976, 2. F.L.R. 2247) ha entendido que una operación de transexualidad debe considerarse un cambio de sexo a efectos jurídicos: "siempre que no contraríe algún interés social, principio de orden público o precepto moral". Sin embargo, existen también otros ejemplos de sentencias europeas reticentes a conceder plenos efectos jurídicos al cambio

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

primeras demandas de transexuales ante el TEDH por habérseles denegado la posibilidad de acceder al matrimonio. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha quedado plasmada —y permanece inalterada hasta el momento— en sus dos sentencias más representativas en este campo: las dictadas en los casos *Rees* y *Cossey*.[18] Las razones esgrimidas por el Tribunal para denegar este derecho son, en síntesis, las siguientes:

1) El derecho al matrimonio (garantizado por el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto. El texto de ese artículo así lo confirma, "en la medida en que el fin perseguido es la protección del matrimonio en cuanto fundamento de la familia".

2) El impedimento legal de un Estado a la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo biológico no puede considerarse una limitación que menoscabe la esencia del *ius connubii*.

3) La evolución acaecida hasta el momento en las legislaciones y la opinión pública de la mayoría de los estados miembros, "no evidencia un abandono general del concepto tradicional de matrimonio". Por eso mismo, "el mantenimiento de este concepto es razón suficiente para continuar aplicando el criterio biológico en orden a la determinación del sexo de una persona a efectos matrimoniales".[19]

En el contexto europeo encontramos dos tipos de planteamientos: Suecia, Alemania, Italia y Holanda han aprobado leyes internas que permiten la constancia registral del cambio de sexo, exigiendo diferentes requisitos, normalmente la sentencia judicial. A ese grupo hay que añadir España, donde antes de haber legislación al respecto, la rectificación del sexo en

---

de sexo. Entre ellas, en el Reino Unido: Corbett vs. Corbett (1970, 2 W. L.R. 1306, 1324); Francia: sentencias de la Corte de Casación de 16 de diciembre de 1975 (D. 1976, 397, 30 de noviembre de 1983, D. 1984, 165) y de 3 de marzo de 1987 (D. 1987, 445); Alemania: BGH, 21 de septiembre de 1971, BGHZ 57, 63; Holanda: HR, 3 de enero de 1975, NJ 1975, 187 (Cfr. R. Navarro-Valls, *Matrimonio y derecho*, *Op. cit.*, pp. 93-94, n. 275).

[18] *Vid*. M. Elósegui, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, *Op. cit.*, pp. 207-240; J., Escrivá Ivars, *Transexualismo y matrimonio*, "Persona y derecho", 2 (1992), pp. 327-351; R. Navarro Valls, *Matrimonio y derecho, Op. cit.*, pp. 98-100; N. Pérez Cánovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, *Op. cit.*, pp. 137-140; Y., Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Civitas, Madrid 1994, pp. 154-155.

[19] *Vid*. M. Elósegui, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, *Op. cit.*, pp. 281-332. En todo caso, cabe señalar que si la posición denegatoria del Tribunal de Estrasburgo se dirige a casos de transexualismo, unos supuestos cuya posibilidad de acceder al matrimonio podría parecer bastante clara, la posibilidad de admitir el acceso al matrimonio de dos personas del mismo sexo parece bastante alejada. No obstante estas sentencias dan lugar a interpretaciones diferentes al respecto. Pueden verse, a modo de ejemplo, las distintas visiones mantenidas por N. Pérez Cánovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, *Op. cit.*, pp. 133-140 y R. Navarro Valls, *Matrimonio y derecho*, *Op. cit.*, pp. 98-103.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el Registro Civil ya fue admitida por la jurisprudencia (STS de 2 de julio de 1987; 15 de julio de 1988; 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991).[20] Otro grupo de países, como el Reino Unido, no admiten ese cambio en el Registro. En ninguno de estos países las rectificaciones registrales tienen eficacia respecto del matrimonio. Tan sólo en Italia, el artículo 2 de la Ley de 1992, establece que la sentencia que autoriza el cambio de sexo disuelve automáticamente el matrimonio del interesado, pero no menciona expresamente si le habilita para contraer uno con persona del sexo opuesto. En España, desde diciembre de 2005, la modificación del artículo 45 del Código Civil, a raíz de la Ley 13/2005, por virtud de la cual cualesquiera dos personas, del mismo o de distinto sexo, pueden acceder al matrimonio, ha convertido en irrelevante el debate sobre el *ius nubendi* de los transexuales. Algo similar ha sucedido en Holanda desde 2003.

III. Tercera etapa: el reconocimiento jurídico de las uniones afectivas homosexuales

La tercera etapa tiene como clarísima referencia la Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo, que impulsó decididamente el reconocimiento institucional de la convivencia afectiva homosexual. Dicha resolución tuvo una notable repercusión en los países de la Unión Europea, marcando un punto de inflexión en el tratamiento del problema y propiciando el surgimiento de iniciativas legislativas dirigidas a conceder un estatuto jurídico a las uniones homosexuales. También supuso el nacimiento en la mayoría de países europeos de una serie de Registros de Uniones de hecho o Uniones Civiles (casi siempre de ámbito municipal o provincial) dirigidos a facilitar una cierta formalidad y publicidad a este tipo de uniones.

III.I. La Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo

La Resolución del Parlamento Europeo sobre "igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea" fue aprobada el 8 de febrero de 1994.[21] En un principio se planteó solicitar de la Comisión la elaboración de una "Directiva" sobre la materia, no una simple "Recomendación". La Directiva exige armonizar la legislación de los países de

[20] *Vid.* Comentario a las sentencias en M. Elósegui, *Op. cit.*, pp. 127-206.
[21] Se trata de la Resolución A3-0028/94. Un análisis más detallado de la misma puede verse en N. Pérez Cánovas, *Op. cit.*, pp. 42-47; R. Navarro Valls, *Op. cit.*, pp. 970-980.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Unión Europea, mientras que la Recomendación, que es lo que finalmente se solicitó, no es de obligado cumplimiento. Finalmente, se realiza una recomendación a los estados miembros pidiendo, entre otras cosas, la adopción de las siguientes medidas:

– Supresión de todas las disposiciones jurídicas que penalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

– Poner fin a la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres.

– Supresión de las legislaciones que permiten el almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su consentimiento.

– Supresión de toda discriminación en el derecho laboral, penal, civil, contractual y comercial.

Quizá lo más significativo reside en su solicitud de que la futura Recomendación que se elabore ponga fin "a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales"; garantizando a dichas uniones "los plenos derechos y beneficios del matrimonio". También se solicita que se elimine, en los derechos nacionales, "toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres y a adoptar o a criar niños".[22]

Resulta significativo el elevado número de ausencias en el Parlamento el día de la votación y el número de votos en contra y abstenciones con relación a los votos favorables a la resolución.[23] Cabe suponer que estuvieran motivados por la radicalidad con la que se planteaba la equiparación de efectos entre la unión homosexual y el matrimonio. El caso es que, mientras otros aspectos de la resolución fueron asumidos por los distintos grupos parlamentarios europeos sin dificultad, el intento de equiparar las uniones de homosexuales y el matrimonio planteó desde el primer momento una fuerte resistencia en los distintos gobiernos de la Unión Europea, que todavía hoy continúa.[24]

---

[22] Cfr. N. Pérez Cánovas, *Op. cit.*, pp. 41-47. Además del texto completo de la Resolución, puede consultarse también la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1984 sobre discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo, donde se hace una especial mención a las discriminaciones contra los homosexuales.

[23] En la discusión del texto de la Resolución se evidenciaron las profundas diferencias existentes entre las distintas posiciones políticas e ideológicas. La resolución, de hecho, no fue aprobada por voto masivo de los miembros de la Cámara. De los 518 diputados que forman el Parlamento Europeo, participaron en la votación solamente 273 (el 52.7%); de ellos votaron a favor 159 (30.7%), 98 en contra; y se registraron 18 abstenciones de diputados presentes.

[24] El propio Parlamento Europeo, en su Resolución de 14 de diciembre de 1994 dio un poco de marcha

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La preocupación por este tipo de discriminación se retoma en otras resoluciones posteriores, como la dictada sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea del año 1998,[25] o en la de 15 de enero de 2003, en la que recomienda a los estados que reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

III.II. Reconocimiento jurídico de la unión afectiva homosexual

En el marco de la Unión Europea, podemos establecer cuatro grupos de países en función del tipo de regulación arbitrada para las parejas homosexuales: a) países carentes de regulación; b) países que han aprobado leyes de parejas de hecho; c) países en donde se han aprobado leyes de uniones civiles homosexuales; d) países que han abierto la institución matrimonial a las parejas homosexuales.

III.II.I. Países sin regulación

Pertenecen a este grupo Italia, Irlanda, Grecia, Austria y Luxemburgo, y el resto de los países recién llegados a la Unión Europea, excepto Hungría.[26]

En Italia y Grecia los sucesivos intentos de introducir reformas legales para evitar la discriminación por razón de orientación sexual (más numerosos en Italia), o las propuestas de regularización de las uniones homosexuales (muy escasas en ambos) han sido rechazadas apenas iniciada

---

atrás en lo propuesto en febrero. En el documento de trabajo se trataba de la equiparación de derechos entre las familias tradicionales y las alternativas o atípicas, incluyendo entre éstas a las parejas de hecho homosexuales. Finalmente, del texto definitivo fue suprimido el párrafo que decía: "la política familiar de la Unión Europea debe reconocer diferentes tipos de familias, incluyendo familias alternativas a las tradicionales, sin ninguna forma de discriminación" (*Vid. D.O.C.E.*, n. c 18, de 23 de enero de 1995, pp. 96-99).

[25] D.O.C.E. de 16 de marzo de 1998, párrafos 65 a 69. En ella el Parlamento pide a todos los estados miembros "que reconozcan la igualdad de derechos de los homosexuales, especialmente mediante el establecimiento, donde aún no sea el caso, de contratos de unión civil, con vistas a suprimir todas las formas de discriminación de las que aún son víctimas los homosexuales en particular, en materia de derecho fiscal, regímenes patrimoniales, derechos sociales, etc., y que contribuyan, mediante la información y la educación, a luchar contra los prejuicios de que son objeto en la sociedad" (p. 67).

[26] El caso de Hungría es muy singular y significativo. Se trata de un país bastante conservador en lo moral y hostil a las organizaciones homosexuales, pero que elaboró muy rápidamente una legislación sobre uniones no casadas. Esa regulación, sin embargo, no fue el resultado de una demanda social o de reivindicaciones de los colectivos homosexuales, sino una decisión política sorprendente de la Corte Constitucional del país. El tribunal impuso la necesidad de legislar sobre parejas no casadas, y el gobierno se apresuró a ponerla en marcha viendo en ello una oportunidad excepcional para mejorar la imagen política del país con vistas a su incorporación a la Unión Europea (Y. *Vid*. Merin, *Equality form Same-Sex Couples*, Chicago University Press, Chicago, 2002, pp.130-134).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

su tramitación parlamentaria.[27] En los países del este de Europa, recién llegados a la Unión Europea, los colectivos homosexuales carecen de vertebración por lo que sus demandas ni siquiera están presentes en la opinión pública ni forman parte de la agenda política. El primer paso en esta dirección vendrá, seguramente, como consecuencia de la implantación de la directiva europea 1000/78 sobre protección contra la discriminación en el mercado de trabajo.

En Irlanda, en cambio, aunque tampoco existe legislación específica sobre uniones homosexuales, durante los últimos años se ha producido una verdadera revolución en el tratamiento legislativo de la homosexualidad. A partir de la resolución del caso *Norris* por el TEDH, se puso en marcha un vertiginoso proceso legislativo de reformas encaminado a erradicar la discriminación de los homosexuales, incluido el mercado de trabajo.[28] De ahí que muchos analistas consideren inminente una regulación específica de las uniones homosexuales en este país. También cabe esperar cambios a corto plazo en Luxemburgo y Austria, en donde esa regulación ya forma parte de la agenda política de los gobiernos.

III.II.II. Países que han aprobado leyes de parejas de hecho

No voy a detenerme ahora en analizar la compleja problemática jurídica que generan las uniones de hecho y las contradicciones y paradojas que han consagrado las diversas y heterogéneas leyes que las regulan.[29] En todo caso, se trata de disposiciones legislativas de distinto rango que, en general, regulan la situación jurídica de las uniones estables no casadas. Si hubiera que sistematizarlas de alguna manera cabría hacerlo en tres grupos:[30]

Leyes de cohabitación: Dentro de ellas englobamos las distintas normativas que regulan los efectos económicos derivados de una convivencia continuada de dos personas, al margen de la existencia o no de "afectividad"

---

[27] En Italia, como ha sucedido en España, se han abierto numerosos registros municipales de uniones de hecho, aunque carecen de toda eficacia y efectos.

[28] *Vid*. L. Flynn, "Same-Sex Couples and the Irish experience o Sexual Orientation Law Reform", in *Legal recognition of same-sex partnership, A study of National, European an International Law*, Hart Publishing, Cambridge, 2001, pp. 591-605.

[29] Remito en este ámbito a P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2000; y a mi trabajo: R. Moliner,"Las uniones homosexuales en el derecho español", *Revista de Derecho Comparado*, Vol. 4, 2001,), pp. 131-170.

[30] Sigo en esta clasificación a K. Calvo, *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en España*, *Op. cit*., p. 14.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre los convivientes. Este tipo de leyes se elaboraron en los países escandinavos (Dinamarca, Suecia y Noruega) durante la década de los ochenta del siglo XX y contenían disposiciones dirigidas exclusivamente a la división equitativa de los bienes (en particular vivienda y enseres domésticos) una vez disuelta la relación de las parejas no casadas. En principio, se dirigían a convivientes heterosexuales, pero a partir del año 1994 se extienden también a convivientes del mismo sexo. La peculiaridad de estas previsiones es que prescinden de la realidad afectiva de la pareja. Son normas que atienden exclusivamente a resolver las situaciones patrimoniales derivadas de la convivencia prolongada entre dos personas, sea cual sea el fundamento de esa convivencia. No se sitúan, pues, en el ámbito del derecho de familia, sino en el ámbito exclusivo del derecho patrimonial, preservando la exclusividad del matrimonio como única figura institucional reguladora de las relaciones afectivas de pareja.

Leyes de parejas de mínimos: En este grupo se sitúan las leyes que regulan relaciones estables de pareja basadas en la "afectividad", aunque sin cuestionar la supremacía del matrimonio como modelo institucional paradigmático en la regulación de la convivencia afectiva de pareja. La ley húngara de uniones estables no casadas de 1996, el Pacto Civil de Solidaridad francés (PACS), aprobado en 1999, y la Ley de Uniones de Hecho portuguesa de 2001, son ejemplos palmarios de esta alternativa. También se encuadran en esta categoría las trece leyes autonómicas de parejas aprobadas hasta ahora en España, a excepción de las leyes navarra y vasca.

Estas leyes no suelen aprobarse ante la reivindicación de las parejas heterosexuales no casadas, sino como respuesta al "problema homosexual". Independientemente de cuál sea la justificación que se ofrezca ante la opinión pública, ningún gobierno ha puesto en marcha una legislación de este tipo hasta tanto no ha experimentado la presión política del colectivo homosexual. Sin embargo, son leyes que conviven con la prohibición legal de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Esto significa que el único reconocimiento otorgado en estos países a las uniones homosexuales que deseen formalizar de algún modo su relación, es el de simples uniones de hecho.

Las leyes de parejas "de mínimos" no pretenden, pues, establecer una figura análoga al matrimonio tradicional. Su objetivo es diseñar un marco legal básico que dé respuesta a algunas reclamaciones del colectivo homosexual para evitar, precisamente, la apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo. Este objetivo real es el que perfila sus tres principales

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

características: por un lado, la *universalidad*; es decir, se conceptúa como unión de hecho a toda pareja, con independencia del sexo de los convivientes (aunque el verdadero objetivo sea la regulación de las uniones de personas del mismo sexo). Por otro lado, se conceden unos *efectos jurídicos limitados*; es decir, sólo se contempla la gestión de las relaciones patrimoniales de los convivientes, algunas disposiciones sucesorias (en muy pocas), previsiones indemnizatorias por ruptura y algunos efectos de tipo administrativo y frente a terceros. Se prevén, por tanto, medidas sobre el uso de la vivienda común, obligaciones de alimentos, reparto de los bienes y pensiones compensatorias en caso de ruptura. Son también frecuentes algunas previsiones en materia fiscal (la ley portuguesa y la francesa prácticamente equiparan a parejas casadas y no casadas en el ámbito de la tributación, no así la legislación húngara). También suelen concederse derechos en materia de seguridad social, particularmente en el caso de los empleados públicos. Ninguna de estas leyes se introduce en materia de filiación, tutela, patria potestad, adopción, naturalización de extranjeros o inseminación artificial. En tercer lugar, se impone la obligación de *inscribirse en un registro*; es decir, la realización de un acto constitutivo que es condición para la producción de sus efectos. Naturalmente, esto sólo se explica porque se está pensando en la pareja homosexual, pero resulta paradójico, puesto que la pareja deja de ser *de hecho* para convertirse en una pareja *registrada* (de derecho), o lo que es lo mismo, en una especie de pseudo-matrimonio de segunda categoría, con una regulación más flexible y unos efectos reducidos.[31] Para salvar esta contradicción algunas leyes (la portuguesa y la asturiana) no prevén la obligatoriedad de la inscripción, pero eso genera graves problemas de seguridad jurídica: ¿puede imponerse automáticamente esa legislación a toda pareja no casada, incluso a quienes no lo deseen? En definitiva, las leyes de parejas "de mínimos" son un instrumento ambiguo y confuso que, a pesar de plantearse primordialmente como mecanismo de reconocimiento para las uniones homosexuales, resulta escasamente utilizado por ellas, como lo demuestran palmariamente las estadísticas (menos del 4% de las inscripciones en los registros son de parejas de personas del mismo sexo).[32]

[31] *Vid*. P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, *Op. cit*., pp. 77ss.

[32] Veamos como paradigma el PACS francés. El *Pacto Civil de Solidaridad*, aprobado en 1999, se encuentra contemplado en el Libro I (bis) del Code Civil, y ofrece a cualquier pareja no casada, del mismo o de distinto sexo, la posibilidad de constituir una convivencia reconocida institucionalmente en el marco del derecho de familia, que se disuelve por matrimonio, muerte o voluntad unilateral de cualquiera de ellos y que genera los siguientes efectos:

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Leyes de parejas de máximos. Se trata de legislaciones destinadas a equiparar uniones matrimoniales y no matrimoniales (heterosexuales y homosexuales) a todos los efectos, y que plantean un panorama de modelos familiares alternativos radicalmente novedoso. En Europa apenas existen este tipo de leyes. En concreto, sólo podrían calificarse así tres de ellas: la ley holandesa de parejas registradas de 1999, y en España la ley de parejas estables de Navarra, de 2000 y la ley de parejas de hecho de Euzkadi de 2003. Todas ellas se basan sobre el reconocimiento del libre desarrollo de la afectividad y plantean el derecho a no ser discriminado ni en función de la orientación sexual ni del grupo familiar.[33] Ambas leyes han justificado su maximalismo ante la imposibilidad de las personas del mismo sexo de acceder al matrimonio. Con ellas, pues, se pretenden eliminar las diferencias de trato existentes en función del estado civil de las parejas (casados o no casados) y del sexo de los componentes de la pareja (del mismo o distinto), y para ello se equiparan las uniones matrimoniales y las no matrimoniales, del mismo o distinto sexo, a todos los efectos (incluida la filiación, sucesión y adopción). De acuerdo con este planteamiento los componentes de una pareja afectiva, con independencia de su sexo, podrían optar por formalizar su relación casándose o conviviendo en unión de hecho; en ambos casos obtienen los mismos efectos, si bien bajo formalidades distintas en la constitución y disolución de su convivencia. Podrían optar también por no formalizar su situación (no registrándose), en cuyo caso, no estarían sometidos a dicho régimen legal. No cabe analizar aquí este sistema, pero baste consignar su dudosa virtualidad.

— Como deberes de los signatarios están el de alimentos y el de contribución al sostenimiento de la vida en común. Deben pactar un régimen económico, o en su defecto se les aplica el de comunidad de bienes.
— Como derechos de los signatarios:
Función pública: Traslados por destino del conviviente.
Impuestos: A los tres años, tributación conjunta.
Arrendamiento: Con un año, subrogación en el contrato.
Inmigración: Con un año, se puede solicitar la residencia.
Sucesiones: Con dos años, rebaja en el impuesto de sucesiones.
Como puede verse, son unas previsiones discretas (ni siquiera se prevé la posibilidad de sucesión *ab intestato*) y bastante alejadas del techo máximo equiparador al matrimonio, contemplado por la legislación holandesa o por las leyes de cohabitación registrada de los países nórdicos.

[33] Sobre la ley navarra de parejas estables no casadas, *Vid*. R. Moliner, "Tratamiento jurídico de las uniones de hecho", en "Curso de derecho civil valenciano", *Revista General de Derecho*, Valencia, 2000, pp. 1293-1297.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III.II.III. Países que han aprobado leyes de uniones civiles homosexuales

El tercer grupo de países está constituido por aquellos que han reconocido las uniones civiles de personas del mismo sexo. Estas leyes son un producto típico de los partidos socialdemócratas del norte de Europa en alianza con las organizaciones homosexuales. La unión civil homosexual es una figura casi equiparable al matrimonio civil en cuanto a efectos, derechos y obligaciones, pero que está diseñada exclusivamente para la regulación de las parejas afectivas de personas del mismo sexo. A diferencia de las leyes de parejas de hecho, las leyes de uniones civiles no son de ámbito universal: sólo pueden acceder a ellas las parejas homosexuales. Y ello porque este tipo de unión civil nace como la alternativa homosexual al matrimonio heterosexual. Ésta es la situación de Dinamarca (1989); Noruega, Finlandia, Islandia (1993), Suecia (1995), Holanda (1998) y Alemania (2001).

La Ley danesa de Parejas Registradas, de 1989, fue la primera ley de este tipo aprobada en el mundo. Poco después se aprobaron leyes similares en el resto de los países escandinavos y Holanda. Alemania siguió también esta vía, aprobando en 2001 una ley en la que se reconocen las "comunidades de vida" formadas por parejas homosexuales. El último país europeo en incorporarse a este modelo ha sido Gran Bretaña, en diciembre de 2004, con su ley de "uniones civiles", que extiende a las parejas homosexuales registradas todos los derechos y obligaciones de los matrimonios, incluyendo la adopción, la inseminación artificial y la naturalización de extranjeros.

Es importante observar que las leyes de uniones civiles homosexuales desarrollan una terminología completamente nueva para definir el estado civil creado por la unión registrada de personas del mismo sexo. En la ley alemana se habla de "miembros de una comunidad de vida registrada" y en los países escandinavos de "miembros de una pareja registrada". Con esta nueva categoría jurídica se pretende establecer una línea de demarcación perfectamente trazada entre el estatus de estas parejas y el matrimonio civil. En Dinamarca, por ejemplo, la idea de *pareja registrada* fue una invención del movimiento homosexual trasladado a la legislación. En Alemania la idea de *comunidad de vida* fue apuntada por el Tribunal Constitucional en 1993 cuando resolvió que la Constitución alemana prohibía los matrimonios entre personas del mismo sexo.[34]

[34] *Vid.* K. Calvo, *Ciudadanía y minorías sexuales: la regulación del matrimonio homosexual en Es-*

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Las uniones civiles homosexuales suponen una casi completa equiparación de efectos con el matrimonio, excepto en los siguientes ámbitos:

– *Inseminación artificial:* se prohíbe a las uniones civiles acudir a la reproducción asistida como pareja.

– *Nacionalidad y residencia:* algunas leyes imponen a las uniones civiles requisitos que no son exigibles a los matrimonios (p. ej. un periodo mínimo de residencia en el país).

– *Adopción, acogimiento, patria potestad de los hijos*: Éste es el terreno más sensible y en el que leyes de uniones civiles se separan con mayor claridad del matrimonio. Únicamente la ley sueca permite a las parejas homosexuales adoptar conjuntamente (la ley del 1994 impedía explícitamente la aplicación de la legislación sobre adopción y filiación a las parejas registradas homosexuales, pero la reforma que entró en vigor en enero de 2003, ha eliminado estas restricciones). A medio camino se sitúa el caso danés, donde la reforma de 1999 concedió a las uniones homosexuales el derecho a que un miembro de la pareja pueda adoptar legalmente al hijo o hijos del otro miembro (siempre que este hijo no haya sido adoptado en un país extranjero). El proyecto de uniones civiles británico, como dijimos, contempla la posibilidad de adopción conjunta. También en Holanda, la ley de "convivencia registrada", a partir de la reforma del 2001, autoriza la adopción sobre los hijos del otro conviviente y la adopción conjunta de la pareja homosexual. La adopción sólo podrá realizarse en territorio holandés para evitar los posibles problemas jurídicos con países donde estas uniones no están reconocidas; pero Holanda acepta la adopción de un menor extranjero si el país de origen del niño no pone dificultades.[35] Se incorpora también la previsión de que los hijos que nazcan en el seno de una pareja homosexual registrada (a través de fecundación artificial) sean reconocidos como descendientes de ambos. A excepción de las dos leyes de máximos españolas, ninguna otra legislación de este tipo ha sido cuestionada en sede constitucional.

IV. Cuarta etapa: apertura del matrimonio a personas del mismo sexo

En Europa, además de la reciente reforma producida en España (2005), solamente dos países: Holanda (2001) y Bélgica (2003), han modificado

paña, *Op. cit.*, p. 19.

[35] Las organizaciones de homosexuales afirman que en Holanda hay en torno a 20,000 parejas homosexuales educando niños procedentes de relaciones anteriores de alguno de ellos.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

su legislación civil con el fin de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ambos países lo restringen a sus nacionales y a los extranjeros que lleven, al menos, tres meses de residencia legal en ellos. Fuera del ámbito europeo, ocho provincias canadienses permiten la celebración de matrimonios homosexuales. En el ámbito estadunidense, tras los fallos judiciales contradictorios de California, el estado de Massachussets es el único que ha aprobado, en mayo de 2004, una ley que lo permite (en algunos estados como Vermont o California se reconocen efectos a las uniones de hecho homosexuales).

La técnica jurídica utilizada en estos dos países europeos resulta bastante sencilla, puesto que no existiendo definiciones constitucionales de matrimonio, todo el proceso se ventila en el ámbito de la legislación civil. No resulta complicado eliminar del concepto de matrimonio la referencia a la diferenciación de sexos, utilizando un tipo de fórmula como "la unión de dos personas, con independencia de su sexo". Partiendo de esta definición, sólo resta eliminar de un reducido número de disposiciones civiles las referencias expresas al sexo de los contrayentes (marido y mujer, esposo y esposa...), sustituyéndolas por una terminología neutra que habla de "contrayentes", "cónyuges", etc. Ésta ha sido también la técnica seguida por el legislador español.

En el debate habido en Holanda y Bélgica, además del objetivo político de equiparación de derechos entre homosexuales y heterosexuales, se ha aludido a que la apertura del matrimonio a parejas del mismo sexo resulta técnicamente más sencillo y coherente que optar por la creación de figuras *paralelas* a las que adjuntar efectos matrimoniales (como en Alemania). Cuando se opta por una ley específica para parejas homosexuales, el legislador se ve en la necesidad de desarrollar un nuevo y confuso estado civil (pareja homosexual registrada) y de definir su correcto acomodo en el sistema legal. Por otro lado se evita el problema de las leyes de parejas y de uniones civiles, que deben incluir complejas y farragosas enumeraciones o remisiones a legislaciones generales o especiales, que frecuentemente han de ser revisadas o completadas.[36]

[36] Merece la pena destacar una importante diferencia de planteamiento político entre los países que promueven leyes de uniones civiles o de matrimonio homosexual, por un lado, y los que se contentan con leyes de parejas de hecho, por otro. Mientras que los primeros pretenden la equiparación real entre parejas homosexuales y heterosexuales, los que apuestan por leyes de parejas de hecho tienden a reforzar la existencia de un nivel institucional exclusivo (el matrimonio heterosexual) y un nivel inferior y subordinado para regular el fenómeno homosexual. Incluso dentro de la lógica de la equiparación, quienes se decantan por las uniones civiles homosexuales se mueven en la óptica de la *ley especial*

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. La adopción: un problema complejo

La apertura del matrimonio civil a personas del mismo sexo, en realidad, sólo debe enfrentarse a un tema espinoso: la adopción de menores.[37] El TEDH confirmó, con ocasión de la sentencia Fretté *vs*. Francia, de 26 de febrero de 2002,[38] que los estados partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos gozan de un amplio margen de discreción para permitir o no adoptar a las uniones o matrimonios de personas del mismo sexo.

En Holanda fue a Ley 10, de 21 de diciembre de 2000 (adopción por personas del mismo sexo), la que reformó el libro I de su Código Civil, admitiendo la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar conjuntamente con el fin de ofrecer una mejor y más coherente educación a los niños. Se exigen tres condiciones: a) llevar, al menos, tres años de convivencia (no tiene por qué ser registrada); b) un periodo de prueba de un año antes de la definitiva adopción, durante el cual se realizará un seguimiento psicosocial; c) el adoptado ha de ser nacido en Holanda. Esta misma reforma se amplió con la Ley 9, de 21 de diciembre de 2000 (de apertura del matrimonio), que modificó el mencionado libro I del Código Civil estableciendo el matrimonio como unión de dos personas con independencia de su sexo. También, cuando se trata de matrimonio entre mujeres, la legislación atribuye automáticamente la filiación a ambas "cónyuges" en caso de recurrir a la inseminación artificial. La ley belga de 2003 excluyó que los miembros del matrimonio homosexual pudieran acogerse a las disposiciones relativas a la adopción conjunta de menores, o sobre los hijos del otro "cónyuge". No obstante, a finales de 2004 se aprobó la reforma que permite adoptar a los matrimonios homosexuales. La ley británica, como dijimos, equipara completamente el matrimonio homosexual y heterosexual, incluyendo la adopción conjunta, con la sola excepción del acceso a la forma religiosa de celebración. La ley española

---

frente a la norma general común del matrimonio. Es decir, pretenden remarcar la singularidad del fenómeno afectivo homosexual frente a la normalidad institucional del matrimonio heterosexual. En este sentido, la mayoría de las organizaciones homosexuales europeas y españolas coinciden en rechazar la legitimidad de lo que ellos denominan "leyes especiales para homosexuales".

[37] Con relación al tema de la adopción por parejas homosexuales, ver el trabajo de P. Talavera, "Las uniones homosexuales frente a la adopción", *Sistema*, 173, 2003, pp. 77-101.

[38] En su opinión discrepante, los jueces Bratza, Fuhrmann y Tuikens, consideran, no obstante, que aunque no haya un derecho a adoptar (y menos por un soltero), el derecho al respeto de la vida privada ampara esta posibilidad (porque la noción de "vida privada" es abierta y comprende el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos) y, sobre todo, que las autoridades francesas habrían incurrido en discriminación prohibida por el art. 14 del CEDH en relación con el art. 8.1 CEDH (*Vid. Ibidem*).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no dice nada al respecto, pero se sobreentiende que, en cuanto matrimonio, no los descarta como candidatos. Alemania y Francia han excluido esta posibilidad.

Cuadro sinóptico

Modelo jurídico	Países europeos
Parejas de hecho	– Portugal (2001) – Francia (1999) – Leyes autonómicas españolas – Hungría (1996)
Uniones civiles homosexuales	– Reino Unido (2004) – Finlandia (2001) – Alemania (2001) – Suecia (1994) – Noruega (1993) – Dinamarca (1989)
Matrimonio civil homosexual	– España (2005) – Bélgica (2003) – Holanda (2001)

VI. Consideraciones finales

Para concluir esta panorámica podríamos apuntar, al menos, tres consideraciones:

1º) En el ámbito europeo se pretende defender el máximo grado de libertad e igualdad en las relaciones afectivas de pareja. Para ello, el derecho prevé lo siguiente: a) la posibilidad de acudir a un estatus matrimonial, con independencia del sexo de la pareja; b) reservar el estatus matrimonial para las parejas heterosexuales y habilitar un estatus paralelo al matrimonial para las parejas homosexuales; y c) la posibilidad de convivir en unión de hecho, con independencia de la orientación sexual de la convivencia. A cada una de estas tres opciones corresponde un estatuto jurídico acorde con la específica voluntad convivencial de la pareja.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2º) Casi todos los países europeos con legislación al respecto han incluido la posibilidad de adopción conjunta de menores y el acceso a las técnicas de reproducción asistida para las parejas del mismo sexo. Pero conviene recordar que la adopción no constituye un derecho de estas parejas (ni de ninguna otra), puesto que se trata de una institución esencialmente protectora, *tuitiva* y no declarativa de derechos (no se plantea desde la perspectiva de quienes quieren adoptar sino de quien va a ser adoptado). Por consiguiente, en sentido estricto, *nadie*, sea individuo o pareja (casada o no casada) tiene derecho a adoptar un menor; al contrario, es el menor quien tiene derecho a ser protegido en sus derechos fundamentales y en su desarrollo educativo por la persona o personas más idóneas. Y esa protección es la que debe garantizarse por el legislador con las medidas jurídicas pertinentes. En consecuencia, puesto que la posibilidad de adopción (o de reproducción asistida) no pueden considerarse en ningún caso como aspectos esenciales para el establecimiento y desarrollo ni de un matrimonio ni de una unión de hecho, resultaría completamente incongruente incluirlos en sus respectivas regulaciones como derechos inherentes a la pareja o reivindicarlos como tales.

3º) La mayoría de los países, como hemos dicho, han entendido que la institución matrimonial debe respetar el principio heterosexual como parte de su contenido esencial y han habilitado un régimen paralelo al del matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo que desean casarse. En nuestra opinión, esta solución es la que mejor conjuga el respeto al principio de igualdad con el respeto a la carga cultural, histórica y dogmática de la institución matrimonial. ■

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TRANSEXUALIDAD, HOMOSEXUALIDAD Y FAMILIA (REFLEXIONES TEÓRICAS Y RESULTADOS DE TRABAJO DESDE UNA VISIÓN DE LA PSICOLOGÍA)

Pedro Fernández Olazábal*

SUMARIO

I. Los trastornos sexuales (reflexiones teóricas)
II. La familia como grupo social y su rol en la formación de la personalidad y la sexualidad
III. Caracterización psicológica de la familia del transexual y el homosexual (resultados de trabajo)
IV. Conclusiones

RESUMEN

El autor presenta reflexiones teóricas en torno a la conceptualización de los trastornos sexuales, su diferenciación con variantes de la sexualidad humana y la visión crítica desde las posiciones de la psicología de la personalidad. Esta visión personológica, facilita las valoraciones acerca del papel de la familia en el desarrollo de la personalidad y específicamente de la esfera sexual, en la cual se concibe la misma como contexto del desarrollo, independientemente de su estructura y tipo. Muestra como resultado una caracterización psicológica de la dinámica familiar con respecto a variantes de la sexualidad y los trastornos sexuales.

ABSTRACT

It presents theoretical reflections around the conceptualization of the sexual dysfunctions, their differentiation with variants of the human sexuality and the vision criticizes from the positions of the psychology of the personality. This vision of the personality, facilitates the valuations about the paper of the family in the development of the same one and specifically of the sexual sphere, in which the same one is conceived as context of the development, independently of its structure and type. It shows a psychological characterization of the family dynamics as a result with regard to variants of the sexuality and the sexual dysfunctions.

* Doctor en ciencias psicológicas, Universidad de Camagüey, Cuba. Profesor adjunto de la Escuela Libre de Psicología de Puebla.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Los trastornos sexuales (reflexiones teóricas)

La Clasificación Internacional de las Enfermedades en su décima revisión, conocida como CIE 10, clasifica en sus categorías principales los trastornos referidos a la vida sexual del ser humano. Considera para su descripción como dimensiones fundamentales de la sexualidad la identidad sexual (CIE-10, Epígrafe F64), la inclinación sexual (CIE-10, Epígrafe F65), el desarrollo sexual y los trastornos, problemas o situaciones patológicas asociadas a la orientación sexual (CIE-10, Epígrafe F66). Cada una de estas dimensiones se refiere a aspectos esenciales de la vida sexual, aunque en la citada clasificación no se especifican conceptualmente las mismas.

Así, por ejemplo, la identidad sexual, devenida como resultante de la identidad de género, y ésta a su vez de los niveles subjetivos de la identidad queda sólo al nivel de sus trastornos o distorsiones, sin valorar su dimensión general, que resulta vital para la reflexión que en este artículo se referirá y para la comprensión de la sexualidad humana en su dimensión psicológica y sociocultural.

Por este motivo, se valorará cada dimensión desde su concepción general para después especificar los trastornos.

Identidad sexual: Es el resultado de la valoración de la correspondencia entre el sexo biológico y la construcción psicosocial de género asociada, como estereotipo a ese sexo biológico. Es la interiorización, la estructuración y consolidación al nivel personológico individual, es decir al nivel de la organización psicológico-subjetiva individual del conjunto de procesos psicológicos que garantizan la conceptualización del yo como varón o hembra, como hombre o mujer. Este contenido interiorizado, como cualidad psicológica individual, matiza todo el sistema de autopercepción, autoconceptualización, autovaloración y autorreflexión del sujeto en correspondencia con los grupos de hembras o varones. Es la percepción del sistema de relaciones y de pertenencias y referencias con esos grupos. Según E. Barberá (1998), "es el proceso por el que cada cual se sabe perteneciente a un grupo de asignación sexual y excluido del otro". Como podrá apreciarse, en la identidad sexual hay un alto compromiso para el yo, para la autoconcepción de sí mismo. Se centra en la subjetividad, en el sistema de autovaloraciones del sujeto, rebasando el contexto concreto de las relaciones sexuales, y el placer sexual va más allá del acto concreto referido al coito, los juegos sexuales o la excitación sexual.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De esta manera los llamados trastornos de la identidad sexual, implican una inconformidad con el sexo biológico y la construcción de género asignada. El sujeto vivencia diferencias que provocan malestar, incompatibilidad sexo-género, dificultades en la integración a grupos sexualmente asignados e imposibilidad para incorporar los patrones de conducta genérica esperados según su sexo biológico. La incompatibilidad con el yo llega al nivel del trastorno, de distorsión del autoconcepto y de ruptura con la identidad esperada, así como enfrentamiento en lo social para asumir la identidad deseada. En resumen la identidad sexual trastornada es una forma de no ser lo que se debería ser, y a la vez, no ser lo que se ansía ser.

La búsqueda del placer queda "diluida, expandida o quizás enmascarada en la asunción de la identidad y las formas de vida del sexo deseado y no concretamente en la relación sexual. En este acápite el CIE 10 reconoce los siguientes trastornos:

- *Transexualismo* (F64.0): Consiste en el deseo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse por sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio y de deseos de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido. Es un trastorno estable, cuyas pautas para el diagnóstico conciben que la identidad transexual debe haber estado presente, constantemente y de forma estable, por lo menos durante dos años, y no ser un síntoma de otro trastorno mental, como esquizofrenia, o acompañar a cualquier anomalía intersexual, genética o de los cromosomas sexuales.
- *Trasvestismo no fetichista* (F64.1): Consiste en llevar ropas del sexo opuesto durante una parte de la propia existencia a fin de disfrutar de la experiencia transitoria de pertenecer al sexo opuesto, pero sin ningún deseo de llevar a cabo un cambio de sexo permanente y menos aún de ser sometido a una intervención quirúrgica para ello. Debe ser distinguido del trasvestismo fetichista, en el que hay una excitación sexual acompañando a estas experiencias de cambio de vestido.
- *Trastorno de la identidad sexual en la infancia* (F64.2): Se trata de trastornos que suelen manifestarse, por primera vez, durante la primera infancia (siempre antes de la pubertad), caracterizado por un malestar intenso y persistente debido al sexo propio, junto

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> al deseo (o insistencia) de pertenecer al sexo opuesto. Hay una preocupación constante con el vestido o las actividades del sexo opuesto, o un rechazo hacia el propio sexo. Se cree que estos trastornos son relativamente raros y no deben confundirse con la falta de conformidad en el papel sexual socialmente aceptado, que es mucho más frecuente. El diagnóstico del trastorno de la identidad sexual requiere una profunda alteración en el sentimiento normal de masculinidad o feminidad. No es suficiente la simple masculinización de los hábitos en las chicas o el afeminamiento de los chicos. Es un deseo general y persistente de ser, o insistencia de que se es del sexo opuesto al propio, junto a un intenso rechazo del comportamiento, atributos y atuendos del mismo.

Los trastornos difieren en sus manifestaciones clínicas, comportamentales y psicológicas, pero mantienen como denominador común el conflicto con el yo, con el sí mismo y con el autoconcepto, variables psicológicas que dan al traste con la integración del sujeto a grupos, a la vida social, a la vida afectiva, a las relaciones interpersonales y por supuesto a la familia, grupo especial que se caracteriza por ser el punto diana, el origen y el condicionante principal de muchos de los trastornos o situaciones del desarrollo de la personalidad.

La inclinación sexual: Se refiere a la excitación sexual, a la búsqueda del placer, a la satisfacción imperiosa de necesidades sexuales relacionadas con objetos, partes del cuerpo, situaciones o fenómenos considerados como objetos sexuales propiamente dichos, como provocadores o facilitadores de la excitación sexual. Difiere de la identidad por estar pegada y determinada por la satisfacción de necesidades concretas, necesidades de placer y dependencia de los objetos o situaciones generadores de la excitación sexual.

El análisis psicológico del problema, desde la perspectiva personológica, choca ineludiblemente y desde una primera aproximación, con el término *inclinación sexual*. Este término, desde cualquier perspectiva resulta ambiguo, poco definido y poco esclarecedor del problema que pretende abordar. A criterio del autor, al referir esa dimensión de la sexualidad, se trata de necesidades sexuales, y no de inclinación a algo; se trata de deseos irreprimibles, de impulsos incontrolables con respecto a objetos, personas

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

o situaciones no concebidas en el ámbito sociocultural como portadoras de connotación sexual o erótica.

La necesidad, como carencia, sólo se incentiva y adquiere sentido, cuando se encuentra con el objeto que potencialmente la satisface. Es este encuentro necesidad-objeto, quien facilita que este último devenga en motivo de la actividad, que a su vez se orientará a la satisfacción de la necesidad. Por tanto, más que inclinación se trata de necesidad y motivo, de la necesidad a satisfacer y del motivo que induce la actuación, a la búsqueda del objeto deseado, obviando relaciones sociales, familiares y grupales, así como los aspectos de la cultura pautados socialmente.

No se refiere a un compromiso del yo, o de la identidad, sino que refleja los aspectos específicos de la búsqueda del placer, al cual puede vivirse de manera obsesiva, esporádica, poco frecuente o sistemática. De cualquier manera pone en peligro la estabilidad y el equilibrio psicológico del sujeto, al menos durante un periodo, la estabilidad y el equilibrio de la familia y llega hasta la peligrosidad social. La diferencia además se centra en la forma de vivenciar el trastorno y en la configuración personológica del sujeto: en los casos de compromiso a la identidad la vivencia tiende al sufrimiento, al vivir neurótico, a la idea fija e irreductible de ser o querer ser del otro sexo, con aislamiento, autorrechazo y evasión de la realidad. En el caso de los trastornos de las necesidades o inclinación sexual, se trata de vivir en la búsqueda del placer, en la búsqueda del objeto que satisface la necesidad o facilita la excitación.

En este caso el CIE-10, en su epígrafe F65, contempla como trastornos a la generalidad de las parafilias, y se destacan entre ellas, el fetichismo, (F65.0), el trasvestismo fetichista (F65.1), el exhibicionismo (F65.2), la escoptofilia (F65.3), la paidofilia (F65.4), el sadomasoquismo (F65.5), los trastornos múltiples de la inclinación sexual (F65.6), otros trastornos de la inclinación sexual (F65.8) y los no especificados (F65.9).

Cada uno de estos trastornos difiere en el objeto o la situación deseada y necesaria para la excitación y el placer sexual, pero tienen en común la necesidad, la vivencia de dependencia y la búsqueda de ese placer; además el contacto con el objeto es la fuente fundamental y en ocasiones única de placer y excitación sexual. Puede acompañarse de vivencias circunstanciales de culpa, pero no compromete la identidad, ni el sujeto vivencia el trastorno de forma abierta ante la sociedad.

Estos trastornos tienen una repercusión a largo o corto plazo, pero de gran intensidad en la familia y los grupos de pertenencia del sujeto, so-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bre todo cuando implican daños o molestias a terceros, y por supuesto se acompañan de un sistema o conjunto de situaciones estigmatizantes para la familia a nivel de la sociedad.

El desarrollo y la orientación sexual: El desarrollo sexual del ser humano es pluridimensional. Tiene que ver fundamentalmente con una dimensión biológica, psicológica o psicosexual y social. Su punto más elevado o crítico se da en la adolescencia, periodo en el que los cambios puberales, el desarrollo y la maduración de las estructuras anatómico-sexuales y los procesos fisiológicos se dan de forma vertiginosa, trayendo consigo una fuerte repercusión en la estructuración de la personalidad en formación del adolescente, de su estructuración psicológica y la definición de muchos de sus contenidos. La adolescencia es un momento decisivo en la conformación de la identidad sexual, en el reconocimiento y el surgimiento de necesidades sexuales y en el desarrollo psicosexual del sujeto. En este periodo se dan grandes pasos para el reconocimiento y la consolidación de la orientación sexual futura. La orientación sexual no es patológica en sí, es un reconocimiento de la singularidad y la individualidad de cada cual con respecto a su sexualidad. Se refiere a las vías por las cuales transcurre la vida sexual del ser humano, a su sistema de preferencias, expectativas, satisfacciones y sentido personal de la relación amorosa-sexual con personas del sexo opuesto o del mismo sexo.

En su conformación implica un complejo proceso de interiorización-exteriorización, reflexiones y autorreflexiones, valoraciones del mundo, de los demás y de sí mismo, confrontaciones con grupos de pertenencia, la familia como un grupo de este tipo por excelencia, vivencias de compromisos afectivos y morales, valoración y enfrentamiento con estereotipos sociales, tradiciones, costumbres y prejuicios; es el choque con la intersubjetividad que le antecede, con la cultura y las exigencias sociales, así como con los estereotipos de género. La orientación sexual es contenido esencial y necesario de la identidad sexual, pero no la supera como concepto en su grado de alcance y amplitud.

Se reconocen como formas de la orientación sexual: la heterosexualidad, la homosexualidad, la bisexualidad y otras, entre las que se incluyen las puberales. Si bien ellas no constituyen trastornos en sí mismas, sí se pueden acompañar de varios de ellos, entre los que se destacan los referidos a la egodistonía, como elemento distorsionador. Así se señala en la clasificación la orientación sexual egodistónica (F66.0), concebida como la inconformidad o inseguridad adquirida con la orientación sexual. Se con-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cibe, además, el trastorno de la relación sexual (F66.2), como consecuencia de dificultades o distorsiones de la identidad o la orientación, y los trastornos de la maduración sexual (F66.0), en los cuales, más que un fenómeno madurativo lo afectado es el reconocimiento de una naciente orientación sexual, o la estabilidad de la supuestamente conformada con anterioridad. Pone en peligro la conciencia de identidad, en el caso del adolescente, y la estabilidad de la orientación, en el caso del adulto. No se trata, a criterio del autor, de una maduración dañada, acelerada o tardía, sino de un sistema personológico, subjetivo individual, que se dinamiza, se transforma y genera nuevas necesidades y motivos, provocando una situación de crisis, en ocasiones antagónica entre lo nuevo a reconocer y los habituales patrones de comportamiento aceptados en lo personal y lo social.

Son trastornos o situaciones profundamente vivenciales para el sujeto, y con gran repercusión en la familia y los grupos de pertenencia, implican cambios sustanciales de formas de vivir, nuevas formas de reconocimiento del sí mismo, autoaceptación y autovaloración, así como un fuerte compromiso para el sí mismo, el yo y los sistemas valorativos de la sociedad.

De forma general la descripción de los trastornos sexuales referidos en la clasificación tiene en cuenta fundamentalmente aspectos de índole psicológica, tales como identidad psicológica y de género, conducta, necesidades, motivaciones, orientación sexual, sentidos personales, el yo, el sí mismo y otras. Por tanto se impone la valoración de los contextos de desarrollo psicológico, de la situación social del desarrollo y de los agentes encargados directamente de la mediación social y la socialización como proceso formador de la personalidad.

En este sentido se hace necesaria la valoración de los aspectos teóricos de los trastornos sexuales, lo cual es condición indispensable para su análisis objetivo y la influencia en ese proceso. Se deben tener en cuenta los factores reguladores externos, como la familia y los grupos y sus potencialidades como futuros contenidos autorreguladores.

Sólo el esclarecimiento de estos aspectos del nivel teórico permitirá la valoración del papel de la familia, como integrante y conductora de cualquier situación social del desarrollo psicológico y de la formación de la personalidad, permitiendo alejarse de las consabidas, y ya casi manidas, recomendaciones para el tratamiento o manejo familiar y en la familia de cualquier trastorno, situación o crisis de la vida de un sujeto, sobre todo en el contexto de las acciones con objetivos educativos, de salud o supuestamente desarrolladores.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. La familia como grupo social y su rol en la formación de la personalidad y la sexualidad

La familia, como grupo, cumple una función esencial de mediación entre el individuo y la sociedad, es decir de mediadora y agente socializador por excelencia. Es el núcleo primario del hombre, donde surgen y se desarrollan las primeras vivencias afectivas, la primera percepción de identidad y de diferenciación del yo, con respecto a otros seres humanos y al medio circundante. Es en la familia donde se aprueban, estimulan, refuerzan o desaprueban las primeras instancias comportamentales, las normas de conducta social y las primeras relaciones interpersonales, y es en ella donde todas estas dimensiones del funcionamiento psicológico y social del ser humano van adquiriendo sentido personal. Es en la familia donde se pautan las primeras nociones de género e identidad sexual, donde el niño va incorporando, según la interiorización de las valoraciones de los adultos afectivamente significativos para él, los sistemas de expectativas de género, los patrones de autoaceptación y de adecuación a normas sociales. Esta interacción es vital para la conformación de estructuras de personalidad, contenidos psicológicos, reconocimiento de necesidades y motivos de conducta relacionados con una "sexualidad sana".

La concepción de la sexualidad, como cualidad moral, como instancia moralizante o desmoralizante, es en gran medida conformada y legalizada por la familia. De esta manera se desarrollan y afianzan en el sujeto opiniones, valoraciones, normas, prejuicios y estereotipos, que acompañarán al deseo y las motivaciones sexuales durante toda la vida o gran parte de ella. Es así precisamente como se producen las instancias psicosociales, inicialmente como reguladores externos y posteriormente como instancias autorreguladoras del funcionamiento personológico y sexual del sujeto.

La familia, como grupo social, ha sufrido y sufre cambios esenciales. Esta realidad, por una parte legaliza su carácter dinámico y por otra la convierte en unidad de análisis y punto de reflexión para el estudio y la comprensión de los problemas del hombre. En ella se dan confrontaciones entre valores, entre "valores emergentes" y "valores tradicionales" (Arés, M. P., 2002). Así, lo emergente, lo nuevo, resultado de una época, es lo crítico, lo no aceptado, lo que falta por probar y que da al traste con la tradición, generadora de seguridad. No obstante la familia se ha modificado y se modifica, tanto en su dimensión estructural, como en la psicológica, planteándole a las ciencias encargadas de su estudio y a los profesionales en la práctica la tarea de

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

deconstruir su concepto tradicional. Según Arés (2002), "tras esa deconstrucción el concepto de familia queda para algunos autores definido como la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común, que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia".

El concepto enfatiza en la unión de personas, la comunidad de objetivos y proyectos, los sentimientos de pertenencia al grupo y las intensas y profundas relaciones afectivas entre los miembros. Es precisamente a esto a lo que está llamada la familia, a la formación de la personalidad, la comprensión y el respeto a la individualidad.

Estos valores intrínsecos del grupo familiar, que emergen como prioritarios y necesarios para una época nueva, en detrimento de valores tradicionales centrados en lo formal externo de la familia y su imagen social, determinan y a la vez son expresión de los cambios por los que atraviesa la familia como institución social. Ilustra estos cambios la concepción de que para ser considerada familia, no sea condición indispensable el matrimonio legal, el tener hijos, o la unión rígida y para toda la vida de la pareja original. De hecho la familia decide si tiene hijos o no, si la pareja continúa o si se reestructura o reensambla la familia, la mujer decide si cría los hijos en compañía de un hombre o no, incluso las personas deciden el sexo preferido de su pareja.

Varios países han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, y se discute la adopción de niños y niñas por parejas formadas por personas del mismo sexo.

La llamada *familia homoparental*, formada por una pareja del mismo sexo, ya sean dos mujeres o dos hombres, reclama cada vez más su lugar en la sociedad y el espacio para el cumplimiento de sus funciones como familia. El diario español *El País*, en número de junio de 2006, refleja estadísticas de adopción y convivencia de niños por familias homoparentales, de un 1%, en países como Holanda y Reino Unido, así como en Estados Unidos de América. Se estima que en España la cifra asciende a los 80,000 menores que viven bajo la tutela de este tipo de familia. Además estas parejas, en busca de su reconocimiento social, han fundado e integran una asociación,[1] cuyo objetivo es promover la crianza de los hijos, su educación y socializar sus derechos a la familia.

[1] La Asociación de Familias Gay y Lesbianas con aHijos e Hijas (Galehi, www.galehi.org), diario *El País*, lunes 26 de junio de 2006.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Resultados científicos (Del Mar, M, 2006)[2] corroboran que la diversidad familiar es un hecho, cuyos modelos están constituidos no sólo por las familias *homoparentales*, sino también por las *monoparentales* y las *reconstituidas*. En el caso de la homoparental se realizan estudios longitudinales acerca de su capacidad y potencialidad para la educación de los hijos, frente a los modelos que niegan esta realidad y defienden la capacidad educativa y el cumplimiento de funciones sólo para el modelo tradicional de familia.

La referida psicóloga y la Academia Americana de Pediatría, después de años de trabajo en Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Suecia y Bélgica, publicó en un número especial de su revista del año 2000, que existe equivalencia entre el desarrollo de los niños criados por familias homoparentales y los criados por familias heterosexuales. En su estudio consideró los siguientes indicadores:

- Presencia de perfiles personales sanos.
- Capacidad educativa adecuada.
- Dinámica familiar saludable o funcional.
- Apoyo social suficiente.

El análisis de estos indicadores en las familias homoparentales estudiadas arrojó resultados positivos a su favor, por lo que se consideró que tenían las posibilidades para ser consideradas como "contexto adecuado para el desarrollo". Los resultados no pretenden elevar la familia homoparental por encima de la heterosexual tradicional, sino demostrar que la presencia de trastornos, incapacidad educativa y la disfuncionalidad familiar pueden presentarse en un tipo de familia u otro, pues no dependen directamente de la orientación sexual. Del Mar (2006), en un estudio comparativo de ambos grupos de familias detectó que las homoparentales son más igualitarias en la distribución de roles genéricos y en las relaciones entre sus miembros. Señala, además, que los padres y madres de estas familias llegan a la maternidad o paternidad de una manera siempre más reflexiva y programada que las heterosexuales, pues en ellos se excluye el papel de la casualidad y el fallo de métodos anticonceptivos. Se detectó, como debilidad, la carencia de referentes y el rechazo social que aún persiste en determinados sectores poblacionales o contextos socioculturales.

[2] María del Mar González, especialista en psicología evolutiva y de la educación, Universidad de Sevilla, España.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En entrevista realizada a Jesús Santos, presidente de Galehi, refiere que la asociación pretende lograr un espacio en la sociedad, defendiendo su modelo de familia frente al absolutismo del modelo tradicional. A la vez considera que la legalización del matrimonio ha repercutido positivamente en la familia homoparental y en la adopción de niños, pero todavía no de la manera que se esperaba.

Lo esencial es el cumplimiento de las funciones que como familia, independientemente de su estructura, ésta debe cumplir. Entre esas funciones se citan: la función biológica, la económica y la cultural-espiritual, las cuales en sistema traen como resultado el cumplimiento de su función esencial o suprafunción: la educación para la vida.

La función educativa de la familia, su rol en la formación de la personalidad y la sexualidad, emerge como un argumento insoslayable, con la aparición en el contexto científico de la psicología y la pedagogía con *enfoque histórico cultural*, donde comienzan a quedar rezagadas las tendencias que absolutizaban el individualismo del sujeto o el papel absoluto del medio en la formación de la personalidad.

Así, la sexualidad es el resultado de un proceso de socialización-individualización, en el cual lo social deviene individual, mediado por los agentes encargados de la transmisión: la familia, la escuela, y los otros (las demás personas).

Si bien no se aspira a tener o formar la familia perfecta, al menos sí se aspira a la más querida y valorada. Por otra parte tampoco existen las recetas para la familia, ni son absolutamente ciertos los listados de conductas o situaciones esencialmente negativas y dañinas. Para cada cual su familia tiene aspectos positivos y otros no tanto, pero a cada cual su familia le legó algo que lo acompañará por el resto de su vida. Esto es muy válido para la sexualidad, para la capacidad de amar, para la maternidad y la paternidad y sobre todo para la vida en común con otras personas.

En el análisis de la familia y su rol en el desarrollo sexual del sujeto cobran vida conceptos tales como: límites y espacios vitales, respeto a la individualidad, estereotipos y prejuicios, expectativas de la familia, idealización y desidealización del otro y de los hijos, proyección de los padres en los hijos, autorrealización personal, concepción del mundo, concepción de la pareja, concepción de normalidad y anormalidad y patrones morales.

La familia como agente promotor de la situación social del desarrollo psicológico, debe tener en cuenta para el caso específico del desarrollo sexual de los niños y adolescentes, los siguientes aspectos:

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- La valencia del sistema de relaciones afectivas y de comunicación que el niño establece con las figuras del sexo correspondiente a su sexo biológico, es decir, como la figura del padre o la madre, genera relaciones potencialmente adecuadas con las representaciones de género y que éstas sean aceptadas y valoradas por el niño.
- La asociación posible entre figuras potencialmente promotoras del desarrollo sexual y su valencia positiva, negativa o contradictoria en el proceso de formación de los sentidos personales.
- La transmisión de los roles y comportamientos de género y su asociación con vivencias placenteras o displacenteras para el niño.
- La educación sexual como contexto que respeta límites, espacios vitales y posibilidades para la expresión de la individualidad y el crecimiento personal.
- El tratamiento y la comunicación a los temas de la sexualidad sin prejuicios, ni dogmas, pero a la vez sin otorgarle demasiada relevancia, cinismo o concebirla como necesidad y obligación de una etapa del desarrollo.
- Las manifestaciones de afectividad y cariño sin distinción de sexo, y sin que el rol de género sea una limitante para esa manifestación. Es el caso de las relaciones entre padre e hijos varones.
- Considerar el amor no posesivo, ni el hijo como propiedad en la cual se realizan los padres, sino como ente individual con derechos e identidad propia y diferente.

III. Caracterización psicológica de la familia del transexual y el homosexual (resultados de trabajo)

Este epígrafe se ha dedicado a la caracterización de la familia del transexual (concebida la transexualidad como trastorno) y la del homosexual (concebida la homosexualidad como variante de la orientación sexual). La selección se debe a la dispar frecuencia de aparición de ambos fenómenos, presentándose en la realidad mayor frecuencia para la homosexualidad. Además debido a las falsas concepciones que a nivel popular, e incluso en comunidades científicas ajenas a la psicología y la psiquiatría, aún persisten. Presenta resultados del trabajo, durante varios años, como orientador

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de familias en el plano de la sexualidad y la crianza de los hijos. Estos resultados se han agrupado esencialmente en una síntesis de las actitudes, posiciones o situaciones de la dinámica psicológica y relacional de la familia, con respecto a un miembro de ella, por lo general un hijo o hija homosexual.

De las situaciones que con mayor frecuencia aparecen en las familias que demandan este tipo de orientación se señalan:

- Carencia o distorsión de los conocimientos acerca del desarrollo sexual de los niños, y de su participación como familia en este desarrollo.
- Depósito en el hijo de las expectativas de la familia.
- Idealización de los hijos, según estereotipos, normas y valores legalizados por esa familia.
- Carencia de conocimientos acerca de la diferenciación entre los trastornos sexuales, su origen y su concepción como trastorno.
- Predominio de los estigmas sociales y prejuicios morales al analizar los trastornos sexuales.
- Confusión e identificación entre orientación sexual y trastornos sexuales.
- Consideración de la orientación sexual heterosexual como sana y la homosexual como trastorno.
- Confusión entre transexualidad y homosexualidad, siendo lo más relevante para la familia, la atracción por el mismo sexo.
- No distinción entre preferencia por el rol genérico y atracción sexual.
- Presencia de estigmas morales que acompañan a la homosexualidad y los homosexuales, y análisis prejuiciado del caso.
- Predominio de una supuesta aceptación del fenómeno en su dimensión abstracta, pero rechazo cuando éste se presenta en la propia familia.
- En el caso del transexual, se produce una falta total de comprensión del trastorno, sus características y su funcionamiento psicológico, el cual se concibe como capricho o problema moral.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- La familia del transexual se centra más en los problemas del rol de género y los estigmas sociales que acompañan a estos cambios que en la propia atracción sexual del sujeto.
- Específicamente el transexual, más que el homosexual, está propenso a la segregación de la familia, quien no admite su forma de vida y evaden o atenúan la vergüenza excluyéndolo de su dinámica.
- Presencia de sentimientos culpabilizantes y búsqueda de la supuesta responsabilidad de algún miembro de la familia, como promotor o generador de la homosexualidad.
- En muchas familias una vez lograda la supuesta aceptación del homosexual, ésta es muy superficial, pues se canaliza a través de sentimientos de conmiseración hacia el "pobre enfermo".
- Es frecuente la aceptación resignada hacia el homosexual, la cual se impone por el cumplimiento del rol de madre o padre, "quienes nunca abandonarían a sus hijos".
- El homosexual se somete a un reclamo sordo de agradecimiento y chantaje emocional, debido a la aceptación de la familia, y está llamado a reconocer y agradecer la supuesta aceptación.
- Conciencia en el homosexual de "ser una carga bochornosa para la familia", quien además es muy bondadosa al admitirlo.
- Aceptación parcial, demostrada a través del silencio y la omisión de los problemas y vivencias del homosexual en el seno de la familia. Ésta se comporta como grupo de pertenencia a medias, al cual sólo puede pertenecer el homosexual, cuando muestra "su mejor lado de la vida" y por supuesto omite el otro.
- El homosexual tiende a buscar y construir grupos y espacios de pertenencia ajenos a la familia como contextos de autenticidad y escape al rechazo.
- La familia descarga su supuesta responsabilidad en la orientación sexual del hijo o la hija en las amistades y las relaciones negativas que ha establecido.
- Concepción aparente de la homosexualidad como orientación sexual normal, pero atribuida a supuestos traumas de la infancia,

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo que denota un sentido personal contradictorio en la familia, al no considerar lo incoherente de la posición. La pregunta obligada sería: ¿cómo puede ser normal lo que surgió por la vía traumática?

- Supuesta aceptación al hijo homosexual, pero rechazo manifiesto o encubierto a su pareja.
- Presencia de sentimientos ambivalentes de aceptación-rechazo en la familia, y aceptación de algún miembro frente al rechazo de otros.
- Tendencia al ocultamiento del "problema".
- La valoración de la orientación sexual matiza todo el sistema de valoraciones de la familia hacia el homosexual, opacando o atenuando sus logros profesionales, personales o de cualquier otra esfera de la vida.
- La familia del homosexual tiende con frecuencia al pacto con éste: "vive como quieras, pero al menos no lo demuestres".
- Algunos miembros de la familia, básicamente el padre y la madre, vivencian profundamente una lucha de motivos, entre el cariño por el hijo o la hija homosexual y la imagen social.
- Pobre o ausente concepción acerca de la diferencia y la diversidad entre las personas. Relacionado con esto muestran, también, una valoración de la diferencia permeada del sentido comparativo de inferioridad-superioridad.

IV. Conclusiones

- La especificidad conceptual en las reflexiones teóricas acerca del desarrollo sexual, los trastornos sexuales y la sexualidad en general es de vital importancia para una adecuada comprensión del problema. Tal es el caso de la identidad sexual, la orientación sexual, las necesidades y motivaciones sexuales y los trastornos sexuales.
- La familia es el principal grupo promotor de contextos desarrolladores y de la situación social para la formación y desarrollo de la personalidad. De forma similar lo es para la

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sexualidad y el desarrollo sexual, como uno de los componentes estructurales y de contenido con alto potencial autorregulador en la vida y el funcionamiento psicológico autónomo del sujeto.

- La posición de la familia frente a la orientación sexual de los hijos está determinada y/o condicionada por contenidos reguladores externos, lucha de motivos afectivos y morales, carencia de conocimientos sobre el tema, y contradicción entre valores emergentes y valores tradicionales de la familia.
- La familia que demanda orientación psicológica, para estas situaciones, presenta características específicas de su dinámica y funcionamiento familiar, generadas por el estigma social que aún acompaña a la orientación sexual. ■

Referencias

Arés, M. P., *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Barberá, E., *Psicología del género*, Ariel, Barcelona, 1998.

E. de, Benito, "Las familias gay salen del armario. Nace una asociación para dar visibilidad y apoyo a las parejas del mismo sexo y sus hijos", diario *El País*, Madrid, lunes 26 de junio del 2006.

Fernández, O. P. y Pardillo P. J., "Psicodiagnóstico de Rorschach y estudios sobre género", en *El Rorschach: Una visión integradora*, Editorial Ácana. Colección Ciencia y Técnica, Camagüey, 2004.

Fernández O. P., "Personalidad, familia y salud", conferencia curso de posgrado, *Psicología de la personalidad*, Universidad de Camagüey, 2006.

Fernández, R. L., *Pensando en la personalidad*, tomos I y II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

Leontiev, A. N., *Actividad, conciencia y personalidad*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982.

Martínez B. I. y Bonilla C. A., *Sistema sexo/género, identidades y construcción de la subjetividad*, Universitat de Valencia, Valencia, 2000.

OMS, *Trastornos mentales y del comportamiento, décima revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades, Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, CIE 10, Meditor, España, 1992.

Prats. J., "Miles de personas viven en hogares con padres homosexuales", diario *El País*, Madrid, lunes 26 de junio del 2006.

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

UNA MIRADA JURÍDICA DE LA TRANSEXUALIDAD EN CUBA

C. Marta Fernández Martínez*
Yamila González Ferrer**

SUMARIO

I. Presentación
II. Sexo jurídico, criterio de determinación
III. Transexualidad: trascendencia jurídica
IV. Cambio de sexo, relaciones familiares e incidencia legislativa
V. La transexualidad en Cuba
VI. Sobre la denominación del proceso
VII. Sobre la competencia de los tribunales para resolver el proceso
VIII. Sobre el análisis de los fundamentos de hecho
IX. Sobre las pruebas aportadas en el proceso
X. Sobre los fundamentos de derecho en que han recaído las sentencias
XI. Reflexión integral de la jurisprudencia cubana

RESUMEN

El presente artículo realiza un estudio de la transexualidad como fenómeno en el que el sexo biológico y psíquico no coincide. El estudio profundiza en la diferenciación entre género (categoría social impuesta sobre un cuerpo sexuado, realidad compleja que se asienta en el sexo biológico, pero que podría no coincidir con él) y sexo (conjunto de procesos biológicos que comprenden diversos niveles, genético, hormonal y neurológico que se desarrollan a lo largo

ABSTRACT

The present article carries out a study of the problem that generates the non coincidence of the biological and the psychic sex. The study deepens in the differentiation among gender (social category imposed on a body of certain sex, complex reality that settles in the biological sex, but that it could not coincide with him) and sex (group of biological processes that understand genetic, hormonal and neurological diverse levels that are developed along

* Máster en derecho público, Universidad de Valencia, España. Especialista en derecho civil y doctora en ciencias por la Universidad de La Habana.
** Máster en sexualidad, Universidad de La Habana. Secretaria de la Junta Nacional de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del ciclo vital, lo que enmarca las características biológicas *asociad*: hombre y mujer); y concluye defendiendo la posibilidad de cambio de género en función de un derecho de libertad en la identidad sexual y del entendimiento de que los géneros *son* un proceso social e histórico, un proceso cultural, psicológico e ideológico que va transmitiendo de generación en generación determinadas pautas culturales y que por lo tanto no es algo inmutable. Culmina haciendo un estudio de casos de cambios de identidad en la realidad cubana.

the vital cycle, what frames the biological characteristics associates: man and woman); and it concludes defending the possibility of gender change in function of a right of freedom in the sexual identity and of the understanding that the goods are a social and historical process, a cultural, psychological and ideological process that he/she goes transmitting of generation in generation determined cultural rules and that therefore it is not something unalterable. It culminates making a study of cases of changes of identity in the reality of Cuban.

I. Presentación

Los derechos inherentes a la personalidad son los atributos que poseen las personas por el sólo hecho de tener personalidad. Estos atributos son propios, innatos, intransmisibles, irrenunciables, no enajenables e indivisibles. La protección jurídica de estos derechos nació en los textos constitucionales, sin embargo las sociedades se dieron cuenta que no sólo el Estado podía ser el que vulnerara estos derechos sino que la vulneración podía provenir del derecho privado. Por ello en el mundo comienzan a regularse, en el siglo XIX, estos derechos en los códigos civiles.

Entre ellos encontramos refrendados en las legislaciones y en la jurisprudencia: la vida, la integridad física, la libertad, el nombre, la imagen, la intimidad, el honor, la identidad personal, la identidad sexual, entre otros. Sin que ellos constituyan una lista taxativa imposible de ampliar.

La identidad sexual constituye uno de los aspectos más relevantes de la identidad personal, aunque es tratado por lo general dentro de la tutela de la identidad física del sujeto y los actos de disposición del propio cuerpo, o como libre desarrollo de la personalidad, o como derecho a la salud entendida como bienestar integral.

"La identidad sexual constituye un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. De ahí que no puede pres-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cindirse de su tratamiento cuando se hace referencia a la temática de la identidad personal, pese a los problemas aún irresolutos."[1]

II. Sexo jurídico, criterio de determinación

La sexualidad como manifestación de la personalidad es un fenómeno sumamente complejo y multivariado; son tantas las formas en que se expresa, como diversos son los seres humanos.

La determinación y asignación del sexo del bebé desde el momento del nacimiento, a partir de los genitales, desencadena un sistema de influencias socioeducativas muy fuertes sobre él, condicionando en gran medida el fenómeno de sexuación psicológica a la construcción de lo femenino y lo masculino.

La distinción entre género y sexo es un punto de partida a la hora de abordar la polémica de la transexualidad. La doctrina moderna distingue estos términos con el fin de explicar la sexualidad como un hecho complejo donde intervienen factores biológicos, psicológicos y sociales. De modo que el género es "una categoría social impuesta sobre un cuerpo sexuado",[2] en tanto ésta es una realidad compleja que se asienta en el sexo biológico, pero que podría no coincidir con él.

El sexo se refiere a un "conjunto de procesos biológicos que comprenden diversos niveles (genético, hormonal y neurológico) que se desarrollan a lo largo del ciclo vital".[3] Éste enmarca las características biológicas asociadas a cada una de las dos categorías sexuales existentes (hombres y mujeres).[4] Así pues, la identidad sexual es un juicio sobre la propia figura corporal que se basa en las características biológicas. Y el cuerpo, desde la perspectiva de Judith Butler, no es sólo un receptor de interpretaciones culturales, sino también un campo de posibilidades interpretativas, por lo que se convierte en un nexo peculiar de cultura y elección.[5]

---

[1] Carlos Fernández Sessarego, *Derechos a la identidad personal,* Astrea, Buenos Aires, Perú, 1992, p. 291.
[2] Joan Scott, *El género, una categoría útil para el análisis histórico*, Editorial Alfons el Magnanim, Valencia, 1990, p. 39.
[3] Esperanza Bosh Fiol, Victoria A. Ferrer Pérez y Margarita Gili Planas, *Historia de la misoginia*, Anthropos, España, 1999, p. 106.
[4] El sexo biológico y los mecanismos consecuentes a él, se suman a una autoidentificación, es decir a la adquisición de identidad del individuo como perteneciente a uno u otro sexo con base en su figura corporal y a sus características biológicas o identidad al sexo.
[5] La interpretación de género de Butler se ha tomado de su artículo: "Variaciones sobre sexo y género. Beauvoir, Wittig y Foucault", en *Teoría feminista y teoría crítica*, Alfons el Magnànim, 1990, http://www.ucm.es/info/especulo/numero19/genero.html

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su parte "la identidad de género es un juicio de autoclasificación como hombre o mujer basada en aquellos aspectos que, a lo largo de la historia de la especie, han ido conformando culturalmente al hombre y a la mujer. En efecto, sobre la base de diferencias biológicas de sexo, de las distintas funciones dentro del proceso de reproducción y de la división del trabajo consiguiente, los seres humanos de todas las épocas y culturas han asignado diferentes 'papeles' al hombre y a la mujer (roles de género)".[6]

Las investigaciones alrededor de las formas de expresión de los géneros a través de la evolución de la humanidad demuestran que la mayoría de los rasgos, cualidades, modos de conducta y de relaciones asociados tradicionalmente a cada sexo no están irreductiblemente ligados a la condición biológica de cada uno de ellos, sino que han sido construidos y tienen un carácter sociocultural.

La construcción de los géneros es un proceso social e histórico y es tanto el resultado, el producto del desarrollo, como el proceso de su representación social, simbólica, de su interiorización en cada uno de los seres humanos. Es un proceso cultural, psicológico e ideológico donde se van transmitiendo de generación en generación estas pautas culturales construidas en el devenir. Es un proceso de socialización, de inscripción en la subjetividad de cada persona de rasgos psicológicos socialmente aceptados para las mujeres y hombres.

Cuando existe una dicotomía entre el sexo biológico y la actitud psicosocial de la persona, estamos en presencia de la transexualidad.[7] Entonces se crea la interrogante de cuál vertiente es la determinante para establecer la sexualidad de la persona, y se impone un debate a nivel social y científico en aras de soluciones justas, acordes al progreso y desarrollo humano que ha alcanzado nuestra civilización.

Los derechos personales se ejercen según cauces legales establecidos, cuando todos estos componentes del sexo coinciden en una misma dirección. No así, cuando se evidencia una disociación entre el sexo cromosómico y aquel que la persona siente como propio. Es en estos casos donde el derecho necesitaría dejar de mirar al ser humano con un criterio estrictamente cromosómico.

---

[6] Félix López, "Nuevas perspectivas en el desarrollo del sexo y el género" (suelto).

[7] Desde 1953 el endocrinólogo Harry Benjamin adoptó el término *transexual* para integrarlo a la literatura científica a través de su obra más conocida, *The transexual phenomenon*, como definición de aquellas personas motivadas por una permanente "disconformidad de género", un término que fue inicialmente acuñado por David Caldwel en 1950 para referirse a "individuos que físicamente pertenecen a un sexo y que según parece son psicológicamente del sexo contrario" y "desean que la cirugía altere sus características físicas para que se asemejen a aquellas del sexo opuesto".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina han definido el sexo legal como sexo cromosómico, pero no cabe duda que la doctrina está actualmente dividida, constituyendo una cuestión de política jurídica decidir qué interpretación sería la más conveniente al determinar el sexo legal de las personas.

La transexualidad tiene muchas cuestiones medico-científicas por dilucidar, su enfoque y análisis debe ser integral y multifactorial, y merece una atención prudente y ajustada, en aras del reconocimiento de los derechos civiles y sociales de las personas transexuales, de modo que puedan resolver satisfactoriamente algunas de las cuestiones esenciales a las que se enfrentan a diario.[8]

El derecho tiene ante sí un reto indudable creado por una situación, de hecho, real y objetiva, con repercusiones sociales y sobre la cual debe pronunciarse. ¿Ha de considerarse el sexo como algo inmutable y estático o como un estado al que le asiste el derecho a la persona para cambiar según su orientación psicosocial? Ante la disociación entre el sexo biológico y el sexo psicológico, ¿cuál debe prevalecer? Un segundo problema sería: si se define que la identidad sexual con base en la vertiente psicosocial, es natural pensar que se trataría de adecuar el sexo biológico al sexo psicosocial —que es el querido y vivido por la persona— en consonancia con los avances médicos actuales. Las interrogantes serían las siguientes: ¿Se admitiría el cambio de sexo con repercusión en el Registro del Estado Civil? ¿Cuáles serían los presupuestos fundamentales? ¿Qué efectos traería para la familia y para la sociedad?

La identidad de género se manifiesta en todas las expresiones de la personalidad, que no pretenden más que proyectar intencional o involuntariamente un sexo como propio ante los demás, y/o que los demás lo perciben como el propio de una persona: el sexo social; de ahí que no puede prescindirse de su tratamiento pese a los problemas aún irresolutos.[9]

La complejidad del tema obliga a evaluar un conjunto de elementos y caracteres para llegar a una conclusión. Se puede afirmar que todos los elementos constitutivos del sexo son inestables, lo que confirma la permanente evolución de la personalidad del ser humano, por lo que el género

[8] No resulta extraño que la transexualidad sea observada con temor o desprecio por parte de los poderes públicos que reglamentan la convivencia social, alimentados durante largo tiempo por la idea de que esta condición, tan natural al ser humano como cualquier otra, constituye una *desviación aberrante de la naturaleza*, que debe ser penalizada y reprimida. "Transexualidad en España: Entre la mercantilización sanitaria y el *apartheid* social".

[9] Fernández Sessariego, *Op. cit.*, p. 291.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la persona es perfectamente mutable y su inscripción en el Registro del Estado Civil debiera ser modificable.

Las legislaciones nacionales establecen procedimientos diversos para acceder al cambio del asiento registral. Una minoría plantea que bastaría la libre declaración del sujeto, basada en sus vivencias personales, sin mayores requisitos o formalidades. En cambio, un sector mayoritario considera necesaria una decisión administrativa, como sucede en Australia y en Dinamarca, o un fallo del órgano jurisdiccional, como sucede en Suiza. Otros ordenamientos jurídicos consideran necesario un instrumento legal específico que establezca los requisitos procesales y las garantías fundamentales, tal es el caso de Suecia, Alemania, Holanda, Italia, Canadá, Sudáfrica, España y algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica (Arizona, California, Lousiana, Illinois, Nueva York).

III. Transexualidad (trascendencia jurídica)

Este fenómeno social trasciende al ámbito jurídico de manera polémica, de ahí que sean muchas las interrogantes que se plantean. ¿Sería jurídicamente posible que la persona decida libre y arbitrariamente un cambio de sexo? De ser admitido el cambio de sexo, ¿qué procedimiento seguir: administrativo, judicial, un dispositivo legal o una ley específica de la materia? ¿Es el cambio de sexo una agresión a la integridad física del sujeto? ¿Es la mutación de sexo un asunto de identidad personal? ¿Es justo aceptarlo?

Consideramos que el ser reasignado sexualmente se enmarca en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en el derecho a la salud y en la propia identidad sexual; sin embargo, otros se afilian al criterio de que se opone al orden público y a las buenas costumbres, al derecho a la integridad psicofísica y al derecho a procrear. Ambas posiciones asumen, de manera diferente, que el derecho de los demás constituye un deber para el jurídicamente facultado; así comúnmente se dice que la libertad de uno termina donde comienza la libertad de otro.

Los partidarios de la legalización del cambio del sexo no tenemos dudas acerca de que ello permitiría a la persona transexual ejercer su derecho a desarrollar libremente su personalidad e identidad, contribuiría a poner fin al estado de angustia e indefinición que perturba a la persona transexual, lo que afecta severamente su salud y bienestar general, y reconocería el inalienable derecho a la libertad individual en esta materia y a la posibi-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lidad real de su materialización, en aras de su desarrollo social conforme a su identidad de género.

Los adversarios de la legalización del cambio de sexo esgrimen que la libertad personal no puede ser el fundamento para el cambio de sexo, ya que la misma tiene claras limitaciones en el interés social, en el orden público y en las buenas costumbres. Consideran que se trata de una involución psicosexual del sujeto —que es una cuestión más patológica o desviación— que una razón fisiológica propiamente dicha, por lo que la intervención quirúrgica no realiza un verdadero cambio de sexo, o sea carece de efectividad. Para ellos es la operación un simulacro de apariencia de órganos sexuales externos y consideran, erróneamente, que no prevalece el sexo psicológico, lo cual se ha demostrado científicamente.

En cuanto a las razones de orden público, sostienen que es una necesidad social la certeza de la identidad personal del sujeto y ello depende de la concordancia entre la realidad, el sexo originario y el registral. Un cambio de ello atentaría contra esta certeza. Sin embargo, los países que tienen regulado el cambio de sexo establecen un férreo control del juez en el proceso, que llega hasta la corrección de la partida de nacimiento y respectivos cambios en el Registro del Estado Civil, lo cual garantiza la certeza y certidumbre sobre la identidad del sujeto esgrimida.

Alegar que el cambio de sexo no coincide con las buenas costumbres que deben regir la convivencia humana, es cuestionable. Aquí nos encontramos en el terreno cenagoso donde nada está perfectamente definido y el plano de la subjetividad es bien amplio; pero independientemente de que todo juicio está ceñido a criterios mayoritarios en una sociedad dada, en una época y lugar determinados, con una concepción del mundo específica, sería más atentatorio a las buenas costumbres la falsedad que implica que el sujeto, genéricamente varón o mujer, actúe y se desenvuelva de manera contraria a su género; lo sensato es permitir que el sujeto viva de conformidad con su propia identidad personal, con su deseo existencial.

Finalmente se esgrime el criterio de que la operación lacera el derecho a la integridad física del sujeto, pues causa una disminución permanente y grave. Sin embargo, se protege la integridad psicofísica, pues el ser humano es una unidad inescindible de ambos aspectos; prohibir el cambio de sexo realmente lacera la integridad psíquica del sujeto.

Con la intervención quirúrgica no hay un cambio de sexo propiamente dicho, mejor sería hablar de una reasignación sexual para manifestar adecuadamente el sexo que ya se posee en lo profundo de la conciencia. No

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

obstante, la expresión "cambio de sexo" es la más utilizada a los efectos jurídicos para tratar la temática en cuestión y el asunto referente al cambio registral.

IV. Cambio de sexo, relaciones familiares e incidencia legislativa

Algunos de los problemas que se presentan frente al cambio de sexo son, sin duda, las incidencias que pudiera tener ello en las relaciones familiares, cuando la persona es casada y tiene descendencia, o simplemente tiene hijos sin haberse casado. Surge entonces la interrogante acerca de si se acepta o no la mutación sexual a personas casadas y acerca de que si ello procediera, cuáles serían, en principio, los conflictos de intereses que tal decisión desencadenaría, tratando siempre el derecho de ofrecer las respuestas más justas y adecuadas.

Los conflictos jurídicos a dilucidar serían muchos. Así, cabría preguntarse si el cónyuge de la persona transexual, reasignado sexualmente, tendría derecho a solicitar el divorcio o si por el contrario la sentencia que acoja el cambio de sexo disuelve automáticamente el vínculo matrimonial. Además, ¿qué incidencias traería dicha adecuación para los hijos e hijas, sobre todo si son menores de edad? ¿A quién le corresponde la custodia de los hijos e hijas, la comunicación, la pensión alimenticia o la patria potestad?

Evidentemente son extremadamente complejas las consecuencias que en el orden familiar trae la transexualidad, sobre todo si se ha constituido familia, pues la descendencia tendría en el futuro dos madres o dos padres, según el caso, lo que pudiera tener implicaciones a partir de lo que es aceptado socialmente. Tan es así que muchas legislaciones establecen que la persona transexual tiene que ser estéril o estar imposibilitada para procrear, comprobado por un dictamen médico (Suiza, Alemania, Turquía, Suecia, Finlandia y Portugal); en ese mismo orden de cosas algunas legislaciones establecen que la persona no puede estar casada (Japón, Alemania, Australia, Suecia, Bélgica, Finlandia, Portugal).

La reasignación sexual de la persona transexual, si bien configura una noción de identidad sexual de la persona, no está dirigida a la prolongación de la especie. Sobre este aspecto Pezzini[10] plantea que tiene incidencia directa en el matrimonio en tanto éste exige la heterosexualidad y por

[10] Barbara Pezzini, "Transexualismo, salute e identita sessuale", en *Rassegna di Diritto Civile*, Italia, pp. 472-473.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tanto pierde esta característica. El matrimonio ya no estaría fundado sobre la diferenciación sexual que posibilita la procreación.

Para nuestro derecho de familia, esta afirmación de Pezzini tiene cierto grado de importancia, pues si bien nuestro derecho de familia no concibe el matrimonio como una institución que tiene por fin la procreación, sí asume, como base del matrimonio, la heterosexualidad. El Código de Familia de Cuba en su artículo 2 establece que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común." Este precepto legal declara expresamente que el matrimonio legalmente reconocido es el heterosexual, por lo cual la reasignación de sexo a un transexual casado implica la desaparición de un elemento esencial de la legitimidad del matrimonio. Al asumir el mismo sexo que su cónyuge, esto debiera constituir una causal de extinción del matrimonio que debe ser incluida en la ley por hacer imposible e ineficaz dicho matrimonio en las condiciones actuales de Cuba. No hay que perder de vista que en otros países[11] está permitido el matrimonio homosexual, por lo que no sería la reasignación de sexo una causal de extinción del matrimonio en esos casos.

El supuesto matrimonio de un cónyuge que cambie su sexo, sujeto a la legislación cubana se extinguiría, pero no se podría hablar de nulidad ni de anulabilidad. No existe nulidad, según nuestros presupuestos sustantivos, porque el matrimonio existió de hecho y de derecho y fue válido entre una mujer legal y un hombre legal. La aptitud y capacidad legal en ese momento quedó demostrada a menos que nos encontremos ante un supuesto de violencia, lo cual sería también improbable toda vez que el matrimonio en Cuba se formaliza ante funcionario público (registrador del estado civil, notario o cónsul), los que se abstendrían de actuar bajo esas circunstancias y no autorizarían dicho acto.

De acuerdo a las causales de extinción del matrimonio en Cuba, que son la muerte y el divorcio, en el supuesto de una persona transexual no estamos en presencia de la muerte del sujeto, sino de la misma persona reasignada sexualmente, por lo que requiere para completar su verdadera identidad, desde el punto de vista jurídico, una rectificación de su asiento registral y no una cancelación del mismo.

Las soluciones legales brindadas en las legislaciones foráneas para dar

[11] Holanda, Dinamarca, España, catorce países reconocen las uniones entre parejas del mismo sexo a los efectos migratorios, entre ellos Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Islandia, Israel, Holanda y el Reino Unido.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

respuesta al reconocimiento de la identidad de género difieren. Existen soluciones administrativas, jurisprudenciales, legislativas y recomendaciones de los organismos internacionales. Generalmente privilegian los intereses de la familia en el supuesto de la persona transexual casada y se observa que no existe homogeneidad en el procedimiento a seguir para resolver este conflicto desde el punto de vista jurídico.

Estados Unidos fue el primer país donde se reguló por medio de reglamentos todo lo relativo al cambio de sexo. Tales son los casos de los estados de Illinois en 1961, Arizona en 1967, Lousiana en 1968 y California en 1977. En diversas provincias canadienses, sobre la base de una previa legislación, se permite el cambio de sexo a partir de 1973 a través de un procedimiento administrativo.

Por otra parte, en Sudáfrica se necesita una resolución del ministro del interior que autorice el cambio registral luego de comprobada la adecuación morfológica, en virtud de una ley promulgada en 1974.

Las leyes europeas difieren en lo que respecta a la edad para autorizar el acto, la nacionalidad del recurrente, la previa incapacidad para procrear y el procedimiento a seguir, entre otros aspectos.

La postura de defensa de la familia ha sido acogida por las legislaciones alemana y sueca.[12] Estas leyes han privilegiado el interés de la familia frente al interés transexual.

La ley alemana de 10 de diciembre de 1980 establece que la edad legal para realizar estos trámites es 25 años y ofrece dos soluciones diversas. De un lado, la llamada *kleine Lösung*, pequeña solución, que implica solamente el cambio de nombre en los registros públicos, permite mantener la validez del matrimonio, si así lo desean los cónyuges, pero podría acarrear también la anulación del mismo por error, o el divorcio por exigibilidad de la convivencia, o por no haberse consumado el matrimonio. De otro, la gran solución, que supone el cambio oficial de sexo, con el consiguiente reconocimiento del *ius connubii* respecto de personas pertenecientes a su sexo originario, lo que sólo es posible mediante el cumplimiento de ciertos requisitos (incapacidad para procrear, irreversibilidad de la nueva situación, modificación de los caracteres sexuales externos en un individuo mayor de edad y transcurso de un plazo mínimo de tres años en tal situación) y con posterioridad una constancia registral. Esta segunda solución exige que el solicitante sea soltero; igual supuesto es el regulado por la

[12] Ley alemana sobre la transexualidad de 10 de septiembre de 1980; Ley sueca sobre la transexualidad de 21 de abril de 1972.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ley sueca y holandesa,[13] que establecen como requisito simultáneo que el recurrente esté incapacitado para procrear.

Posición distinta es la de Italia.[14] La Ley italiana de 14 de abril de 1982, n. 164, admite, claramente, que la transexualidad pueda operar un cambio de sexo. Así, el artículo 3 de dicha ley permite la rectificación de la mención registral del sexo, en virtud de sentencia que atribuya a una persona "sesso diverso da quello ennuciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali". Pone el interés y el libre desarrollo de la personalidad del transexual por encima de la familia, permitiendo, sin limitación, el cambio de sexo a los transexuales casados, dejando sin tutela legal a los hijos y al cónyuge. Sin duda, ésta es la legislación más liberal ya que no establece límite de edad.

En Japón existe una ley de identidad de género, que permite el cambio de sexo en los registros civiles a las personas que sufren trastornos de identidad de género. Los japoneses que deseen vivir como alguien de sexo opuesto deberán presentar un diagnóstico de al menos dos médicos que certifiquen la divergencia entre su sexo psicológico y su sexo biológico. Otro de los requisitos incluye ser mayor de veinte años, no estar casado, no tener hijos/as y no tener órganos reproductivos de su género anterior en funcionamiento.

Existen soluciones de carácter pragmático en el ámbito administrativo en Australia y Dinamarca, y hasta de carácter jurisprudencial como en Suiza que frente a la laguna legal en lo que atañe al cambio de sexo, se recurre al artículo segundo del Código Civil que establece que ante el vacío de la ley el juez decidirá cual si fuera el propio legislador.

La ley turca, de fecha 11 de mayo de 1988, permite el cambio de sexo a personas casadas y la decisión judicial que la autoriza conduce a la disolución del matrimonio desde que comienza el juicio, y si existieran hijos, dispone la pérdida de la patria potestad para *el heterosexual*.

En Francia la transexualidad no está regulada por ley. En un primer momento, la Corte de Casación gala consideró que la transexualidad no podía dar lugar a la mutación del sexo originario, por lo que excluyó la posibilidad de que los transexuales pudieran obtener la rectificación registral de la mención de sexo y el consiguiente cambio de nombre [Cfr. "arrêt" 21 mayo 1991 (D., 1991, p. 169)]. Obviamente, de tal jurisprudencia —como observa Carbonnier, *Op. cit.*, p. 112— no podía desprenderse un derecho

[13] Ley holandesa de cambio de sexo, de 24 de abril de 1985.
[14] Ley italiana de la rectificación de la atribución de sexo, de 14 de abril de 1982.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del transexual a contraer matrimonio con individuos pertenecientes a su mismo sexo cromosómico, pues se partía de la premisa de que el sexo de las personas era inmutable. Posteriormente, la asamblea plenaria de la Corte de Casación, en dos sentencias de 11 diciembre 1992 (J. P. C., 1993, II, 21991) ha cambiado radicalmente de orientación, admitiendo, en aras del respeto a la vida privada, la posibilidad de modificar el estado civil, como consecuencia de la metamorfosis terapéutica del transexual. Lo que es interpretado por un sector de la doctrina gala en el sentido de que el transexual (que ha obtenido el reconocimiento oficial del cambio de sexo) tiene derecho a contraer matrimonio con un varón, siendo el negocio válido, aunque anulable por error en cualidad esencial (*ex* art. 180 C.c.fr.), si el otro contrayente desconocía el itinerario sexual de su consorte (Cfr. Cornu, *Droit civil*, Vol. I, "Introductión. Les personnes. Les biens", 6ª ed., Paris, 1993, p. 209). Esto ha traído como consecuencia que la jurisprudencia se ha erguido como la fuente de derecho principal en un Estado de fuerte raigambre del sistema romano.

Este tema se ha planteado también ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el *affaire* Van-Oosterwijch, dicha comisión entendió que la negativa de un tribunal belga a rectificar el cambio de sexo violaba los artículos 8 (protección de la vida privada) y 12 (derecho al matrimonio) de la Convención Europea sobre Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. Así, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó en 1989 una resolución sobre los transexuales que estableció: "se reconoce el derecho de los transexuales a vivir de acuerdo con su identidad sexual [está implicado en ello el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana], se condena la discriminación contra los transexuales y se insta al Consejo de Ministros de dicha asamblea a elaborar documento invitando a los estados miembros a regular legislativamente en los casos de transexualidad irreversible, para que se les reconozca jurídicamente el cambio de nombre y de sexo en los registros correspondientes".[15]

En España los tribunales de justicia resolvieron muchos casos de esta naturaleza, desarrollándose una doctrina consolidada del Tribunal Supremo Español al respecto. El primero de marzo del 2007 se aprobó en el pleno del Congreso de los Diputados la Ley de Identidad de Género, autorizando el cambio registral, con ciertos requisitos, sin necesidad de realizar la cirugía de reasignación sexual.

[15] Amílcar Sardinas Frías, "El derecho a la identidad personal, Tesis presentada para optar por el título de licenciado en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba, 2001.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En América Latina no existen leyes que regulen específicamente la materia, pero se conocen casos en Argentina, Chile, Perú y Brasil, que han acudido a los tribunales de justicia para proceder a la rectificación de su asiento registral.

V. La transexualidad en Cuba

Jurídicamente puede expresarse que si bien en Cuba no existe ley que regule el cambio de sexo, se han dado algunos pasos. Entre los años 1997 y 1998 el Ministerio de Justicia, en colaboración con el Centro Nacional de Educación Sexual y la Dirección de Identificación y Registro del Ministerio del Interior decidieron, en trece casos de las personas transexuales diagnosticadas, con anatomía femenina desarrollada (senos, ausencia de pilosidad) cambiarles el carné de identidad por otro nuevo que contemplara el nombre de mujer y la foto actualizada del transexual, sin modificarles el sexo reflejado en la identificación para tratar de dar una solución a esos problemas. Esta decisión administrativa no tuvo repercusión material en el asiento registral de nacimiento de los transexuales diagnosticados en cuanto al extremo del sexo registrado, pues, en virtud del artículo 31 de la Ley No. 51 del 1985 —Ley del Registro del Estado Civil— ésta sería una rectificación sustancial de un asiento y requiere de un mandato judicial para su modificación. Tal paso lo establece el artículo 43 de la vigente Ley del Registro del Estado Civil, y la Resolución del Registro del Estado Civil Especial del Ministerio de Justicia, de fecha 19 de diciembre del año 1996, aunque no es la más feliz solución, pues la identificación personal debe estar respaldada por la inscripción registral. Estos cambios sólo modificaron el nombre en su certificación de nacimiento, no así el sexo ya que la ley cubana admite el cambio de nombre, por voluntad del sujeto, en tres ocasiones. Sin embargo, el cambio de sexo no puede ser realizado en virtud de la ley actual por voluntad del sujeto.

Esta decisión administrativa pretendía evitar los conflictos que se generaban en la identificación de dichos ciudadanos ante los agentes de la Policía Nacional Revolucionaria y otras dependencias administrativas, pues de la interpretación de los numerales del carné de identidad permanente, se percataban de que estos ciudadanos pertenecían al otro sexo, y sospechaban la posibilidad de la falsificación del documento público, delito tipificado en nuestro Código Penal.

En Cuba no existe un cuerpo legal que regule este tipo de situaciones y

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nuestro ordenamiento carece de norma directa de aplicación, pero tampoco está prohibida en nuestra legislación la cirugía de reasignación sexual.

Hay casos de transexuales, nacionales cubanos que residen en el exterior, que se han sometido a la cirugía de reasignación sexual y desean viajar a Cuba. Ello ha provocado conflictos pues nuestra preceptiva migratoria exige que los ciudadanos cubanos viajen a nuestro país con pasaporte nacional, sin importar que sean residentes permanentes o temporales en el exterior e incluso hayan adquirido la ciudadanía de otro Estado, pues Cuba no reconoce la doble ciudadanía, en virtud del articulo 32 de la Constitución de la Republica y en consecuencia exige al ciudadano cubano viajar a Cuba con pasaporte cubano.

Al llamado de las regulaciones migratorias cubanas, estas personas ya no son quienes eran al salir de Cuba puesto que han modificado su apariencia sexual exterior y genitalmente. Se presentan ante cualquier funcionario de nuestro país —cónsul o agente de migración— con la cédula de identidad de su país de residencia que corresponde al otro sexo, tal y como es física y fenotípicamente, con un nombre acorde a la reasignación realizada, pero con el pasaporte correspondiente al sexo y al nombre con que salió de Cuba. Ello implica que, una vez probado que se trata de la misma persona, necesariamente haya que cambiarle el pasaporte cubano realizado en correspondencia con su inscripción registral.

La interrogante se hace evidente: ¿cómo realizar tal modificación? Hay que señalar que el citado conflicto de identidad atañe sólo a nuestro país pues estas personas están inscritas en el registro de extranjeros de los países donde residen con su nuevo sexo, como lo que son realmente y en consecuencia se les expide el documento de identidad pertinente.

Dada esta situación, estos transexuales para participar en sus respectivos procesos recurrieron a la figura del poder, otorgándolo en su país de residencia ante el funcionario público competente y cumpliendo todos los trámites legales exigidos por la ley cubana para su validez en nuestro territorio.

Es precisamente este poder el que comienza a poner escollos en el proceso, dificultando su posterior tramitación pues se hace evidente que quien concurre a otorgarlo es una persona del otro sexo y ante sí la tiene el funcionario público encargado de redactarlo. En tanto en Cuba a todos los efectos legales esa persona que lo otorgó no existe, por lo que carecería de valor para la representación procesal; exigiéndose por los tribunales cubanos que el poder lo otorgue el transexual cual si fuera la persona

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

con el sexo que abandonó Cuba, si no caería en el supuesto de falta de personalidad.

Haciendo un paréntesis, nos preguntamos, ¿qué otras vías tendría el actor para otorgar el poder que le permita acreditar su personalidad en Cuba y conforme a qué leyes vigentes? A nuestro entender existen dos tipos de documentos notariales que pudieran ser utilizados a tal efecto: el acta de notoriedad y la declaración jurada. La declaración jurada tiene el inconveniente de que en ella el notario no emite juicio alguno, sino que se limita a dar fe de la declaración del transexual, de lo que es y por eso sufrió un cambio en su identidad. Sin embargo, a través del acta de notoriedad el notario emite un juicio apodíctico y puede basarse en pruebas, como por ejemplo el resumen de historia clínica del transexual. El hecho notorio sería la operación de reasignación sexual que conduce a un cambio de identidad. Esta acta acompañaría al poder y de esta forma el tribunal no podría alegar falta de personalidad. Por estos motivos nos inclinamos por el acta de notoriedad.

Tal y como queda planteada la cuestión, y volviendo a lo anterior, se observa un círculo vicioso entre las leyes migratorias cubanas, el poder que autoriza el funcionario público en el exterior y las exigencias hechas por el tribunal cubano basadas en nuestra ley procesal, algo bien parecido a la institución del reenvío en el derecho internacional privado.

No obstante, el primero de los casos ventilados en nuestros tribunales rompió este círculo vicioso. Vale la pena comentarlo por haber sido el primero resuelto y por la trascendencia que ha tenido. Tramitado por el Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana entre los años 1996 y 1998,[16] el proceso se refiere a un ciudadano cubano que se había sometido en el extranjero a la operación de cambio de sexo y tenía la pretensión de regular su actual situación en el Registro Civil en Cuba. Para que su abogado pudiera actuar en el proceso a nombre de su representado, cuyo sexo asignado había variado, el cónsul cubano en el país de residencia del transexual solucionó su identificación para que surtiera efectos en el proceso declarando en documento que ante sí concurría una mujer —con las generales referidas a su identificación nacional en ese estado—, pero que a los efectos legales en Cuba la misma era un hombre de generales distintos y que ambos eran la misma persona. En este proceso quedó probado que eran una misma persona, y al no existir norma legal de aplicación directa,

[16] Expediente civil No. 128 de 1996, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, Sentencia No. 1 de 14 de enero de 1998.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el tribunal juzgador apeló a la integración de los principios generales del derecho, a las disposiciones de la Constitución de la Republica, a la Ley del Registro del Estado Civil, así como al artículo 3 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral y falló con lugar la demanda. Ello trajo, como consecuencia, que se rectificara en el Registro del Estado Civil la nueva identidad de género del sujeto, así como su nuevo nombre. Este caso, sin lugar a dudas, sentó pautas en el análisis judicial del fenómeno en Cuba, pues aunque la jurisprudencia no es en nuestro país una fuente principal de derecho, constituye este fallo del tribunal una indiscutible referencia al tratar el tema en nuestro contexto nacional.

Pueden mencionarse otros casos que han sido resueltos por los tribunales municipales populares de igual manera, a saber, expediente civil radicado al número 31 del año 2001 de San Miguel del Padrón que culminó con la sentencia número 110 de 28 de febrero del año 2002; expediente civil radicado al número 610 del año 2002 del Playa, que culminó con sentencia número 512 de 29 de septiembre del año 2003, fallo que también fue a favor de la petición del promovente. Y el más reciente caso, presentado ante el Tribunal Municipal Popular de Artemisa, expediente civil radicado al número 16/03, que culminó con la sentencia número 285 de 30 de septiembre de 2003, en el cual el transexual, aunque se realizó la operación en el extranjero pudo entrar al país y contratar personalmente al abogado que lo representaría en la demanda de rectificación del asiento de inscripción en el Registro del Estado Civil.

En este último caso, a diferencia de los anteriores, el material probatorio que el tribunal tuvo a la vista fue muy amplio, pues se presentaron pruebas documentales donde se vieron los diferentes cambios físicos que experimentó el demandante, desde su niñez hasta el momento mismo de presentarse al proceso; se le practicó examen de cromatina; se practicó, a propuesta suya, pruebas de reconocimiento judicial de su persona y dictamen pericial por médicos especialistas en ginecología y endocrinología, en las que se pudo apreciar que había sido completa la intervención de reasignación de sexo que se le realizó, con construcción de neovagina e implantación de mamas; fue practicada prueba de confesión judicial a la madre del actor, quien expresó que su hijo nunca se manifestó como varón y que su salida del país estaba motivada por el deseo de poder adaptar su anatomía a la de una mujer. Tanto ella como los testigos que declararon, afirman que se hacía llamar por el nombre que ahora pretende reconocer como suyo y nunca —desde que tuvo desarrollado su propio yo— por el

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nombre de varón que recibió a su nacimiento. Incluso en el tribunal se le advirtió que todos los documentos que se le extendieran para firmar debía hacerlo como varón, pues así había presentado el escrito promocional, optando el promovente por firmar de las dos formas. En este proceso, el tribunal tuvo la oportunidad de constatar por sí mismo lo que se estaba alegando en los hechos, y luego de valorar todo el material probatorio hubo de acudir a la integración del derecho de las mismas normas que utilizó el Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana.[17]

Se pudiera resumir el análisis jurisprudencial en Cuba de la siguiente forma:

VI. Sobre la denominación del proceso

- Proceso ordinario sobre el ejercicio de la libre determinación sexual.
- Proceso ordinario sobre estado civil.
- Proceso ordinario sobre nulidad parcial de inscripción de nacimiento.

Aunque la denominación ha sido diferente, la pretensión concreta que se deduce en todos estos casos ha sido la rectificación o modificación de la inscripción de nacimiento en cuanto al nombre y al sexo de la persona natural. A todas luces sí resulta totalmente desacertado definirlo como una nulidad parcial de la inscripción de nacimiento, ya que no se verifica tal nulidad en ninguno de sus supuestos teóricos y legislativos.

Acto que solamente es posible realizar en virtud de procedimiento judicial por ser modificaciones sustanciales de dicho asiento que no pueden resolverse de manera administrativa directamente ante el registrador del estado civil, como está previsto al respecto actualmente en el artículo 31[18] de la Ley del Registro del Estado Civil.

VII. Sobre la competencia de los tribunales para resolver el proceso

El primer caso, mencionado anteriormente, que discutió el fenómeno de la transexualidad en Cuba fue resuelto en virtud de la sentencia del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, No. 1 de 14 de enero de 1998, expedien-

[17] Ana Marta Sánchez Oñate, *Op. cit.*, p. 69. Ella es jueza profesional ponente que tuvo a su cargo dicho asunto.
[18] Ley 51 de 15 de julio de 1985; Ley del Registro del Estado Civil, artículo 31: "Los asientos del Registro del Estado Civil constituirán la prueba del estado civil de las personas". "Las inscripciones o anotaciones en el Registro del Estado Civil sólo podrán anularse mediante ejecutoria del tribunal competente".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

te civil 128/1996. Este aspecto sin dudas motivo un análisis correcto por el juez ponente en el primer considerando de la sentencia, "habida cuenta que nos encontramos ante una materia referida al Estado Civil y que por Ley debe ser de conocimiento de los Tribunales Municipales Populares en virtud del artículo 5, inciso 2 de la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo; no obstante el Tribunal en virtud del principio procesal previsto en el artículo 3 de la Ley de Trámites civiles dio solución al conflicto pues no puede declinar". Estamos contestes en que se diriman estos conflictos en los tribunales municipales populares, respetando así la competencia por razón de la materia, como ha sucedido en los demás casos resueltos (sentencia del Tribunal Municipal Popular de San Miguel del Padrón, de 28 de febrero de 2002, expediente civil 31/2001 y sentencia del Tribunal Municipal Popular de Artemisa, La Habana, No. 285, de 30 de septiembre de 2003).

VIII. Sobre el análisis de los fundamentos de hecho

En el primer caso que resolvió un tribunal cubano se acoge la definición de la transexualidad como "comportamiento sensorial y social distinto al sexo anatómico sin que deba considerarse tal cuestión, como una aberración o conducta impropia" (Cit. Stcia. Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, No. 1 de 14 de enero de 1998, expediente civil 128/1996). Por otra parte el Tribunal Municipal de Artemisa definió a las personas transexuales como aquellas "que sienten como ajeno el sexo biológico, que anhelan por sobre todas las cosas para poder realizarse en la vida el cambio de sexo contrario, operando primeramente el cambio en su psiquis que luego lo van exteriorizando externamente hasta que la intervienen quirúrgicamente con el propósito de transformar sus genitales y otros atributos externos, que permite a quien lo ve identificarlo sin lugar a dudas, como del sexo contrario [...], el transexual no tiene que ver con el homosexualismo, no es un capricho, no disfruta de sus genitales, por lo que si no puede hacer el cambio puede llegar a tener serios problemas" (Cit. Stcia. No. 285 de 30 de septiembre del 2003).

Definiciones con similares pronunciamientos, en que se enarbola la operación o tratamiento quirúrgico como máxima que pretende todo transexual, es apreciable también en sentencias de tribunales extranjeros. Tal es el caso de la definición anotada por la sentencia del Tribunal Supremo Español, al considerar la transexualidad como "una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual, artificial de órganos

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

externos e internos practicables similares a los del sexo femenino, unidos a otros caracteres" tales como "el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología sexual" (SSTS, 2 julio 1987 J, Civ., No. 436).

Estas definiciones lo que han hecho es reafirmar y corroborar el fenómeno que ha operado en estos sujetos, tanto desde el punto de vista psicosocial como biológico.

Es de señalar que todas las sentencias referidas describen en sus hechos que en dichos sujetos ha operado ya la cirugía de adecuación genital en el extranjero, apreciándose que éste sin dudas ha sido el hecho conclusivo que logró una convicción en el juez para fallar con lugar como se hizo en las sentencias referidas. Tan es así que el Considerando Cuarto de la Sentencia del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, No. 1 de 14 de enero de 1998, expediente civil 128/1996 describe íntegramente la intervención quirúrgica.

IX. Sobre las pruebas aportadas en el proceso

En todos los procesos se han practicado las pruebas siguientes: documentales: certificados médicos de las operaciones, fotos que demostraron la evolución del fenómeno, otras documentales privadas y públicas; testificales, periciales, confesión judicial y reconocimiento judicial en la persona (estas dos ultimas sólo en el caso de Artemisa).

Es de señalar que aunque existe en Cuba una Comisión Nacional que atiende con un enfoque integral la transexualidad, nunca han sido requeridos sus expertos para peritar estos casos.

X. Sobre los fundamentos de derecho en que han recaído las sentencias

En Cuba la legislación no contempla el fenómeno de la transexualidad, ni el cambio voluntario de sexo; en cambio sí regula, como sucede en el derecho comparado, el cambio de nombre, con ciertas limitaciones.[19] Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico carece de normas sustantivas

[19] Ley 51 de 15 de julio de 1985; Ley del Registro del Estado Civil, Artículo 43: "Ninguna persona podrá ser inscripta con más de dos nombre. Los padres o las personas interesadas escogerán libremente los nombres, pero en todo caso deben estar en correspondencia con el desarrollo educacional y cultural del pueblo y sus tradiciones. [...] El cambio, adición, modificación o supresión de nombres y apellidos se podrá hacer excepcionalmente una vez y hasta dos veces en el caso de que el interesado sea mayor de edad, si la modificación anterior se hubiera efectuado estando bajo el régimen de la patria potestad.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que regulen esta realidad, a la que el derecho debe brindarle protección jurídica, nuestros tribunales accedieron al cambio de nombre y sexo de transexuales que viven fuera del territorio nacional. Pues los transexuales que viven en Cuba, excepto un caso, no se han operado, sólo han logrado el cambio de nombre registralmente con incidencia en su identificación personal en virtud de la política que ha tenido el Centro Nacional de Educación Sexual (CENESEX) al respecto, por ser éste uno de los justos reclamos de estos sujetos en virtud del ejercicio de su derecho a su identidad personal, como derecho inherente a la personalidad.

En Sentencia No 1. del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, de 14/01/1998, se estima el recurso mediante el cual se solicitaba la autorización para cambiar el nombre y sexo en la inscripción que obra en el Registro del Estado Civil de una transexual, de hombre a mujer. Tal y como se expresa en uno de los considerando, ésta es una cuestión que dada "la nueva identidad [cambio de nombre y de sexo] no puede resolverse administrativamente en la oficina registral donde se encuentra su asiento [el de la parte actora]". Y éste ha sido el fundamento de las restantes sentencias dictadas en Cuba sobre esta materia.

Esta sentencia, tal como lo hacen otras, afirma que "aun cuando en nuestro ordenamiento jurídico careciera de normas directas de aplicación, la transexualidad es un fenómeno real que nuestro derecho no debe ni puede desconocer".

Por otra parte y a falta de la ya mentada norma específica, se aplicó por los jueces el principio de autointegración de las normas jurídicas, donde descuella la Constitución de la República aun cuando no es norma de aplicación directa. A saber, fue tomado como fundamento legal el artículo 62 de la Constitución de la República, así como el artículo 31 de la Ley del Registro del Estado Civil.

Los sustentos jurídicos en los cuales se apoyaron los jueces al dictar el fallo fueron de índole procesal y en virtud de principios generales del derecho, que no son fuente del derecho cubano. De ahí la necesidad de normativa legal especial que ampare esta situación social.

XI. Reflexión integral de la jurisprudencia cubana

Las personas transexuales sujetas de los procesos judiciales en Cuba, son emigrados cubanos quienes han sido intervenidos con la cirugía de reasignación sexual en el extranjero.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Todos han sido casos de transexuales hombre a mujer.

Todas las sentencias han fallado con lugar la pretensión concreta que se deduce de la demanda, a saber la modificación de la certificación de nacimiento en cuanto al nombre y al sexo. Sin embargo, los demandantes no han pretendido el reconocimiento de otros derechos inherentes al sexo reasignado.

Las sentencias se han ejecutado por mandamiento judicial; el registrador del estado civil ha modificado el asiento registral.

Las personas transexuales que han sido partes en estos procesos judiciales no habían sido diagnosticadas como tales por el CENESEX.

Se trabaja por la comisión en la preparación de una normativa jurídica y en la propuesta de modificación de las disposiciones vigentes en materia de registro civil para viabilizar esta situación. En consonancia con ello, como uno de los objetivos de la estrategia de atención a transexuales en Cuba, se propone implementar en los instrumentos jurídicos que procedan, en lo relativo a la asistencia y protección de las personas por razón de su orientación sexual e identidad de género, donde se patentiza que la familia, la sociedad y el Estado deben proteger el derecho de cada persona a desarrollar su verdadera orientación sexual e identidad de género, y respetar todos sus derechos en los diferentes ámbitos de las relaciones sociales, protegiéndola de cualquier tratamiento inhumano, violento o humillante que debilite su autoestima o lesione su integridad y dignidad.

Se ha podido comprobar que, gracias al apoyo que reciben del Centro Nacional de Educación Sexual, no se han reportado manifestaciones reivindicatorias ni de protesta, ni casos de suicidio por las incomprensiones que tradicionalmente acompañan a los transexuales, aunque se reúnen para compartir vivencias entre ellos o con personas de otras orientaciones sexuales.[20]

El Centro Nacional de Educación Sexual, en aras de lograr avances en la atención y seguimiento de la transexualidad en Cuba, ha diseñado y propuesto un grupo de estrategias a los ministerios de Salud Pública, de Justicia, de Trabajo y Seguridad Social, del Interior, de Educación y de Educación Superior, a la Fiscalía General de la República y al Tribunal Supremo Popular, así como a las organizaciones políticas, sociales y de masas.

Todo lo anterior fundamenta la complejidad del análisis del ser humano como entidad bio-psico-social y la necesidad de que los juristas

[20] *Ibid*., p. 54.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cubanos —activos operadores sociales— reconsideren el fenómeno social de la transexualidad como un hecho que requiere una respuesta profunda y analítica del derecho positivo cubano, refrendado en disposiciones normativas que regulen y brinden las garantías legales necesarias para que los ciudadanos/as cubanos/as transexuales tengan a su alcance un marco regulador que contemple todas las fases del proceso, desde el tratamiento médico y el diagnóstico preciso, hasta la operación de reasignación del sexo y la rectificación del asiento registral del nombre y el sexo. Ello, sin dudas, beneficiaría el desarrollo personal de estos individuos y constituiría un aporte al batallar por erradicar este tipo de situación con estas personas en nuestra obra social, con probada vocación y arraigo por el respeto a la diversidad. Además, engrandecería el prestigio de la profesión jurídica y constituiría un nuevo avance en pos de la consolidación de la plena igualdad social típica de nuestro país. ■

Referencias

Álvarez Tabío, Ana María, "Problemática e implicaciones actuales derivadas del reconocimiento de los derechos de la personalidad", Tesis para optar por el título de master, dirigida por Leova Castañeta, UNAM, México, 1997.

Amat Llari, Eulalia, "El derecho a la propia imagen y su valor publicitario", *La Ley*, España, 1992.

Ángel Yaguez, Ricardo de, *Transexualidad y cambio de sexo*, Editorial Ley, España, 1987.

Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho,* Tecnos, Madrid, 1990.

Cabrera, Delma y Codeglia, Luis María, *Daños a la identidad personal,* XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, en www.jornadas-civil.org/mo.html, 29 de abril de 1998.

Campos, Arantza, *La transexualidad y el derecho a la identidad sexual*, Euskal Erico Uniberstsitatea, 2001.

Cascajo Castro, José Luis y García Álvarez, Manuel, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Tecnos, Madrid, 1991.

Castan Tobenas, José, *Derecho civil común y foral,* tomo I, Vol. segundo, Editorial Reus, España, 1956.

Cienfuegos Salgado, David, *Los derechos de la personalidad en México*, en www.vlex.mx, 26 de abril de 2001.

Diez del Corral Rivas, Jesús, "Estado civil y sexo. Transexualidad", *Actualidad Civil*, No. 2, Madrid, 1987.

Diez Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1998.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Elósegui Itxaso, María, *La transexualidad: jurisprudencia y argumentación jurídica,* Granada, 1999.

Fernández Sessagero, Carlos, *Derecho a la identidad personal,* Astrea, Buenos Aires, Perú, 1992.

Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial,* t. II, traducido por Santiago Santis Melendo, Buenos Aires, Italia, 1954.

La Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, en español, revisada por Cipriano de Varela, 1602, Edición Sociedades Bíblicas Unidas, Corea, 1986.

Pezzini, Barbara, "Transexualismo, salute e identita sessuale", en *Rassegna di Diritto Civile*, Italia.

Robles Castillo, Carmen Teresa, Priego Cuadra, Jesús A., Fernández-Tresguerres, *El proceso de diferenciación sexual*, Departamento de Fisiología, Facultad de Medicina, UCM, Valencia, 2001.

Santana González, Gladys y Aragón Fontanals, Elizabeth, "Los derechos de la personalidad en el derecho médico", Tesis presentada para optar por el título de licenciada en derecho, dirigida por la Dra. Gisela Pérez Fuentes, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1994.

Sánchez Oñate, Ana Marta, Tesis presentada para optar por el título de especialista de derecho civil y patrimonial de familia, Universidad de La Habana, dirigida por Ana María Álvarez-Tabío, Cuba, 2004.

Sardinas Frías, Amílcar, "El derecho a la identidad personal", Tesis presentada para optar por el título de licenciado en derecho, dirigida por la Dra. Marta Fernández Martínez, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba, 2001.

Verda y Beamonte, José Ramón de, "La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en revista *Internauta* de práctica jurídica de la Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, en www.uv.es, 2 de abril de 2001.

Dignostic and Stastical Manual of Mental Disorders (DSM), versión 1994.

Legislaciones

Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial Extraordinaria*, No.7, 1 de agosto de 1992.

Código Civil Cubano, Ley No. 59, *Gaceta Oficial Extraordinaria*, No. 9, 15 de octubre de 1987.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley No. 7, *Gaceta Oficial Ordinaria*, No. 34, 20 de agosto de 1977.

Código de Familia, Ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975.

Código Penal Cubano, Ley No. 62 de 1986.

Ley No. 51/85 del Registro del Estado Civil. Resolución No. 157/85 y su Reglamento, Edición del Ministerio de Justicia de Cuba de 1988.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ley alemana sobre la transexualidad de 10 de septiembre de 1980.
Ley sueca sobre la transexualidad de 21 de abril de 1972.
Ley holandesa de cambio de sexo, de 24 de abril de 1985.
Ley italiana de la rectificación de la atribución de sexo, de 14 de abril de 1982.

Vover al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA: BREVES COMENTARIOS SOBRE PROBLEMAS MUY PARTICULARES

Jesús Gómez Taboada*

SUMARIO

I. Algunas innovaciones recientes: los matrimonios entre homosexuales y las uniones de hecho (homosexuales y heterosexuales)
I.I Ubicación: el contexto político: argumentos a favor, argumentos en contra
II. Efectos revocatorios de la separación de hecho de los cónyuges
II.I. La revocación del poder

RESUMEN

El artículo analiza el cambio introducido en el ordenamiento español por el cual se legitima el matrimonio entre parejas de un mismo sexo, postura avanzada sostenida por el Partido Socialista Obrero Español a diferencia de la que esgrimía el Partido Popular que había barajado durante su gobierno de opción de uniones civiles. Los argumentos que sustentaron la nueva ley se apoyan sobre todo en la libertad y en la igualdad, ambos valores superiores del ordenamiento jurídico español. Esta tesis no consideró un escollo: el artículo 32 de la Constitución cuyo párrafo primero señala que "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica", reinterpretándose no como que da cobertura sólo a la unión hombre-mujer, sino a la unión del hombre y la mujer. El autor expone

ABSTRACT

The article analyzes the change introduced in the Spanish classification by which the marriage is legitimated among even of oneself sex, advanced posture sustained by the PSOE contrary to which the PP that had shuffled during its government of option of civil unions fenced. The arguments that sustained the new law lean on mainly in the Freedom and in the Equality, both superior securities of the Spanish juridical classification. This thesis didn't consider a reef the article 32 of the Constitution that he/she writes that "The man and the woman are entitled to get married with full artificial equality", looking at you doesn't eat that he/she gives alone covering to the union man-woman, but to the union of men and the women. The author exposes the ideas that have

* Notario de Tordera, Barcelona, España.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las ideas que se han manejado en contra de tal postura, señalando que la mayoría de ellas son emocionales y que la más racional puede estar a partir de uno de los objetivos del matrimonio que es el de procrear, cuestión que no pueden lograr las parejas de un mismo sexo.

been managed against such a posture, pointing out that most of they are emotional and that the most rational can be starting from one of the objectives of the marriage that is the one of procreating, question that the couples cannot achieve of oneself sex.

I. Algunas innovaciones recientes: los matrimonios entre homosexuales y las uniones de hecho (homosexuales y heterosexuales)

I.I. Ubicación: el contexto político: argumentos a favor, argumentos en contra

La ley ha aprobado, como su propio nombre indica, una importante reforma en el derecho de familia español, consistente en la extensión del matrimonio civil a personas del mismo sexo,[1] convirtiéndose así España en uno de los pocos países del mundo en permitir este vínculo.

La ley fue impulsada por el Partido Socialista Obrero Español (izquierda), en el gobierno desde las elecciones generales de 14 de marzo de 2004.[2] Y fue apoyada por todos los grupos parlamentarios del Congreso español, con el voto en contra del Partido Popular (derecha).[3]

En la legislatura anterior (2000-2004) el Partido Popular había barajado la posibilidad de promulgar una "ley de uniones civiles" que diera cabida

[1] Sin entrar en mayores detalles, y menos en polémicas, diremos que la ley no va dirigida, necesariamente, a personas homosexuales, sino a las del mismo sexo, sean o no homosexuales. Es decir, podrán contraer matrimonio dos personas del mismo sexo sin obligación de acreditar su calidad de homosexuales.

[2] En España hay cuatro elecciones diferentes, todas ellas con una cadencia de cuatro años: las generales, que determinan la distribución de las cámaras estatales, Congreso de los Diputados y Senado (esta última, irrelevante y siempre pendiente de una reforma, poco aclarada, que la convierta en un Parlamento de representación territorial. En definitiva: lo importante es ganar en el Congreso). Las autonómicas, que eligen a los representantes de los parlamentos de las diecisiete comunidades autónomas (más las ciudades autónomas norteafricanas de Ceuta y Melilla) en que se distribuye, territorialmente, el Estado español. Las municipales, que deciden la composición de los ayuntamientos. Y las europeas, que determinan la representación española en el Parlamento Europeo de Estrasburgo (organismo de la Unión Europea).

[3] El PSOE obtuvo, en estas elecciones, 164 diputados; y el Partido Popular, hasta entonces en el gobierno, 148. Dado que el Congreso de los Diputados tiene un total de 350 miembros, la mayoría absoluta está situada en 176. El partido socialista gobierna, por tanto, en minoría, si bien con el apoyo parlamentario de los ocho diputados de Esquerra Republicana de Cataluña (partido independentista catalán) y de los cuatro de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña-Los Verdes (conglomerado formado por comunistas y ecologistas).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales.[4] La idea no pasó de anteproyecto de ley y quedó pendiente para la siguiente legislatura (la actualmente vigente: 2004-2008). Pero la pérdida de las elecciones por parte de este partido, que gobernaba hasta 2004 con una holgada mayoría absoluta (183 diputados) aparcó esa opción. Y el partido socialista, una vez en el poder, logró sacar adelante su promesa electoral de modificar el Código Civil para extender el matrimonio a personas del mismo sexo.

Argumentos a favor

Los argumentos que se han esgrimido a favor de la nueva ley se apoyan, sobre todo, en la libertad y en la igualdad, ambos "valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico",[5] a tenor del artículo primero de la Constitución española de 1978. Libertad para "elegir la opción sexual" que cada cual crea conveniente. E igualdad para equiparar los derechos de las parejas homosexuales a las heterosexuales. La igualdad está desarrollada, en la propia Constitución, en el artículo 14.

No hay razón, por tanto, según los defensores de esta ley, para restringir el matrimonio a parejas de diferente sexo y negar a los que son del mismo sexo los mismos derechos.

¿Por qué, por ejemplo, debe existir una pensión compensatoria, como la reconocida en el artículo 97 del Código Civil[6] para las parejas heterosexuales y no para las homosexuales? El daño sufrido por la parte perjudicada es, en condiciones idénticas, el mismo. Este argumento está en íntima relación con el del enriquecimiento injusto: es decir, el beneficio que una de las partes pueda haber obtenido como consecuencia de la convivencia y que se considere como causa de indemnización si el otro ha sufrido un perjuicio correlativo.[7]

---

[4] Aunque no lo podemos saber, es posible que la aprobación de esa ley hubiera evitado, o complicado al menos, la aprobación de la de 2005. En cualquier caso, sigue siendo muy conveniente, por no decir indispensable, la armonización del régimen jurídico de las parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, perdidas, en la actualidad, en un mosaico de legislaciones autonómicas que provocan, sobre todo, inseguridad jurídica. Ello, siempre y cuando se considere —como lo consideran los legisladores autonómicos de nuestro país— adecuado el regular estas uniones *de hecho*.

[5] Para un análisis más extenso, ver Gregorio, Peces-Barba, "Los valores superiores", en la colección *Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1983.

[6] "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión..."

[7] De hecho, el propio artículo 97 incluye (número 5º), entre los elementos que deben tomarse en cuenta para determinar la pensión compensatoria, "la colaboración en las actividades mercantiles, industriales

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta tesis no considera un escollo el artículo 32 de la propia Constitución, cuyo párrafo primero señala que: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica."[8] Es decir, no consideran que ello implique que el hombre, si se casa, deba hacerlo, necesariamente, con una mujer; y viceversa. Sino que también pueden casarse entre sí los hombres y las mujeres.

Argumentos en contra

En contra de la nueva regulación se invoca, sobre todo, la idea de que el matrimonio siempre ha sido una institución que ha unido a hombre y mujer, nunca a dos personas del mismo sexo.

Hay autores que consideran que la unión matrimonial de hombre y mujer es de derecho natural; en virtud del mismo, "la unión fecunda de los dos sexos debe convenirse libremente entre un hombre y una mujer con la voluntad de cumplir el fin natural de su unión de manera permanente y sin participación de otras personas en tal intimidad sexual",[9] de manera que "las uniones homosexuales no son matrimonio, y sólo últimamente se intenta olvidar esta certeza".[10]

Estas tesis se apoyan, también, en la consideración del matrimonio como instituto dirigido a la procreación. Y, por naturaleza, este efecto no se puede conseguir con uniones homosexuales.

El Partido Popular, que, como antes dijimos, votó en contra de la ley, estaba dispuesto a mantener su contenido siempre que no se le llamase a esa unión "matrimonio", palabra que hace referencia a la madre (de *matri-*

---

o profesionales del otro cónyuge".

[8] Este artículo está encuadrado dentro del capítulo dedicado a los "derechos de los ciudadanos" (artículos 29 a 38 de la propia Constitución), grupo formado por una serie de derechos (propiedad, herencia, sindicación...) de categoría inferior a los que se incluyen entre "los derechos fundamentales y las libertades públicas" (artículos 14 a 28: reunión, asociación, libertad religiosa...). La diferencia radica, como es lógico, en su régimen jurídico, muy en especial en lo relativo a su protección (recordemos: el derecho son efectos; y, todo lo demás, literatura). En concreto: a) los "derechos fundamentales" y las "libertades públicas" tienen que ser reguladas por Ley Orgánica (artículo 81 de la Constitución española) que requiere la aprobación, por mayoría absoluta, del Congreso —ya vimos que es la Cámara que cuenta—, y tienen un mecanismo de protección excepcional: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.1 de la Constitución española); b) los "derechos de los ciudadanos" gozan de reserva de ley, pero esta ley es ordinaria, susceptible, por tanto, de ser aprobada por mayoría simple, y no cuentan, además, con la protección citada del recurso de amparo (un estudio, desde la doble perspectiva procesal y constitucional, de esta vía ante el Tribunal Constitucional lo encontramos en Gimeno Sendra y Cascajo Castro, "El recurso de amparo", en la colección *Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid 1983

[9] *Vid.* d'Ors, Álvaro, *Derecho y sentido común*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

[10] *Vid.* d'Ors, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid 1999.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

monium, oficio —*munus*— de la madre; en contraposición al *patrimonium*, oficio del padre, consistente en la gestión personal de los bienes). Es decir, este partido político estaba dispuesto a mantener los efectos de la unión entre dos hombres, o dos mujeres, previsto por la ley aprobada, pero sin la denominación de matrimonio.

Al final, como sabemos, la ley se aprobó, si bien ha sido recurrida, por el propio Partido Popular, ante el Tribunal Constitucional,[11] por considerar que vulnera el espíritu y la letra del citado artículo 32 de nuestra ley fundamental.

El problema, en mi opinión, no radica en el nombre que se le dé a la figura jurídica que vincule a dos hombres o dos mujeres con los mismos efectos del matrimonio. Al fin y al cabo, *el derecho son efectos*. Por lo que no me parece razonable atribuir a dos figuras jurídicas los mismos efectos y, sin embargo, llamarlas de manera diferente.

El asunto debemos llevarlo, pues, a otro terreno.[12] Precisamente el de los efectos, el de las consecuencias. Como sabemos, las normas jurídicas se caracterizan, a diferencia de otras (como las morales, o las de cortesía social, por ejemplo) por su exigibilidad coactiva, ejerciéndose esta coacción por los órganos del Estado.[13] En el tema que nos ocupa, la coerción consiste en atribuir a las partes el cumplimiento forzoso de los deberes de la otra parte: sobre todo, pensiones periódicas o compensaciones para el caso de separación o divorcio. El perjudicado por el incumplimiento de la

[11] El Tribunal Constitucional, que no forma parte del poder judicial, es, según la propia Constitución, el máximo intérprete de la misma. Además del recurso de amparo a que antes hicimos referencia, le corresponde determinar la adecuación a la Constitución de las leyes que se sometan a esta calificación por las personas y órganos que están legitimados para ello. La interposición del recurso no suspende la aplicación de la norma impugnada —aspecto, como podemos intuir, no menor; además, no siempre ha sido así—. También le compete, por último, resolver los llamados conflictos de competencia, planteados entre el Estado central y las comunidades autónomas (las leyes de uno y otras no se rigen por el principio de jerarquía —como el que media entre una ley y un decreto—, sino por el de competencia, estando dibujado el cuadro general en los artículos 148 y 149 de la propia Constitución).

[12] En el razonamiento que a continuación planteo, he tenido muy en cuenta el trabajo, inédito, de Eduardo Cid Sánchez, "El matrimonio homosexual: su fundamento", al cual he tenido acceso por deferencia del autor.

[13] La coactividad o coercibilidad no es exclusiva de las normas jurídicas. Otras, como las derivadas de negocios no amparados por el derecho o de usos sociales también tienen su coacción; en ocasiones más fuerte, incluso, que las de las normas jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en las deudas derivadas del juego prohibido: el derecho español no reconoce la exigibilidad (jurídica) de las mismas; en efecto, el artículo 1798 nos dice en su inciso primero que "La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar..." Sin embargo, la sanción social que el jugador moroso sufre puede llegar a ser mucho peor que la derivada de su exigibilidad jurídica. Y el incumplimiento de algunas normas sociales también puede ser muy perjudicial para el transgresor; por ejemplo, "no asistir a un funeral, al que se está obligado por la relación con el difunto o con la familia de éste es imperdonable" (Ángel Amable, *Las buenas maneras*, Barcelona, 1988).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

otra parte, puede acudir al juez para que éste obligue al cumplimiento.[14] El quid de la cuestión es: ¿cuál es el bien jurídico que se protege? Es decir, ¿por qué se atribuye esta *facultad de exigir* al perjudicado?

En el caso de los matrimonios hasta ahora regulados, los heterosexuales, parece que esa obligatoriedad radica, sobre todo, en los hijos. El hombre, cuando nace, requiere una serie de cuidados, bastante intensos y muy duraderos (varios años), proporcionados, en principio, por sus padres. La defensa de la perdurabilidad del matrimonio parece radicar ahí: en la protección de los hijos, incapaces, como decimos, de valerse por sí mismos, hasta que alcancen cierta edad... Es decir: la protección del matrimonio, su cobertura jurídica, no parece radicar en la idea de un compromiso, un contrato entre los cónyuges. No. Muy al contrario: se considera un bien jurídico protegido en cuanto ayuda a la perdurabilidad de la especie.

Esta consideración no es aplicable, como bien sabemos, a las parejas homosexuales. Dos mujeres o dos hombres no pueden entre sí tener hijos de manera natural. Por lo que, si le atribuimos cobertura jurídica a la unión entre ambos (matrimonio), el bien jurídico protegido no es ya la perpetuación de la especie, la protección de los hijos. Es, por fuerza, otra cosa. ¿Cuál? El vínculo creado entre ellos, de manera voluntaria. Y que, de la misma manera voluntaria, por la sola la decisión unilateral de uno de ellos puede deshacerse.[15] Nos movemos en el campo de las emociones.

Si se considera esa sola voluntad, con facultad de desistimiento, como suficiente para proteger el vínculo, la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo es adecuada. Si, al contrario, se entiende que la regulación del matrimonio —la búsqueda de su perdurabilidad— tiene su razón última en la protección de los hijos, de la especie en general, este matrimonio no debe protegerse, no debe regularse, pues se apoya, como hemos visto, en otra cosa.

La no regulación de estos matrimonios dejaría huérfano un problema antes apuntado, el del enriquecimiento injusto. De hecho, este argumento ha sido uno de los más utilizados para defender la regulación de las

[14] Así, el artículo 90 del Código Civil, relativo a los convenios reguladores entre los cónyuges en casos de crisis matrimonial, nos dice (párrafo segundo *in fine*) que "desde su aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio".

[15] Aunque el matrimonio es un negocio jurídico bilateral, se diferencia del contrato en la posibilidad de desistimiento por una de las partes; pues la regla general en éste, en el contrato, es otra, la recogida, en nuestro derecho, en el artículo 1256 del Código Civil: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

uniones estables de pareja (heterosexuales y homosexuales).[16] También es discutible, pues el ordenamiento jurídico ya dispone de una serie de mecanismos que corrigen ese desplazamiento patrimonial no justificado.

II. Efectos revocatorios de la separación de hecho de los cónyuges

II.I. La revocación del poder

Me propongo ahora referirme a uno de los efectos que se producen cuando los cónyuges se separan de hecho: la extinción de los poderes que se hubiesen atribuido.

Punto de partida: causas generales de extinción del apoderamiento

El artículo 1732 del Código Civil, que abre el capítulo dedicado a "Los modos de acabarse el mandato", [17] dice:

> El mandato se acaba:
> 1. Por su revocación.
> 2. Por la renuncia o incapacitación del mandatario.
> 3. Por la muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.
> El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

[16] La regulación de las uniones de hecho es materia bastante compleja. Ya adelantábamos antes que en España hay una creciente "legorrea" en esta materia, traducida en leyes tendentes a igualar los efectos de estas uniones con el del matrimonio; y llegándose, incluso, a imponer esa regulación aunque no haya sido deseada por la pareja de común acuerdo. El Código Civil todavía dice (artículo 45.1) que "no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial", aserto que hoy tenemos que poner en tela de juicio a la vista de algunas leyes de parejas estables no casadas, cuya aplicación se produce *ex lege* (*vid*. artículo 2 de la Ley de 15 de julio de 1998 del Parlamento Catalán).

[17] En el derecho español la representación no viene regulada de manera autónoma y sistemática. Su régimen se da por supuesto y, por esa razón, aparece mencionada en múltiples preceptos. No obstante, sí hay una regulación específica y bastante completa del contrato de mandato, recogida en los artículos 1709 a 1739 del Código Civil. Aunque el mandato es un contrato bilateral y el apoderamiento un negocio jurídico unilateral, jurisprudencia y doctrina no han dudado en aplicar la normativa del primero al apoderamiento. Éste, no obstante, puede existir sin mandato; e incluso apoyarse en otra relación jurídica distinta, como el contrato de trabajo o el de sociedad (respecto a este último, el artículo 1692 del Código Civil nos dice en su párrafo primero: "El socio nombrado administrador en el contrato social puede ejercer todos los actos administrativos, sin embargo de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima").

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(Este último párrafo ha sido introducido por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad.)

Como vemos, la extinción de los apoderamientos entre cónyuges no aparece en este precepto. En efecto, se encuentra en la regulación del matrimonio, en particular en el artículo 102 del Código Civil, cuyo párrafo primero nos dice que:

> Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:
> 1º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.
> 2º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.[18]

El número 1º alude a una de las obligaciones de los casados: vivir juntos. Deber que el Código Civil impone en su artículo 68: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente."[19] La presunción de convivencia se establece, a continuación, en el artículo 69: "Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos." Se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum*, que puede destruirse demostrando que, en efecto, no conviven.[20]

Pero vamos a la consecuencia prevista en el número 2º, que es la que más me interesa ahora: el cese de la eficacia de los "consentimientos y poderes" que los cónyuges se hubiesen otorgado.[21]

---

[18] Toda la regulación del matrimonio en el Código Civil, recogida en el Título IV del Libro I (artículos 42 a 107) fue redactada por la Ley 30/1981 de 7 de julio. Apenas se habían introducido modificaciones hasta la aprobación de la ley

[19] Éste es uno de los artículos que al contraerse el matrimonio en la forma civil debe ser leído por el autorizante (normalmente, el juez o el alcalde), así lo impone el artículo 58 del propio Código Civil.

[20] No hay que olvidar, de todas formas, que el cese efectivo de la convivencia de marido y mujer, según el artículo 87 del Código Civil, "es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente". No se refiere este artículo a la nulidad, pues la separación de hecho es causa de separación judicial —que no extingue el matrimonio— y de divorcio —que sí lo extingue: artículo 85 del Código Civil—; pero no de nulidad: ésta es una causa de ineficacia, la más grave, que se apoya, como sabemos, en causas coetáneas a la celebración del matrimonio.

[21] No terminan en el artículo 102 del Código Civil las causas de extinción del poder no recogidas en el artículo 1732. El inciso final del artículo 183 del Código Civil, que nos dice que "Inscrita en el registro central la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos especiales o generales otorgados por el ausente".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Fundamento de la norma

Se encuentra en la base misma de la representación. Ésta, como sabemos, se apoya en la confianza[22] que el poderdante o representado deposita en el apoderado o representante.[23] Si nos fijamos en las causas de extinción del poder, todas se refieren a supuestos en los que, o bien se presume una pérdida de confianza (declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia) en la persona del apoderado; o bien nos encontramos ante situaciones en las que ya no se puede saber si esa confianza todavía subsiste. Porque éste es, precisamente, el núcleo de la cuestión: la pervivencia, día tras día, momento tras momento, de la confianza depositada en el representante. De manera que si ya no podemos saber si el poderdante todavía la tiene en el apoderado (por ejemplo, por haber muerto aquél), las facultades de éste decaen.

El modo más explícito, pues no hay ni presunción de pérdida de confianza, ni imposibilidad de saber si ésta pervive, es la revocación: la declaración unilateral del poderdante manifestando su voluntad de dejar sin efecto el poder. Facultad que, con carácter general, establece el Código Civil, como vimos, en su artículo 1732, el cual se completa con el artículo 1733: "El mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato." Se trata, como vemos, de una facultad unilateral ("a su voluntad"), que no precisa, por tanto, el consentimiento del apoderado (como tampoco lo precisa, en sí mismo, el poder).

Mecanismo de actuación

El legislador presume, por tanto, que la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio implica una quiebra de la confianza entre

[22] Por recoger la idea de manera sintética, es muy ilustrativa la explicación del romanista Álvaro d'Ors, en *Derecho y sentido...*, *Op. cit.*, p. 125, al decirnos que la representación propiamente jurídica es de derecho natural, entre otras razones, "por la lealtad en que se funda, como elemento esencial, la confianza que ha de tener el representado, que delega su poder en el mandatario que le representa como delegado".

[23] Desde el punto de vista lingüístico aparecen aquí con claridad las dos formas del participio: el presente, que describe a un actor: poderdante —que da poder—, representado —que representa—; y el participio pasado, que alude a una actitud pasiva: apoderado —que ha recibido poder— y representado —que es sustituido por otro—. En la lengua castellana, como sabemos, el participio presente ya no es una forma verbal, sino que ha sido convertido en adjetivo (constante, prudente) o sustantivo (presidente, representante).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los cónyuges. La especialidad de esta revocación, radica, pues, en que no necesita la manifestación revocatoria del poderdante. Es una presunción legal que actúa *ope legis*; sin necesidad, por tanto, de ser alegada por la parte a quien beneficie (el representado).

El problema radica, sin embargo, en cómo puede llegar a ser conocida esta causa de extinción del poder; pues, como hemos visto, es extraña a la voluntad del poderdante, quien incluso puede ignorar que la admisión de la demanda ha producido ese efecto.

En España, en la actualidad, disponemos de un mecanismo de notificación, entre los notarios, de las revocaciones de poderes, a través del llamado "Registro de poderes revocados", al cual acceden, como se puede deducir, las revocaciones que son autorizadas por los notarios. De manera que compareciendo un apoderado en la notaría para otorgar una escritura, el notario debe consultar el archivo y sólo autorizará el documento si el poder exhibido no ha sido revocado. Dicho archivo, no obstante, no ha eliminado el mecanismo habitual de la revocación, es decir: la comunicación, en forma fehaciente, al apoderado de que su poder ha sido revocado; y la notificación al notario autorizante del poder, si no es el mismo que autoriza la revocación, de esta última, con la finalidad de que no expida más copias auténticas del apoderamiento.

Posible desactivación

El hecho de que esta extinción actúe *ipso iure* no significa que no pueda desactivarse.

Una primera vía para evitar la extinción del poder, o para revivirlo, podría ser la reconciliación:[24] si por la separación de los cónyuges, admitida la demanda, se presume causa de pérdida de confianza, la reconciliación, *a sensu contrario*, podría entenderse como motivo de recuperación de esa confianza. El punto de partida está en el artículo 106 del Código Civil, cuyo párrafo primero dice: "Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo." Este "otro modo", bien podría ser un de-

[24] Aparte de las normas sanatorias, por vía de reconciliación, que se mencionan en el texto, hay alguna otra en nuestro Código Civil. El artículo 757 nos dice que: "Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público"; el artículo 856 señala: "La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar y deja sin efecto la desheredación ya hecha".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sistimiento, que retrotraería la situación jurídica al inicio del procedimiento. El desistimiento sería, de hecho, la forma procesal de la reconciliación, a la cual se refiere el Código en el artículo 84, párrafo primero, al decirnos que: "La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del juez que entienda o haya entendido del litigio."

En términos análogos, para el divorcio,[25] se pronuncia el artículo 88 en su primer párrafo: "La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda."[26]

Las consecuencias de la reconciliación afloran también en el ámbito sucesorio: el artículo 835 del Código, encuadrado en la regulación de la legítima del cónyuge *supérstite* (que en el derecho común tiene forma de usufructo), es muy claro en su párrafo segundo: "Si entre los cónyuges separados hubiese mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos."

Todo lo expuesto nos puede inducir a pensar que el poder extinguido ex artículo 102 del Código Civil revive como consecuencia de la reconciliación. No es así. Las facultades anulatorias de la reconciliación no son omnímodas. En particular, y esto es lo que más nos interesa en este momento, no alcanzan a reactivar el apoderamiento. En efecto, el artículo 106 del Código cierra la puerta a una posible resurrección del poder extinguido, pues su segundo párrafo señala: "La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva."[27]

Busquemos, pues, otra solución: cabe la posibilidad de dejar sin vigor esa revocación, mediante la concesión de un *nuevo poder*, que, por fuerza, ya sería posterior a la admisión de la demanda presentada en alguna de las causas de crisis matrimonial. Nos encontraríamos, por tanto, ante un poder diferente del anterior.

---

[25] La reconciliación se refiere sólo a la separación y al divorcio, no a la nulidad, la cual es una forma de ineficacia en la que está involucrado el interés público (recordemos que el artículo 74 del Código atribuye al Ministerio Fiscal legitimación activa); y, por tanto, no está en manos de los particulares —los contrayentes— dar marcha atrás en el procedimiento apoyándose en un motivo, la reconciliación, que nada tiene que ver con las causas que provocan la nulidad.

[26] El párrafo segundo de este artículo 88 recoge una norma que, aunque superflua, es muy aclaratoria: "La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio." Es decir, se permite la reincidencia.

[27] No es el único efecto que se mantiene y que, por tanto, no es alcanzado por la reconciliación: el artículo 1443, relativo al régimen económico matrimonial de separación, nos dice: "La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal..."

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Distinto sería, sin embargo, el caso de un *poder con cláusula de subsistencia*; es decir, dado con anterioridad a la admisión de la demanda, pero con la previsión, en el mismo poder, de que perviva en el caso de crisis matrimonial. No es clara, *a priori*, la solución que debería darse a este supuesto.

A favor de mantener la extinción del poder pese a esa cláusula de subsistencia están los términos taxativos del artículo 102 ("se producen por ministerio de la ley los efectos siguientes...").

Sin embargo, hay sólidos argumentos a favor de sostener esta posibilidad. En primer lugar, porque el apoderamiento, que opera casi siempre en el ámbito patrimonial, no está sustraído del principio de la autonomía de la voluntad.[28] No parece que haya razones de peso que impidan a una persona otorgar un poder a su cónyuge *aún en el caso de que sobrevenga una crisis matrimonial*. No encuentro contradicción ni con las leyes, ni con la moral, ni con el orden público. Es una materia que queda circunscrita al interés del poderdante; de manera que si ese es su interés, no creo que haya óbice para permitírselo. Es muy dueño de arriesgarse de ese modo.

Tras la Ley 41/2003 hay un argumento adicional: si se permite la subsistencia del poder, por voluntad del poderdante en el momento de su otorgamiento, en los casos de incapacidad o incapacitación, con más motivo en los supuestos de crisis matrimonial. Pues en los supuestos del artículo 1732 *in fine* el representado ya no puede volver a expresar su voluntad de manera adecuada (salvo, claro, que recupere la capacidad): queda atrapado por su poder, que sobrevive a su incapacidad. Es prisionero de la declaración de voluntad hecha cuando gozaba de capacidad. Sin embargo, el poderdante del poder que supere las crisis matrimoniales conserva —en principio— su capacidad; y, por tanto, está en condiciones de revocar ese poder cuando quiera. ■

Volver al Índice >>

[28] Este principio no es sino una manifestación —muy señalada, eso sí— de la libertad como valor superior (artículo 1 de la Constitución española). En el Código Civil el precepto más explícito, aunque no el único, es el artículo 1255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público."

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA MEDIACIÓN FAMILIAR: UNA APROXIMACIÓN NORMATIVA

Leticia García Villaluenga*

SUMARIO

I. Justicia, jurisdicción y ADR
II. La mediación: concepto y efectos jurídicos

RESUMEN

La mediación es una forma de entender las relaciones humanas, pero es también un modo más participativo de hacer justicia, ya que son las partes en conflicto las verdaderas protagonistas del proceso que busca dar satisfacción a sus intereses. Ésta es una de las características principales que le distingue de figuras afines.

Se nutre la mediación de diversas disciplinas para configurarse, cada día más, como una institución con caracteres propios; asimismo, produce efectos jurídicos de los que, sólo en parte, se hacen eco las leyes dictadas en España. Sin embargo, la necesidad de determinar el alcance de aquellos aspectos se plantea como un reto necesario, pues en la medida que la consolidación de la

ABSTRACT

The mediation is a form of understanding the human relations, but it is also a more democratic way of making justice, since they are the parts in conflict the true main characters of the process that she looks for to give satisfaction to its interests. This is one of the characteristic main that distinguishes him of figures you tune.

The mediation of diverse disciplines is nurtured to be configured, every day more, like an institution with own characters; also, it produces juridical goods of those that, only partly, they are made echo the laws dictated in Spain. However, the necessity to determine the reach of those aspects thinks about as a necessary challenge, because in the measure that the consolidation of the

* Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid y vicepresidenta del Forum Mundial de Mediación.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mediación responda más a la demanda social de la misma que a la necesidad de ella, se plantearán situaciones y problemas jurídicos que conviene prever y tratar de dar respuestas. A la reflexión sobre estas cuestiones se dedica el presente artículo.

mediation responds on demand social of the same one that to the necessity of her, they will think about situations and juridical problems that it suits to foresee and to try to give answers. To the reflection on these questions is devoted the present article.

I. Justicia, jurisdicción y ADR

Como todos sabemos, el conflicto es consustancial al ser humano y forma parte de nuestra realidad cotidiana en todos los ámbitos en que nos realizamos como personas.[1]

La consideración del conflicto como divergencia percibida de intereses, o la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente (Rubin, Pruit y Hee Kim, 1994), permite reconocerlo no sólo como una fuente de crisis, sino también de oportunidades. Como señala Alzate Sáez de Heredia (1998), el conflicto "Evita los estancamientos, estimula el interés y la curiosidad, ayuda a establecer las identidades tanto personales como grupales. Asimismo, en un plano más concreto, ayuda a aprender nuevos y mejores modos de responder a los problemas, a construir relaciones mejores y más duraderas, a conocernos mejor a nosotros mismos y a los demás" (p. 16). Por ello se pueden derivar de aquél valores positivos en la medida que se gestione y resuelva de modo satisfactorio para las partes.

El hecho de que tradicionalmente se haya considerado la vía jurisdiccional como la única posible para dar respuesta a las disputas, responde a modelos autoritarios de Estado que actualmente están dando paso a otros más democráticos (Ortuño Muñoz, 2000); éstos apuestan por una mayor participación en la toma de decisiones de las personas directamente afectadas por la controversia. Sin embargo, en algunos periodos históricos, principalmente hasta la revolución industrial, existían junto a los tribunales otros sistemas para resolver los conflictos que surgían entre los individuos y se caracterizaban por la intervención de una o varias personas de prestigio o autoridad que generalmente actuaban con carácter privado,

[1] Contextos familiares, profesionales o, *v. gr.*, como miembros de una comunidad.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como eran la conciliación o el "hombre bueno", tradicional en las sociedades agrarias. Algunos de estos sistemas han perdurado hasta nuestros días. (Ejemplo de ello es, sin duda, el Tribunal de las Aguas de Valencia, que viene actuando desde el siglo XIII. Dicho tribunal, cuyos miembros son popularmente elegidos por los campesinos, tiene como función resolver problemas referentes a la repartición equitativa del agua en la comunidad, por lo que los campesinos de Valencia pueden regular sus conflictos recurriendo a un tribunal arbitral formado por personas respetadas de su propia clase y contexto sociocultural.)

Tras la revolución industrial se produjo un profundo cambio que afectó al ámbito económico, y que a su vez fue modificando las propias relaciones sociales. La creciente complejidad de las sociedades industriales hizo que los conflictos que surgían en su seno exigieran, cada vez más, que las personas que intervenían en su resolución fueran especialistas en las diversas materias que se les presentaban, por lo que los sistemas tradicionales privados fueron perdiendo importancia.

Otra circunstancia que contribuyó a que estos sistemas quedaran en buena parte relegados por los públicos fue el intervencionismo del Estado a través de políticas paternalistas, las cuales, justificándose en la máxima garantía que ofrecían al justiciable, copaban en buena medida la resolución de conflictos, distanciando la justicia de sus destinatarios, trayendo consigo una excesiva judicialización de la sociedad y, por ende, una importante saturación de la administración de justicia.

En España, tras la Constitución de 1978, el poder judicial tiene el reconocimiento de ser garante de los derechos fundamentales e intereses legítimos de las personas, a tenor del artículo 117.3 CE: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."

No obstante, ante la denominada "crisis de la administración de justicia", debida a la aprobación constante de normas, la mayor conciencia de los ciudadanos para exigir sus derechos, los nuevos tipos de conflictos o la demanda de una mayor agilidad y eficacia del sistema jurisdiccional por parte del justiciable, se están valorando ampliamente las ventajas que presentan las denominadas ADR (dichas siglas se utilizan universalmente para denominar las Alternative Dispute Resolution, también conocidas como MARC (Methodes Alternatives of Resolution of Controversies) y MASC

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(Métodos Alternos de Solución de Conflictos). De estas fórmulas destacan, *v. gr.*, la mediación, la negociación y la conciliación.[2]

En efecto, estos métodos descongestionan los tribunales; economizan tiempo; aumentan la participación de los actores y con ello su responsabilidad para comprometerse y cumplir dichos pactos, posibilitando relaciones posteriores entre ellas y favorece que las partes adquieran la capacidad de solucionar otros futuros conflictos del mismo modo.

En el mismo sentido se expresa la Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales, de 22 de octubre de 2004, que en la exposición de motivos, apartado 1.1.3, señala: "La utilidad de ampliar el recurso a la mediación la constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos."

Por todo ello, junto a las fórmulas tradicionales *heterocompositivas*, como vías de solución de conflictos a través de un tercero que adopta la decisión por las partes, cada vez adquieren mayor relevancia las fórmulas que implican *autocomposición*. Es decir, son las propias partes las que, con la intervención o no de un tercero, que en ningún caso tiene poder decisorio y sí funciones de aproximar intereses, toman las decisiones convenientes sobre sus conflictos.

En cualquier caso, hay que tener presente que los sistemas no confrontativos, denominados ADR, no tienen, ni han de tener como finalidad reemplazar al sistema judicial, que necesariamente ha de existir, sino que al configurarse como complementarios de aquél, pretenden ampliar el abanico de opciones para que los ciudadanos puedan resolver los conflictos según su naturaleza y características, y ello, siempre, con la garantía de la tutela judicial efectiva que preconiza el artículo 24 de la Constitución española (CE).[3]

La mediación presenta características coincidentes con otras institu-

[2] Utilizamos las siglas ADR por identificarnos con las que se recogerán en la Directiva de la Unión Europea que a estos efectos habrá que trasponer a la legislación española.
[3] Art. 24 CE: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciones, como el arbitraje, del que también se aleja en aspectos esenciales. Así, en relación con estas figuras, hemos de apuntar que comparten el hecho de que las partes han de tener voluntad previa de someterse a las mismas para resolver el conflicto, que ha de ser de derecho disponible. Ambas son también sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos y atienden a los criterios de mayor prontitud, economía y reserva que los tribunales. Asimismo, estas instituciones ofrecen la posibilidad de que el acuerdo de las partes pueda dar por terminada la controversia, obligándose éstas a mantener la confidencialidad respecto de las informaciones que conozcan a través de los respectivos procesos. Sin embargo, junto al carácter heterocompositivo del *arbitraje* y autocompositivo de la *mediación*, *difieren* porque el laudo arbitral tiene *fuerza ejecutiva*, de la que carece el acuerdo de mediación. En efecto, en el arbitraje el laudo que pone fin al conflicto tiene efectos de cosa juzgada, aunque el árbitro carezca del *imperium* necesario para hacer ejecutar lo juzgado, que sí tienen por ley los tribunales.

En cuanto a la naturaleza del contrato del que trae su origen, si el arbitraje presenta una naturaleza híbrida y compleja, al tener al mismo tiempo características del contrato y del juicio, a modo de una "justicia privada", considerándose por gran parte de la doctrina como un contrato con eficacia procesal, en el sentido apuntado de que el laudo que soluciona el conflicto tiene los mismos efectos que una sentencia (ejecutoriedad incondicional y cosa juzgada), dichos caracteres no corresponden en modo alguno a la mediación, a pesar de que ésta también surja de un contrato, como expondremos.

Se diferencian, también, por la mayor formalidad que presenta el arbitraje frente a la mediación, a pesar de que aquél sea más sencillo que los procedimientos ordinarios. En efecto, la mediación es un proceso estructurado, pero sus fases son flexibles y tiene un *iter* que se pauta en atención al hecho de que el mediador considere que la negociación fluye entre las partes. Finalmente, hay que reseñar que en el arbitraje el árbitro actúa de modo parcial, reconociendo la razón de las pretensiones de una parte e imponiendo la decisión; sin embargo, en la mediación, el mediador ha de ser absolutamente imparcial, sin dar la razón a ninguna y sin posibilidad de imponer su decisión.

Otra de las figuras con perfiles similares a la mediación, pero con rasgos distintivos, es la conciliación. Téngase en cuenta que el párrafo primero del apartado 2 del artículo 771, tras la reforma introducida en la Ley

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, queda redactado del siguiente modo: "2. A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su Procurador."

Ciertamente, la potestad conciliadora que reconoce la ley al juez para que intente un acuerdo de las partes, no debe confundirse, en ningún caso, con la labor mediadora (en el sentido estricto que le venimos dando al término), que no realiza, ni debe realizar en ningún caso, la autoridad judicial cuando actúe investida con tal carácter. Distinto es que el juez pueda utilizar técnicas que faciliten la comunicación entre las partes para que éstas conecten sus intereses y puedan llegar a acuerdos.

La mediación también presenta semejanzas con el contrato de transacción, en el que las partes mediante recíprocas concesiones, ponen fin a una controversia jurídica, ex artículo 1809 Código civil (CC): "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado."

Parte la transacción, al igual que la mediación, de una relación jurídica conflictiva, que tiene por objeto un derecho disponible. Se trata, asimismo, de un sistema autocompositivo, que permite a las partes satisfacer el interés común, a pesar de renunciar de algún modo a sus pretensiones. Sin embargo, una de las diferencias esenciales entre la transacción y la mediación viene determinada por la necesaria intervención del tercero. El mediador canaliza los intereses de las partes en su negociación, sin embargo, esta figura está ausente en el contrato de transacción, que tiene carácter bilateral, en el que sólo participan como sujetos las partes afectadas (cabe la transacción a través del mandatario con mandato expreso, ex artículo 1723 CC y, sin embargo, la mediación tiene un carácter personalísimo).

Como venimos apuntando, el desarrollo de la mediación y del resto de las ADR responden a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia como apuesta política de la Unión Europea. No obstante, la mediación se perfila también con un significado específico, tal como se contempla en la exposición de motivos de la referida Propuesta de Directiva de 2004,[4] recogién-

[4] Exposición de motivos, Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales, de 22 de octubre de 2004: "la mediación

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dose la necesidad de que los estados, además de impulsar estos métodos, garanticen, en todo caso, un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, la mediación, como instrumento de paz social que conlleva una mayor participación cívica, no sólo debe atender a la finalidad de aliviar la carga de los juzgados, sino que responde, más bien, a un concepto amplio de hacer justicia desde y para sus protagonistas.

En lo que respecta a España, hemos de apuntar que han sido muchas e importantes las reformas que, como la LEC 1/2000 o la 15/2005 de 8 de julio, se han llevado a cabo en los últimos años, a fin de agilizar y simplificar los procesos jurisdiccionales. También hay que recordar el hecho de que la jurisdicción se constituye como la "última *ratio*" a la que todos los ciudadanos pueden acudir para obtener la tutela de sus derechos fundamentales e intereses legítimos, evitando cualquier situación de indefensión. No obstante, abrir cauces a procesos no jurisdiccionales, como la mediación, permite ofrecer vías idóneas para abordar las disputas dentro de un concepto amplio de justicia, basado en un mayor protagonismo y responsabilidad de los individuos, pero que en ningún caso se puede convertir en un "sucedáneo del poder de tutela, con menos garantías para el justiciable" (Barona Vilar, 1999), como pudiera temerse por algunos.

Así, entre los colectivos que más se opusieron a la mediación en Estados Unidos en sus inicios fueron los grupos de "feministas", ya que argumentaban que la mujer era la parte más débil en un conflicto matrimonial y este método no ofrecía las suficientes garantías de equilibrio e igualdad para ella. En este sentido, señala Suares (1996) que entre las investigaciones importantes que se han llevado a cabo por *pensadoras feministas* destaca la de Jannet Rijkin. En dicho estudio se sostiene que las mujeres logran *peores acuerdos* cuando concurren al sistema de mediación que cuando solucionan sus conflictos en el sistema judicial formal. En materia de dinero, dice Rijkin, las cuotas que obtienen las mujeres son menores, y además, apunta, no se ventilan casos de violencia. La razón que argumenta Rijkin es que en los encuentros de mediación se mantiene la misma "pauta interaccional" que existía en la pareja, y por lo tanto, si lo que predominaba era el temor de las mujeres hacia sus maridos, este mismo temor se va a manifestar en la mediación. Critica Suares estos extremos aludiendo

tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial..."

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a la experiencia de Sara Coob, de cuyas investigaciones se desprende que el tema de la violencia se aborda en el 80% de las mediaciones.

Respecto al equilibrio de hombres y mujeres en las mediaciones, si bien se entienden las suspicacias que generó en su día, hay que considerar que una de las labores más importantes que ha de desarrollar el mediador en las sesiones, y en la que ha de poner mayor interés, es precisamente la de equilibrar el poder de las partes. En el caso de situaciones de violencia, para favorecer el equilibrio, se suele permitir a la persona más débil venir acompañada de su abogado/a o de algún familiar que le inspire confianza, modificar turnos y tiempos de intervención, e incluso ubicar a las partes en el espacio físico en que se encuentren más seguras (cerca de la puerta, etc.). En cualquier caso, hay que tener en cuenta que La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE, 29 de diciembre), dispone en el artículo 44.5 que "en todos estos casos, está vedada la mediación", aunque esta cuestión no deja de ser controvertida.

La importancia de educar en valores de resolución no adversarial de conflictos, para prevenir situaciones de desigualdad y de violencia de género, se pone de manifiesto en la referida Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, al afirmar, en el artículo 4, que el sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación para prevención de los conflictos y para la resolución pacífica de los mismos. Se vincula, por tanto, la prevención de la violencia con el aprendizaje de formas no confrontativas de resolver los conflictos, que pretenden incorporarse al sistema educativo desde educación infantil.

La medida nos parece realmente acertada, y consideramos que con ello se potenciará, sin duda, que las personas desde su infancia vayan aprendiendo el valor de resolver por ellas mismas sus conflictos y que puedan hacerlo de un modo más razonable y menos violento. Hay que tener en cuenta que las instituciones educativas han sido uno de los espacios que se han visto más beneficiados por una de las formas de resolución no adversarial de conflictos: la mediación. Todas estas acciones permitirán que, no pasando mucho tiempo, la cultura de paz que genera la mediación y, también, la protección a la familia y a las relaciones familiares y sociales que se derivan de ella, sean una realidad para todos los ciudadanos.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. La mediación: concepto y efectos jurídicos

El importante reconocimiento de las ADR en todo el mundo como fenómeno global, se ha puesto de manifiesto también en Europa, tal como queda patente en las numerosas directivas, recomendaciones y demás instrumentos de derecho comunitario que se han dictado al respecto.

En el ámbito de familia es de referencia obligada la Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre la mediación familiar.[5]

Aunque, ciertamente, las recomendaciones no son fuentes de derecho en sentido estricto y carecen de fuerza obligatoria, al contrario que los tratados (derecho primario) y los reglamentos, directivas o decisiones (derecho derivado), la referida resolución ha marcado un punto de inflexión en mediación familiar en toda Europa, pudiendo considerarse como "documento fundacional" de la misma en nuestro continente (López González y Marín López, 2003). En ella se contienen tanto la fundamentación de aquella institución, como los principios que han de presidirla y recomienda a los gobiernos de los estados miembro: "Instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente."

El concepto de mediación familiar que ofrece la R (98) 1 es amplio, entendiéndola como "proceso en el que un tercero —el mediador—, imparcial y neutro, asiste a la partes de la negociación sobre las cuestiones que son objeto del litigio con vista a la obtención de acuerdos comunes".

La figura del mediador, que define en buena medida la propia figura de la mediación, tiene reconocida en la R (98) 1 otras funciones, tales como velar por el interés de los menores en el proceso, detectar situaciones de violencia y valorar si en cada caso es viable o no la mediación; informar a las partes de la posibilidad que tienen de recurrir a cualquier tipo de ayuda para resolver sus problemas conyugales y familiares, o de consultar a un abogado o a cualquier otro profesional que consideren necesario (*v. gr.* asesor fiscal), ya que el mediador no es un asesor jurídico, tal como se reconoce en el propio texto.

Respecto a la formación del mediador, parece desprenderse de la R (98) 1 la necesidad de que éste tenga una adecuada capacitación y de que se

[5] Adoptada por el Comité de Ministros, en la reunión 616 de los Delegados de Ministros, celebrada el 21 de enero de 1998.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ajuste a un código deontológico, imponiéndose a los estados la necesidad de velar por ello.

En cuanto al concepto amplio de mediación familiar, al que atiende la referida recomendación, permite afirmar que tanto los ámbitos que pueden ser objeto de la mediación familiar, como los sujetos destinatarios de la misma, responden igualmente a un carácter extenso, dejándose a la iniciativa de los estados la potestad de determinarlos. Así, se pueden considerar incluidos en el citado concepto no sólo los conflictos que surjan de separaciones y divorcios, a los que la recomendación alude expresamente, sino todos aquellos que resulten perjudiciales para las familias y especialmente para el interés de los menores, para los que la mediación cobra un significado especial, ex apartado 6 de la recomendación y III.VIII.

De lo anterior resulta que la recomendación hace suya la conveniencia de extender la mediación familiar a todas las posibles relaciones familiares, para que se beneficien de este sistema, lo que atiende, sin duda, a un concepto global y extenso de familia, fiel reflejo en la realidad social europea. Asimismo, se pretende favorecer en el texto la oportunidad de que las partes puedan solicitar la mediación en cualquier fase del proceso, permitiendo incluso interrumpirlo para instaurarla,[6] adquiriendo así la voluntariedad un carácter notable en aquél.

Por último, la necesidad de que los acuerdos a que lleguen las partes puedan ser aprobados por la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente cuando lo soliciten aquéllas y se proporcionen mecanismos de ejecución de dichos acuerdos, se plantea como exigencia a cumplir por los distintos estados de la Unión.

Otro instrumento internacional de notoria trascendencia, y que una vez que se convierta en directiva habrá que trasponer a la legislación de los estados miembros de la Unión, es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales [COM (2004) 718 final] de 22 de octubre de 2004. Se trata de un documento de mínimos que pretende dar homogeneidad a los principios esenciales que han de regir en este ámbito en los países de la Unión.

La Comisión parte de una amplia concepción de la mediación que, además de configurarse como un procedimiento alternativo al proceso judicial, se valora como un importante método para la resolución de de-

[6] Ver Ap. II, a y b, y Ap. V, a y b. Recomendación (98) 1.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

terminados litigios, de ahí que la Comisión tenga como finalidad dotar a la mediación de un marco jurídico estable y fiable, equiparable, en buena medida, al proceso judicial.

En consecuencia con el marco fijado, principalmente, por la R (98) 1, se puede definir la mediación familiar como un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial posibilita la comunicación entre las partes, para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados. Dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión (García Villaluenga, 2006).

En España la mediación ha sido definida, además de en las distintas disposiciones que las comunidades autónomas han dictado al efecto,[7] en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Dicha norma es una de las que mayor trascendencia ha tenido a estos efectos en los últimos tiempos, y parte de la protección del interés del menor y de la importancia de mantener la comunicación y el diálogo en el sistema familiar, incidiendo en el carácter alternativo de la mediación y en los principios que son su eje y su esencia (voluntariedad, imparcialidad y neutralidad y confidencialidad), en la línea planteada por la R (98) 1.

Dicha norma faculta a las partes para pedir al juez, en cualquier momento del proceso, la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y "tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio". Derivado de lo anterior, modifica los artículos 770.7 y 777.2 de la LEC, comprometiéndose en su Disposición final 3ª a remitir a las Cortes un Proyecto de Ley sobre mediación, basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad [es decir, los recogidos en la R (98) 1, a la que nos hemos referido anteriormente] y que respete "los servicios de mediación creados por las comunidades autónomas".[8]

Echando ligeramente la vista atrás, podemos afirmar que en los últimos

[7] *Idem*.

[8] Más que los servicios de mediación creados, entendemos que el legislador se ha querido referir a las leyes dictadas por las comunidades autónomas dentro del marco de sus competencias.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

años se ha avanzado mucho en el desarrollo de la mediación en nuestro país. Así, tras la Constitución de 1978 y en cumplimiento de su mandato, se dictaron leyes que, *v. gr.* reconocían la igualdad de los cónyuges, que garantizaba el artículo 32 CE, y que permitieron a éstos negociar en equilibrio ante cualquier conflicto existente entre ellos o en relación con sus hijos (ex Ley 11/81 de 13 de mayo), o disolver el matrimonio por divorcio (ex Ley 30/81 de 7 de julio de 1981). Ambos presupuestos fueron fundamentales para la incardinación de la mediación familiar en España.

La protección máxima de la familia y del interés del menor, a partir del artículo 39 CE, y en el marco de las competencias transferidas, determinó que la institución mediadora tuviera un franco apoyo por parte de la Administración en sus tres vertientes (central, autonómica y local). Así, si en un primer momento se subvencionaron servicios de mediación de distinta índole (García Villaluenga, 2006, pp. 318-327), en un segundo momento el proceso normativo para configurar los perfiles de la mediación comenzó su andadura.

La Ley 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, introdujo la mediación familiar en España como institución jurídicamente normada;[9] a ella le han seguido, hasta el momento, otras leyes en las comunidades autónomas de Galicia,[10] Valencia,[11] Canarias,[12] Castilla-La Mancha,[13] Castilla y León,[14] Baleares,[15] Madrid[16] y Asturias,[17] tomando todas como referente fundamental la Recomendación (98) 1 y los principios que la inspiran.

Parten las referidas normas de un notable reconocimiento de la institución mediadora, conceptuándola como un instrumento de paz social en apoyo a la familia y de los intereses superiores de los niños, con capacidad

[9] Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar (DOGC No. 3.355, de 26 de marzo de 2001) y Dec.
[10] Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia, BOE No. 157 de 2 de julio de 2001.
[11] Ley 7/2001, de 26 de noviembre DOGV No. 4138, de 29 de noviembre de 2001 (BOE No. 303, 19 diciembre 2001).
[12] BOE No. 134, de 5 de junio de 2003 y Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar.
[13] Ley de la comunidad autóno de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, BOE 25-08-2005.
[14] Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León (BOE No. 105, 3 de mayo de 2006).
[15] Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares (BOE No. 303, de 20 de diciembre de 2006, BOID, No. 170, 30 de noviembre de 2006).
[16] Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la comunidad de Madrid.
[17] Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias (BOPA No. 81, Lunes, 9 de abril de 2007).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de promover la participación ciudadana en la administración de justicia, pero con un importante reconocimiento como servicio social especializado.[18] De ahí que dependa en la mayoría de las comunidades autónomas de las consejerías que tienen competencia en materia de servicios sociales.[19]

Todas las leyes coinciden en definirla como un proceso voluntario, extrajudicial, complementario a la vía jurisdiccional, a pesar de que puede utilizarse en evitación de ella, dirigido a ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio.

La importancia de la figura del mediador queda patente en todos los textos legales. Este tercero, desde el máximo respeto a las partes y a la autonomía de la voluntad de éstas, ya que no decide, ni asesora, ni propone (a pesar de lo que pueda señalarse en alguna ley de mediación, como la gallega),[20] facilita la comunicación entre aquéllas, en el respeto a los principios rectores de la mediación.

Algunas leyes se hacen eco también de la actuación del mediador dirigida a "obtener acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos" (*v. gr.* Art. 2 de la Ley de mediación familiar de Canarias). Sin embargo, entendemos que el mediador, más que comprometido con el resultado del proceso lo está con el proceso mismo. Es decir, lo que ha de garantizar no es que las partes concluyan la mediación con un pacto, sino que de llegar a él, éste sea realmente querido y adoptado desde el equilibrio de poder de los sujetos y con plena voluntariedad.

En cuanto a las personas legitimadas para instar la mediación, hay que apuntar que se encuentran íntimamente vinculadas a los ámbitos a los que las leyes dan cobertura y que, según las normas, tienen mayor o menor extensión, afectando a los miembros del sistema familiar (cónyuges, parejas de hecho, padres-hijos, hermanos, abuelos, acogedores, titulares de tutela, alimentistas...). Así se desprende de la consideración amplia que de la mediación familiar tienen dichas leyes, al seguir el camino abierto por la R (98) 1, que, como hemos expuesto, contempla una mediación global no circunscrita al ámbito de las crisis matrimoniales o de pareja, *v. gr.*, la Ley de mediación de Castilla y León hace referencia a las personas unidas por

[18] Ver la Ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha.
[19] Como excepción, *v. gr.*, ver la Ley de mediación familiar de Cataluña, y la de Canarias, que la hacen depender de justicia.
[20] Ver el Preámbulo y art. 3 de la Ley de mediación familiar de Galicia.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vínculo matrimonial; personas que forman una unión de hecho, personas con hijos, no incluidas en los apartados anteriores, para promover que encuentren soluciones satisfactorias a los conflictos familiares que surjan respecto a ellos, personas incluidas en los apartados anteriores o entre cualesquiera otras personas con capacidad de obrar que tengan entre sí cualquier relación de parentesco, en los que el procedimiento de mediación sirva para prevenir, simplificar o poner fin a un litigio judicial (Art. 3).

En efecto, los ámbitos de la mediación familiar se extienden a aquellas materias de derecho disponible, en el ámbito de las relaciones familiares, respecto de las cuales las partes tengan interés en negociar, dentro del respeto a la ley, a la moral y al orden público.[21] Así, alimentos, emancipación, capitulaciones matrimoniales, algunos efectos personales del matrimonio, como la elección del domicilio, el convenio regulador en crisis matrimoniales o de pareja con hijos, el derecho de visita con abuelos y otros parientes del hijo menor y ciertas cuestiones relativas a instituciones tutelares, sucesiones, acogimiento y a adopción, entre otras, pueden beneficiarse de este proceso no adversarial de resolver los conflictos.

Los principios de la mediación recogidos en las leyes son unánimemente aceptados por distintas entidades internacionales [*v. gr.* Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Código de Conducta Europeo para los Mediadores, Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales...].

Voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad, junto a la buena fe, la flexibilidad del proceso, el carácter personalísimo del mismo o el interés del menor y de la familia, son los puntos cardinales entre los que se configura y ha de desarrollarse la mediación.

La importancia que la voluntariedad adquiere en el inicio,[22] desarrollo

[21] Ver, por todas, la Ley de mediación familiar de Islas Baleares, que al señalar los ámbitos de la mediación, dispone: "En cualquier caso, las cuestiones que pueden someterse a la mediación familiar deben referirse siempre y necesariamente a materias de derecho civil de familia, que sean disponibles por las partes de acuerdo con este derecho y que sean susceptibles de ser planteadas judicialmente" (Art. 8). Aunque no estamos de acuerdo con lo propugnado *in fine*, ya que la mediación familiar debe ser un recurso para ayudar a gestionar cooperativamente los conflictos familiares, todos los que surjan de las relaciones interpersonales entre los miembros de la familia, aunque pudieran no tener trascendencia jurídica (*v. gr.* el encuentro entre familia biológica y adoptiva a través de la mediación, que se contempla como ámbito específico en las leyes de mediación familiar valenciana, canaria, de Castilla y León y Madrid).

[22] Sin que sea inconveniente, se entiende, que pueda ser preceptiva una sesión inicial de información que en modo alguno les conmina a continuar el proceso.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y conclusión de la mediación viene determinada por participación de las partes en el uso pleno y constante de su capacidad para tomar decisiones, comprometiéndose con cada etapa del proceso. La necesidad de que el espacio de mediación garantice la autonomía de los mediados, al mismo tiempo que permita al mediador evaluar el interés y buena fe de las partes por permanecer en el mismo, es una exigencia que delimita rotundamente los perfiles de esta institución.

Este principio está consagrado en todas las leyes de las comunidades autónomas, en similares términos, así, *v. gr.*, la Ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha, señala en su artículo 8: "Las partes gozan de entera libertad para iniciar el procedimiento de mediación familiar, para desistir de él en cualquier momento del mismo sin necesidad de alegar causa alguna y para alcanzar los acuerdos que estimen más convenientes para sus intereses, con respeto, en este último caso, a las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación vigente."

La actitud del mediador a lo largo del proceso, manteniéndose equidistante de los mediados, garantizando el equilibrio de poder e igualdad de éstos, en una alianza continua y simultánea con los intereses de ambos, denota su imparcialidad, que ha de ser percibida como tal por las partes. Asimismo, se presenta como valor fundamental *la* neutralidad, que no sólo implica que la mediación es una figura autocompositiva, sino que los valores, criterios y posibles soluciones que el mediador tiene ante los problemas que se le presentan no han de condicionar la decisión a que lleguen las partes. Probablemente, sólo desde la conciencia de que no se es neutral se puede uno aproximar a este principio. Podemos ver por todas, la Ley de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Madrid, que en su artículo 4 señala que el "mediador actuante, que no podrá adoptar decisiones alineándose de forma interesada con parte alguna, influirlas o dirigirlas hacia la consecución de soluciones conforme a su criterio personal o imponer soluciones".

La conveniencia de que las partes pongan en común sus necesidades, así como las circunstancias que les permitan tomar decisiones acordes a la realidad que se les presenta, requiere de la *confidencialidad* del mediador,[23] al menos, y de las mismas partes, salvo que se dispensen mutuamente de dicha obligación. Por tanto, el mediador no es perito, ni testigo, para que

[23] Se exceptúa de esta obligación al mediador, en todas las leyes de las comunidades autónomas, cuando se trate de supuestos en que exista riesgo para la vida o se trate de datos que revelan una infracción delictiva.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no pueda servir en modo alguno a posibles intenciones torticeras de las partes, si quisieran utilizarle a tal fin (la Ley de mediación familiar de las Islas Baleares, artículo 2, dispone: "la persona mediadora y la parte familiar en conflicto tienen el deber de mantener la reserva sobre los hechos conocidos").

Como se viene reiterando, la calidad del proceso de mediación y de la propia institución mediadora pasa porque los mediadores que la lleven a cabo estén *cualificados* para ello, reconociéndose la profesionalidad como principio fundamental en todos los instrumentos internacionales relativos a esta materia. Las autoridades públicas han de promover y fomentar la formación del mediador, cerciorándose de que existen garantías mínimas de competencia.

La formación del mediador es pieza clave en la consolidación de la mediación, sin embargo, los criterios heterogéneos seguidos por las leyes dictadas hasta el momento en España hacen que resulte difícil determinar no sólo el perfil del mediador en su formación de origen (que suele coincidir con abogados, psicólogos, diplomados en trabajo social y asistentes sociales, educadores sociales y pedagogos, a pesar de que no debería haber un *numerus clausus*) y en la formación específica que ha de recibir a tal finalidad (número de horas, contenidos, prácticas), sino, también, qué institución ha de llevar a cabo tal formación (universidades, colegios profesionales, centros de la Administración...), a qué organismo le corresponde acreditar la capacitación (ente creado al efecto en la consejería competente en la respectiva comunidad autónoma).

Todas estas cuestiones aparecen reflejadas en los distintos textos normativos. Así, *v. gr.*, en la Ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, para ejercer la mediación familiar e inscribirse en el Registro de Mediadores Familiares de dicha comunidad se adopta una fórmula amplia, ya que no se exige formación concreta, pero deberá acreditarse que se está en posesión de un título universitario de grado superior o medio, con validez en territorio español, además de acreditar las acciones formativas teórico-prácticas específicas de mediación, en los términos que reglamentariamente se determine (ex artículo 12).

El interés que cada vez se va afianzando más porque exista una profesión de mediador, suscita también recelos y críticas, pero en lo que suelen coincidir todas las instituciones y las personas que se dedican a trabajar en este ámbito, es que se necesita determinar de una manera más homogénea los conocimientos y habilidades que ha de tener quien pretenda desempe-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ñar estas funciones, ya que de dicha capacitación depende, en buena parte, el futuro de esta institución.

Diversos son los actos jurídicos realizados a lo largo del proceso de mediación y distintos también sus efectos. Así, el contrato de mediación,[24] que firman todas las partes (mediador y mediados), sometiéndose en su virtud a los principios de la mediación, se caracteriza por ser típico (contemplado en diversas leyes autonómicas); consensual, al perfeccionarse por el sólo consentimiento de las partes que intervienen en el proceso de mediación; bilateral, ya que produce obligaciones recíprocas para las partes; oneroso, al ser recíproca, también, la contraprestación entre aquéllas, a salvo el derecho de justicia gratuita; y personalísimo, ya que el protagonismo de las partes es fundamental en el proceso. Se trata, asimismo, de un contrato en el que la forma, en principio, no es esencial; sin embargo, algunas leyes de mediación familiar dictadas por las comunidades autónomas hacen referencia expresa a la forma escrita del acta inicial (que podemos considerar como contrato de mediación), sin que ello sea incompatible con los principios de flexibilidad y antiformalismo que rigen este proceso.

Cuestión de notable importancia es la relativa a la responsabilidad de las partes derivada del incumplimiento del contrato de mediación, que entendemos será contractual (ex artículos 1101 y ss. del CC), con los efectos que de ello se derivan. Al mediador, sin embargo, le es aplicable el criterio de la diligencia profesional, al haber asumido su obligación en calidad de experto. En este sentido hay que tener en cuenta que las leyes de las comunidades autónomas contemplan expresamente el régimen sancionador que, en su caso, les haya de ser aplicado (sanciones deontológicas junto a sanciones administrativas), sin perjuicio de las acciones civiles y penales que correspondan. Así, si es la Administración la que ofrece el servicio de mediación, la responsabilidad de ésta por los daños que causen las personas a su servicio se exigiría directamente a aquélla, quedando sujeta al régimen de responsabilidad de las administraciones públicas, de la LRJPAC, salvo que exista responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración.

[24] Destaca la trascendencia y significación especial que reconoce expresamente la Ley de mediación familiar de Baleares al contrato de mediación familiar, regulándolo, al amparo de la competencia legislativa en materia de derecho civil propio (artículo 10.23 EAIB). Como señala dicha ley, en su exposición de motivos, "se adopta la forma contractual porque es la que se adapta a esta institución de acuerdo con su naturaleza jurídica. En caso de no regularse expresamente y dada la novedad de la figura, debería recurrirse a la analogía con otros contratos, por ejemplo, el contrato de arrendamiento de servicios o el contrato de mandato".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el caso de que se trate de un servicio de mediación ofrecido por una empresa, ésta será quien responda ante las partes por el posible incumplimiento del contrato del mediador, sin perjuicio de las acciones que pudiera tener frente a él.

Para concluir, señalaremos que en el supuesto de que las partes así lo deseen, la mediación puede terminar con el que denominamos *negocio jurídico mediado* (García Villaluenga, 2006, pp. 493ss), o negocio jurídico de derecho de familia que es fuente de relaciones jurídicas familiares (puede crearlas, modificarlas o extinguirlas según el caso) o contrato en sentido amplio con origen en el proceso de mediación.

Firmado exclusivamente por los miembros de la relación familiar en conflicto, contiene los acuerdos a los que aquéllos hayan llegado respecto de la cuestión objeto de controversia, que sea de derecho disponible, y les obligará en lo que hayan suscrito, siempre que en el concurran los requisitos necesarios para la validez de los contratos (consentimiento, objeto y causa, ex artículo 1261 CC). Sin embargo, la necesidad de que el referido acuerdo reciba la homologación judicial para que tenga carácter ejecutivo,[25] y no esté en desventaja con el proceso judicial, se presenta como constante en los instrumentos internacionales, incluso en los más recientes, como la Propuesta de Directiva anteriormente aludida, reconociendo la necesidad de que los estados aseguren la confirmación del acuerdo a través de resolución, sentencia, o instrumento auténtico por un órgano jurisdiccional o entidad pública (*v. gr.* ejecución en bienes gananciales ex artículo 541 LEC).

Como se apuntaba anteriormente, si en los últimos años se han dado pasos realmente trascendentes para que la mediación adquiera carta de naturaleza y se consolide como instrumento de paz social también para las familias, aún son muchos los retos que tiene pendiente. Entre ellos se encuentra, sin duda, una regulación más homogénea de la mediación que permita identificar su perfil no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, con la globalidad que esta figura requiere. ■

[25] La homologación judicial se contempla como preceptiva, *v. gr.* respecto de los extremos contemplados en la propuesta de convenio regulador a tenor del Art. 90 del CC. Es decir, la propuesta de acuerdo sobre materia no disponible, requiere homologación judicial para que sea ejecutiva, ex Art. 777 LEC.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Referencias

Alzate Záez de Heredia, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.

Barona Vilar, S., *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative dispute resolution y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

López González, R. y Marín López, J. J., *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2003.

Ortuño Muñoz, P., "La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del derecho de familia)", *Revista de Derecho de Familia*, No. 7, Ed. Lex Nova, abril de 2000.

Rubin J. Z., Pruit, D. G. y Hee Kim, *Social Conflict: escalation, stalemate and settlement*, McGraw-Hill, New York, 1994.

Suares, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas,* Paidós, Buenos Aires, 1996.

García Villaluenga, L., *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Ed. Reus, Madrid, 2006.

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IUS

REFLEXIÓN ÉTICO JURÍDICA SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Lucerito Ludmila Flores Salgado*

SUMARIO

I. Introducción
II. La infertilidad y esterilidad como motivos principales de los grandes cambios médicos
III. Los pilares de las técnicas de reproducción asistida
IV. Conclusiones
V. Propuestas

RESUMEN

El presente artículo aborda el tema de la reproducción asistida comentando las diferentes técnicas que posibilitan realizarla, como la inseminación artificial, fecundación *in vitro* y la maternidad subrogada o por sustitución. En el primer caso analiza las modalidades homóloga y heteróloga en que ésta puede producirse a partir de que el semen fecundante sea del esposo o de un tercero y valora el tratamiento que ha tenido en diversos países europeos y en Brasil, Argentina y Perú, en el continente americano. En el segundo caso valora igualmente las diversas tipologías que puede adquirir ésta: homóloga, heteróloga, *post morten* mediante la técnica

ABSTRACT

The present article approaches the topic of the assisted reproduction commenting the different ones technical that facilitate to carry out it as the artificial insemination, fecundation in vitro, and the surrogate maternity or for substitution. In the first and second case analyzes the diverse forms and technical in that these can take place and it values the treatment that has had in diverse European countries and in Brazil, Argentina and Peru, in the american continent. In the third case the author comments the filiation problems that are derived of the same one. It is pronounced on the ethical and social repercussions of these tech-

* Maestra en derecho con especialidad en derecho civil y mercantil, investigadora asociada c de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de crioconservación; también analiza las modalidades de la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones. Comenta los diversos problemas de filiación derivados de estas técnicas y las repercusiones éticas y sociales de las mismas. Concluye afirmando que con las técnicas de reproducción asistida y la clonación, se pervierten las relaciones fundamentales de la persona humana: la filiación, la consanguineidad, el parentesco, la paternidad y la maternidad.

nical. It concludes affirming that with the techniques of assisted reproduction the human person's fundamental relationships are perverted: the filiation, the consanguinity, the relationship, the paternity and the maternity.

Porque tú formaste mis entrañas; me entretejiste en el vientre de mi madre... Maravillosas son tus obras y mi alma lo sabe muy bien. No fueron encubiertos de ti mis huesos, a pesar de que fui hecho en lo oculto y entretejido en lo profundo de la tierra. Tus ojos vieron mi embrión y en tu libro estaba escrito todo aquello que a su tiempo fue formado sin faltar nada de ello.

Salmos, 139: 13-16)[1]

I. Introducción

La humanidad cada día enfrenta nuevos retos, la tecnología y la ciencia en su constante avance dejan vislumbrar un mundo de nuevos descubrimientos no sólo para el desarrollo de la industria, el comercio, sino avances en aspectos médicos que tienen que ver con la vida personal del ser humano, misma que es considerada como el valor máximo jurídicamente tutelado; su nacimiento, su crecimiento, su reproducción y su muerte, son acontecimientos que traen consigo actos jurídicos, algunos de ellos específicamente legislados, pero es en el aspecto reproductivo donde centramos el presente artículo.

La estructura social y moralista en el aspecto de sexualidad y reproducción, se ha visto alterada por procedimientos médicos que implican muchos cambios gracias a los avances científicos y tecnológicos, mismos

[1] Reina Valera, *Biblia de Estudio Siglo xxi. Antiguo y Nuevo Testamento,* Mundo Hispano, México, 1960, p. 916.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que se plantean como "interrogantes del orden moral y jurídico", pues la pregunta casi perpetua ante estos descubrimientos, es si existirá la posibilidad técnica de que coincidan la licitud ética y la jurídica",[2] y además se plantea la necesidad no sólo de tratar el problema o de conocer su importancia, sino que considerando los principios jurídicos clásicos, proponer la adición en las normas clásicas o la creación de una reglamentación específica. Pero no podemos seguir evitando el problema tras la muralla de la costumbre, la religión, la ética o la moral: el reto es que el derecho, considerando las bases morales,[3] pueda ir a la par con los avances médico-tecnológicos y regular específicamente las situaciones jurídicas derivadas de todas estas prácticas en materia de biogenética y técnicas de reproducción asistida.

En la época contemporánea tenemos "tentaciones" de conocimiento como la llamada "clonación", la cual, según Christopher Bond, senador estadunidense de la Comisión de Salud Pública, asegura que "los seres humanos no somos Dios y por lo tanto, no deberíamos intentar jugar a serlo",[4] pues hay cosas que las personas no deberían de hacer, aún así, que ni siquiera deberían saber cómo hacer. Estamos ante la presencia del problema del conocimiento prohibido. El afán de saber es hoy un pecado de soberbia.[5] Así es como científicos extremistas[6] han llegado a considerar la posibilidad de clonar la sangre de Cristo, obtenida de un supuesto "mortuario" con el que fue cubierto el cuerpo de Jesús al bajarlo de la cruz, con la intención de "traerlo de regreso" y con eso atestiguar su tercera venida, como Él lo prometió.

Con base en estas noticias también el séptimo arte no deja de lado dichos temas. *Agataca*, donde se fabrican humanos en serie; *James Bond, último día para morir*, donde tenemos el cambio genético; "La isla", entre muchas otras, tratan desde un punto de vista de ficción, lo que podría con-

---

[2] José Kuthy Porter, Óscar Martínez González y Martha Tarasco Michel, *Temas actuales de bioética*, Porrúa, México, 1999. p. 23.

[3] La moral se define como la ciencia que trata el bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. Se puede definir también como una reflexión sobre los valores morales, los cuales el hombre en su uso de la libertad de decidir y de actuar puede o no incorporar a su comportamiento, así como los actos humanos en sí y el valor de éstos.

[4] Xavier Hurtado, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*, Porrúa, México, 2000. p. 5.

[5] Ernesto Garzón Valdez, "¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina? Valores éticos de la ciencia", en Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Bioética y ferecho. Fundamentos y problemas actuales*, Fondo de Cultura Económica, pp. 42-63.

[6] La secta de los raelianos enarbola la bandera del avance científico para perpetuar la especie humana en aras de la clonación. La clonación, según esto, permitirá la perpetuación de la especie del hombre así como el avance y comunicación con otros seres.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vertirse el mundo si seguimos con estas serias intenciones de "emularnos a Dios". Pero también tenemos noticias de los artistas de talla mundial, cuya solvencia económica es tal que pueden someterse a tratamientos excesivamente costosos, con la finalidad de procrear, como en el caso de la famosa cantante Celine Dion, quien se inseminizó artificialmente del semen de su esposo y dio a luz su hijo; el cantante Michel Jackson, quien testificó haber "alquilado un vientre" para procrear a su tercer hijo; de esta forma seguiríamos enumerando acontecimiento con los que nos despertamos cada mañana y vemos entonces que el campo ético ha sido rebasado y, más aún, es hoy por hoy un tema actual y muy controvertido. Problemas y sucesos que por supuesto influyen el campo de lo jurídico, que tal pareciese que va muchos pasos atrás de todos estos acontecimientos.

Sólo nos basta con preguntarnos: ¿dónde queda el valor jurídico de la personalidad? ¿Es el derecho capaz de ingresar en el ámbito de la ciencia? ¿La filosofía tendrá lugar en estos nuevos avances científicos? El término *bioética* o ética (*ethos*) de la vida (*bios*) es sin lugar a dudas contundente ante los grandes avances científicos, y es cuando nos preguntamos: ¿cómo atribuirle valores éticos a la ciencia? Para ello debemos considerar que "los problemas práctico-morales", son aquellos en los que la persona tiene que decidir en situaciones particulares, resolver un hacer o no hacer, emitir un juicio, argumentar para justificar, etc. Sin embargo, éstos no incumben a la ética en sí, porque son problemas individuales, en los cuales el individuo valora conforme a una norma aceptada íntimamente cómo debe actuar, por ello son problemas práctico-morales.

II. La infertilidad y esterilidad como motivos originales de los grandes cambios médicos

La esterilidad ha sido un motivo de justificación para los grandes cambios biotecnológicos, así como también la legitimación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, pues se ha argumentado que el sufrimiento que causa el no tener un hijo da lugar a la necesidad de tenerlo a cualquier precio, librando a las parejas de este problema común hoy en día, si bien el asunto ha estado presente en las culturas más antiguas del mundo. Las parejas, cuando tienen problemas de infertilidad o esterilidad, sufren tanto moral como socialmente ya que el objetivo de la mayoría es establecer una familia y tener descendencia para continuar con su estirpe. El no tener hijos es causa de frustración, siendo la mujer quien "recibe el mayor impac-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

to, pues en la maternidad se reconoce el rol apoteótico de la femineidad".[7] Sin embargo, la medicina moderna ha establecido que la esterilidad no es siempre por parte de la mujer.

La infertilidad y la esterilidad son términos distintos, pero ambos se refieren a "la incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual de la pareja".[8] No obstante no hay exactitud en la definición, así que de manera general se puede establecer que la infertilidad es la ausencia de fertilidad, esto es, la capacidad de tener hijos. La esterilidad indica una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar. Según la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad se define como "dos años de exposición al riesgo de embarazo sin concebir"; y la esterilidad como "el hecho en el que la mujer no queda embarazada después de un año de relación sexual regular sin protección", limitando el plazo por debajo de un año en mujeres de más de treinta años. Podemos ver que la infertilidad no indica esterilidad.[9]

La infertilidad es la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y por lo tanto el desarrollo del embrión,[10] "es un término usado para referirse a la incapacidad de la mujer para tener descendencia debido a que el óvulo, a pesar de haber sido fecundado, no se alberga en el útero en el tiempo que le corresponde, ya sea por defectos del miometrio, hormonas, metabolismo materno o por trastornos del propio huevo; éste se desprende y es eliminado como aborto.[11] Las mujeres infértiles se caracterizan por padecer abortos habituales, que se repiten en varios embarazos.[12]

Médicamente, la esterilidad indica la imposibilidad de efectuarse la fecundación e implica que esta alteración es irreversible; es, pues, "la incapacidad del macho para fecundar y de la hembra para concebir".[13] Precisamente en este caso es que la mujer puede superar su esterilidad, por medio de la inseminación heteróloga. Las causas de esterilidad en la mujer son varias, dependiendo de dónde radique el problema, ya sea en el aparato genital femenino, en el ovario, en las trompas de Falopio, en la vagina, en el útero o debido a problemas de ovulación, pues "la ausencia

[7] Dolores Loyoarte, Adriana Rotonda E., *Op. cit.*, p. 81.
[8] Hurtado Oliver, *Op. cit.*, p. 9.
[9] Cfr. Carlos Lema Añón, *Op. cit.*, pp. 157-179.
[10] Dolores Loyoarte, Adriana Rotonda E., *Op. cit.*, p. 83.
[11] Pérdida del producto de la concepción antes de que sea viable. Entre los tipos de aborto encontramos el accidental, afebril, ampullar, cervical, criminal, provocado, terapéutico, habitual, entre otros.
[12] Cfr. *Diccionario enciclopédico University*, p. 536.
[13] *Ibid.*, p. 1018.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de ovulación se debe a trastornos a nivel del hipotálamo,[14] la hipófisis[15] y los ovarios.[16][17]

La esterilidad en el hombre se da por anormalidades en su aparato genital, ya sea a nivel testicular, en las vías excretoras, en las glándulas accesorias o anomalías en la eyaculación o inseminación; los defectos genéticos que pudiera tener el hombre que propician la ausencia del feto, por carecer de esperma, lo que se le llama "azoospermia" o la escasa motilidad del esperma, "oligozoospermia". También puede ser a causa de la impotencia, es decir, el caso en que los varones "son incapaces de consumar el acto sexual por falta de erección adecuada, en circunstancias en que ello debía de producirse. La "impotencia puede ser ocasionada por trastornos psíquicos, neurológicos y hormonales o simplemente un mal estado general no específico, de origen orgánico".[18] Por eso es que mediante el uso de algunas de las técnicas de procreación asistida, se solicita a un extraño a la pareja que sea donador del gameto ya sea femenino o masculino, en su caso.

III. Los pilares de las técnicas de reproducción asistida

Los pilares de las técnicas de reproducción asistida, son:

– La inseminación artificial.

– Donación de óvulos.

– La fecundación *in vitro*: transferencia de embriones producidos en el laboratorio.

– La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler, consistente en el "alquiler" del útero para la gestación del menor, con acuerdo de la prestadora y que en ella se pueden reunir la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la fecundación *in vitro*.

---

[14] Trastornos hipotalámicos: consisten en una desconexión pasajera del centro de regulación del ciclo, debido a los cambios de horario, por adelgazar, por el trabajo, por lo que las mujeres dejan de tener la menstruación.

[15] Trastornos hipofisarios: el prolactinoma es la lesión hipofisaria que más a menudo da lugar a esterilidad en la mujer, pues el nivel elevado de prolactina bloquea en gran parte la liberación cíclica de gonadotropina por el eje hipotalámico-hipofisario.

[16] Trastornos ováricos: el síndrome de Stein-Leventhal, llamado también síndrome del ovario poliquístico, es la afección ovárica más frecuente; se manifiesta por desaparición de la regla, hirsutismo moderado y obesidad leve o discreta; los dos ovarios de agrandan y en ellos se forman numerosos quistes, recubriéndose de una cápsula fibrosa, por lo que la ovulación está bloqueada.

[17] G. F. Joplin, "Impotencia y esterilidad endocrinas", *Revista Médica Hexágono Roche*, Año 11, No. 2, México, 1984, pp. 87-88.

[18] *Idem*.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a) La inseminación artificial. Podemos definir a la inseminación artificial (IA) como la introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer, mediante una jeringa especial, en el aparato genital femenino, intravaginal, intracervical, intrauterina o intratuvárico, de acuerdo a los impedimentos o malformaciones que hubieren indicado en el procedimiento de la fertilización, en la cual se pretende conseguir la fecundación sin tener una relación sexual.[19] Es artificial pues se usa un "artificio instrumental" y es "artificial" la manera en que se hace la fecundación, pero ésta en sí es natural.[20] La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga.

Inseminación homóloga. Se utiliza el término IAH cuando la inseminación se lleva a cabo con semen del marido o compañero, cuando éste se encuentra imposibilitado para depositar mediante la relación sexual el espermatozoide. Se considera que la inseminación homóloga es aceptable socialmente, porque la pareja estable, al no poder tener hijos, el médico recomienda llevar a cabo este tipo de procedimiento consistente en reunir los propios gametos de la pareja para producir la fecundación. El problema y la discusión se presentan cuando se intenta fecundar un óvulo con el semen congelado del marido, cuando éste ha fallecido; es lo que se llama inseminación *post morten*.

Inseminación heteróloga. Llamada IAD se produce cuando el marido o concubino saben que son transmisores de alguna enfermedad genética, o bien su esperma no es apto para fecundar el óvulo de su pareja. Entonces se solicita a un tercero extraño, ya sea individuo o un banco de semen, el gameto masculino necesario para realizar la fecundación. De primera intención encontramos que no existe ningún lazo de parentesco entre la pareja, ya sea marido o concubino, con el hijo concebido, y además es causa de controversias jurídicas, religiosas y morales, pues si bien es cierto siempre se ha considerado que el varón, pareja de la mujer, debe de contribuir en la procreación y no un extraño, para muchos este tipo de inseminación es inmoral.

Como implicaciones jurídicas de la inseminación artificial tenemos que en un principio se legisló para resolver acontecimientos distintos a los que actualmente tenemos con estas nuevas técnicas de reproducción asistida. Es inevitable que ahora se legisle para resolver los problemas que se derivan de estas técnicas. En México el Código Civil y la Ley General de Salud son algo escuetas en este aspecto. Cabe destacar que otros países del mun-

[19] Ángel Antonio Tullio, *Op. cit.*, p. 243.
[20] María Cárcaba Fernández, *Op. cit.*, p. 15.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

do, como España, Francia, Alemania, Inglaterra, Portugal, Suiza y algunos países latinoamericanos como Brasil, Argentina y Perú, sí tienen leyes que regulan las técnicas de reproducción asistida. En México necesitamos crear leyes que especifiquen cada acto de reproducción, por supuesto basándonos en los principios clásicos del derecho civil y abarcar así varios aspectos jurídicos que estas técnicas de reproducción implican.

En el pasado existieron problemas muy serios sobre la filiación. El código napoleónico, por ejemplo, estableció el estado de "hijo de nadie", "hijo bastardo" o "hijo natural", quienes eran desamparados a su propia suerte dentro de una dura sociedad, eran privados con relación a sus padres de todos sus derechos, excepto de los alimentos. Sin embargo, si se analiza el estado del menor, éste resulta inocente y el castigo de olvidarse de él es un hecho injusto, pues como estableció la Suprema Corte de los Estados Unidos, "ningún niño es responsable de su nacimiento, castigar al hijo ilegítimo no solamente es forma ilegal sino injusta de castigar a los padres".[21]

El derecho, como parte esencial de vida del hombre, regulador de todo acto humano, debe considerar todos los aspectos que se derivan de la maternidad por sustitución, pues dados los avances tecnológicos que permiten la manipulación genética, nos encontramos con la presencia de una "paternidad social" y de una "maternidad social", como resultado de la situación jurídica del hijo nacido mediante estas técnicas. Dicha paternidad social fue una solución que los tribunales dieron para resolver la situación filial del infante IAD, en donde se establece que el consentimiento del marido para realizar dicha inseminación, es determinante para realizarla, además de que es el único responsable de su decisión y por lo tanto será responsable de todos los actos que resulten, incluso en cuanto a la filiación del menor.

Por parte del infante, existe la posibilidad y el derecho de conocer su identidad genética; sin embargo, en los últimos años en los países en donde se han desarrollado y llevado a cabo dichas técnicas de reproducción asistida, se ha mantenido en secreto toda información confidencial, tanto en beneficio del donante de los gametos, como de la madre o la pareja que los utilizarán, así como al menor quien estará sujeto a saber su procedencia si así lo determinaren los padres, pues de otra manera no tendría por qué enterarse de su condición; los registros sólo se utilizan en caso de urgente

[21] 406 US, 164-76, 1972.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesidad, pues de lo contrario afectaría la convivencia y desarrollo tanto psicológico como moral de la familia. No obstante, queda latente el derecho del menor de saber su origen genético, aun y cuando se guarde la ficción de conseguir un donador semejante en cultura, apariencia física, etcétera.

b) La fecundación in vitro (FIV). *In vitro* significa, literalmente: en vidrio (a diferencia de *in vivo*). Significa reproducir con técnicas de laboratorio altamente sofisticadas y equipo biomédico de gran especialización, el proceso de la fecundación del óvulo por un espermatozoide, previamente extraído quirúrgicamente dentro de un cristal, pues en forma ordinaria dicho proceso ocurriría en la parte superior de las trompas de Falopio. Dicha técnica se utiliza cuando se encuentran obstáculos insuperables que impiden que la fecundación se realice dentro del cuerpo humano.[22]

Cabe destacar que la fecundación también puede ser homóloga y heteróloga, al igual que en la inseminación, pues será fecundación *in vitro* homóloga cuando el esperma procede del esposo o compañero de la mujer, y fecundación *in vitro* heteróloga cuando el esperma provenga de un donante. Esta fecundación puede ser fecundación *in vitro* con transplante o transferencia de embrión (FIVTE). La fecundación consiste en que "una vez obtenidos los embriones en el platillo del laboratorio, se proceda a la inserción de embriones en el útero de una mujer a partir de los óvulos obtenidos de otra distinta y fecundados bien por su marido o bien por un tercero".[23]

Fecundación *in vitro post morten*: en este tipo de fecundación se utiliza el semen y embriones congelados (óvulos fecundados congelados) mediante la técnica de crioconservación, permitiendo que un hombre pueda procrear un hijo aun después de su muerte.[24] La implicación jurídica es determinar la presunta paternidad que establece el Código Civil.

Ahora veamos distintas posibilidades resultantes de combinar la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE). La fecundación *in vitro* mediante transferencia de embriones, da lugar a varias posibilidades dependiendo de la procedencia de los gametos o del útero en donde se vaya a implantar. De acuerdo con esta procedencia se tienen las siguientes posibilidades:[25]

---

[22] Ángel Antonio Tullio, *Op. cit.*, pp. 205-206.
[23] Juan Ramón Lacadena, *Op. cit.*, p. 72.
[24] Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *Op. cit.*, p. 14.
[25] Elaboración propia considerando algunos aspectos de Adriana Wagmaister y Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

VI. Madre estéril con capacidad de concebir, y gestar; si el padre produce buen esperma, puede inseminar el óvulo de la madre y se inserta en el útero de la misma madre.

VII. Madre estéril, no es fértil, pero sí puede gestar, el esperma es del padre, el óvulo es de una donante y se inserta en el útero de la madre.

VIII. Madre es estéril, no es fértil y tampoco puede gestar, pero el padre si es fértil, entonces se fecunda el óvulo de una donante con el esperma del padre y como no puede gestar la madre, se inserta en el útero de una mujer que presta o renta su útero para gestar; es lo que trataremos en el próximo capítulo sobre la maternidad sustituta.

1) La madre es fértil, pero no puede gestar, el padre es estéril, se usa semen del donante, el óvulo de la madre y se inserta en el útero de una mujer que lo presta o renta para gestar.

2) Padre estéril, pero la madre sí puede concebir y gestar, por lo que el esperma es de un donante, el óvulo es de la madre y se inserta en el útero de ella.

3) Padre estéril, la madre no puede concebir, no es fértil, pero sí puede gestar, por lo que la fecundación se realiza con el esperma de un donante, el óvulo de un donante y se inserta en el útero de la madre.

4) Padre estéril, la madre no es fértil y no puede gestar, se utiliza semen de un donante, óvulo de una donante y se inserta en el útero de una mujer que lo presta o renta para gestar.

5) Padre es fértil y la madre es fértil, pero no puede gestar, entonces es el esperma del padre, se fecunda el óvulo de la madre y se inserta en el útero de una mujer que lo presta o renta para gestar.

Frente a la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro*, encontramos la presencia de nuevas formas de paternidad y maternidad, y el hijo resultante de la aplicación de dicha técnica puede serlo por:

- Hijo de óvulo y semen de la pareja, gestado por ella, y de semen del donante.
- Hijo del óvulo de la mujer de la pareja, gestado por ella y de semen del donante.
- Hijo de óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por la mujer de la pareja.
- Hijo de óvulo de donante, que a su vez es la gestante, y semen del miembro masculino de la pareja.
- Hijo de óvulo de donante y a su vez gestante y semen de donante.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- Hijo de óvulo y semen de donante, gestado por la mujer de la pareja.
- Hijo de gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer.
- Hijo de óvulo de la mujer, semen de donante y gestado por una segunda mujer.
- Hijo de óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer.[26]

Las implicaciones jurídicas, morales y éticas son múltiples, desde la confusión de parentesco, contribuyendo a los nuevos problemas a que la filiación se enfrenta, hasta los problemas de la creación y destrucción de embriones humanos, pues hay ocasiones en que se fertilizan varios óvulos con la finalidad de obtener un producto "bueno" que pueda ser implantado en el útero femenino; los embriones sobrantes son congelados para su conservación, en caso de que se necesiten. Sin embargo, las parejas que han solicitado tal procedimiento, muchas veces se olvidan de sus embriones, dando lugar a problemas no sólo jurídicos, sino éticos y sociales, por lo que las clínicas de fertilidad de la Gran Bretaña han establecido que transcurridos cinco años de la concepción del embrión, éste será destruido, a no ser que la pareja interesada solicite una ampliación del término. Como solución a este problema, algunos médicos han propuesto la congelación de óvulos, fecundando únicamente los necesarios y congelando los demás, evitando así la fecundación masiva de óvulos y el almacenamiento de embriones sobrantes.

Otro problema que existe es la posible anormalidad de la descendencia, no obstante la "seguridad" por parte de los médicos de manejar correctamente los genes para concebir un ser humano en perfectas condiciones, pues se ha manejado constantemente que la fecundación *in vitro* permite prevenir enfermedades que genéticamente tendría el individuo. No obstante, cabe la posibilidad de que el infante concebido tenga alguna anomalía, ya sea mental o física, que permita la decisión de no aceptarlo por parte de la pareja que solicitó la técnica, dejándolo en el abandono por su condición.

Pareciera que la manipulación de los embriones se tratara de bienes perecedederos, sin importar que al embrión se le considera una persona. No obstante existen científicos que tratan de demostrar que el embrión no es una persona y por lo cual se permite su utilización en la experimentación

[26] Elaboración propia, con base a información tomada para la realización del numeral uno al seis de Adriana M. Wagmaister.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

médica. Sin embargo, a todos estos aspectos se oponen las opiniones de carácter religioso que establecen que si se llega a dañar al embrión en su manejo, esto es inmoral. Profundizando más, nos preguntamos: ¿si es el embrión no es una persona, quién tiene derecho su manipulación? Si lo es ya, ¿por qué permitir su cirugía para sacar otro embrión igual y utilizarlo nuevamente? Hay que considerar entonces que el trato que se le da a la palabra moral es ya todo una complicación, pues cabe destacar que para lo que algunos es moral para otros no lo es, un aspecto ético que será abordado en los siguientes numerandos de esta investigación.

Existe, pues, un freno "moral", incluso desde el inicio de la técnica: el hecho de adquirir el semen del donador, tendría que recogerse mediante la masturbación, y estamos ante un concepto ideológico, manejado como tabú, pues para algunas religiones representa un "pecado". En términos médicos la masturbación es considerada como "la acción de procurarse goce sensual a solas y se le considera una etapa normal en el desarrollo psicofísico".[27] Los psicólogos establecen que la masturbación es un medio de liberar la tensión sexual sin dañar a nadie, si bien las ideas religiosas establecen que el goce sensual sólo debe tenerlo una pareja heterosexual. Estamos nuevamente ante un conflicto moral.

c) La maternidad subrogada o por sustitución. Con la manipulación de los embriones se puede realizar toda clase de intervenciones, tratamientos o utilización de dichos embriones para varios fines procreativos, siendo la maternidad subrogada uno de estos casos, por ser un útero el lugar donde se implantará el embrión previamente fecundado, ya sea mediante inseminación artificial homóloga y/o heteróloga, o fecundado *in vitro*. El hecho de poder hacer una inseminación artificial y una fecundación *in vitro* establece la maternidad subrogada como otra técnica de reproducción asistida de igual naturaleza física que las dos mencionadas, pero ésta adquiere una trascendencia social diferente, pues aquí la madre gestante se compromete a entregar al niño una vez que alumbre.[28] La explicación de esta técnica de reproducción asistida recibe un tratamiento particular en otra parte por ser mi objeto de estudio principal.

[27] *Diccionario enciclopédico University* de términos médicos.
[28] María Cárcaba Fernández, *Op. cit.*, pp. 167-172.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. Conclusiones

Con las técnicas de reproducción asistida y la clonación, se pervierten las relaciones fundamentales de la persona humana: la filiación, la consanguineidad, el parentesco, la paternidad y la maternidad, pues si ya con la FIVTE se produjo una confusión en el parentesco, con la clonación se llega a la ruptura total de estos vínculos de filiación jurídica en donde se basa la civilización y por lo tanto determina la participación del derecho, en la bioética, pues toda cuestión de bioética debe ser regulada por normas de derecho justas para todo ser humano.

Para llenar estos "vacíos jurídicos y legislativos" ante estos nuevos dilemas, y ante la imposibilidad de tener ordenamientos específicos, es necesario retomar las normas análogas del derecho nacional y ajustarlas a los nuevos problemas. Cuando se presenta un caso ante un juez, éste no sabe cómo responder ante estas nuevas situaciones jurídicas, por lo tanto sus decisiones van a ser trazadas conforme avanza la ciencia, ante lo cual es necesario establecer especificidad en las normas de carácter general y en las reglamentarias.

V. Propuestas

Uno de los objetivos de esta investigación es proponer al poder legislativo una regulación jurídica específica en el Código Civil del Estado de Puebla, dentro del área familiar, y la posible reglamentación específica de las técnicas de reproducción asistida, pues en los últimos años se ha dado la denominada "subrogación comercial",[29] en la cual agencias especializadas relacionan a los interesados, formalizando los contratos y vigilando su cumplimiento.

Sin embargo, a pesar de que dicha subrogación ha sido rechazada legalmente en los Estados Unidos y diversos países europeos, existen agencias con personal médico, psicológico y jurídico que presentan un catálogo de mujeres quienes por una remuneración económica fuerte, proceden a embarazarse. Considerando que el nivel económico de las parejas contratantes es alto, en nuestro país la práctica de maternidad por sustitución se lleva a cabo en forma clandestina, pues no existe ley que prohíba o especifique dicha técnica.

[29] *Op. cit.*, pp 54 - 55.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La carencia de legislación para resolver los problemas derivados de la aplicación de técnicas de reproducción y en específico de la maternidad por sustitución en México, representa un problema legislativo ante el cual nos enfrentamos, dado que la solución de los litigios dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, deben resolverse conforme a derecho, aplicando para cada caso una ley específica; es por ello que consideramos que la maternidad por sustitución al atender a un interés público, necesita un marco normativo que contemple dicho interés, lo cual se lograría reformando el Código Civil del Estado de Puebla en materia familiar, así como también modificar la Ley General de Salud en cuanto al manejo y control sanitario de dichas técnicas.

Cabe destacar que en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 25 de mayo del 2000, se publicó el decreto de la I Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en donde se adicionó y reformó el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, estableciendo que "los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que la ley señala, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia". También destacamos el artículo 293 párrafo segundo, que establece que "también se da parentesco por consanguineidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan". Dichas reformas y adiciones han sido un gran paso del legislador hacia la modernidad, sin embargo éste no trata de manera amplia lo que implican dichos métodos, los efectos jurídicos que causan, así como su reglamentación específica, además de que "el legislador no aprovechó la oportunidad para establecer una sistemática regulación, clara e integral, ahora en materia de fecundación asistida".[30]

Es claro que la legislación mexicana necesita regular y resolver de manera justa y legal los litigios que en la vida cotidiana se pueden presentar por estos motivos. Por ello, para alcanzar nuestros objetivos, debemos hacer uso del método histórico para la revisión de una serie de documentación jurídica y así conocer los antecedentes de la maternidad por sustitución. Debemos auxiliarnos del método analítico, pues a través de éste analizaremos cuáles han sido las formas de reproducción asistida. Asimismo, utilizaremos el método deductivo con la finalidad de conocer los métodos de reproducción asistida particularizando en la maternidad

[30] Flavio Galván Rivera, "La reforma civil del año 2000 en blanco y negro", *Cuadernos Procesales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p. 23.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por sustitución y analizando su vigencia en la ley. Finalmente debemos recurrir al método comparativo, como uno de los métodos de las ciencias sociales[31] para establecer los conceptos de la maternidad por sustitución, observando su ubicación en el derecho de familia como su ámbito de regulación y aplicación. ■

Referencias

Añón Lema, Carlos, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, Madrid, 1999.

Bossert A., Gustavo, "La nueva inseminación artificial. Estudio de la Ley del 22 de noviembre de 1988", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia. Lecciones y Ensayos*, tomos 3 y 4, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

Cárcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch, Barcelona, 1995.

"En México, enorme laguna legislativa en torno a ingeniería genética y reproducción asistida", *Gaceta*, Nueva época, No. 35, Universidad Veracruzana, agosto de 2002.

Estay, Jaime, Girón, Alicia y Martínez, Osvaldo (Coords.), *La globalización de la economía mundial*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2001.

Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Espasa-Calpe, Madrid, 1993.

Flores Olea, Víctor y Mariña Flores, Abelardo, *Crítica de la globalidad. Dominación y liberación en nuestro tiempo*, FCE, México, 1999.

Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho romano privado como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Esfinge, México, 1989.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

Guzmán Ávalos, Aníbal, "Algunas consideraciones civiles de la procreación asistida", *Revista Jurídica Veracruzana*, No. 71, Tomo LV, abril-junio, 1995.

Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida y a la muerte*, Porrúa, México, 2000.

"Impotencia y esterilidad endocrinas", *Héxagono Roche*, No. 2, Año 11, México, 1984.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Bioética y derechos humanos, UNAM, México, 1992.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, México, 1993.

[31] Cfr. Rafael Sánchez Vázquez, *Metodología de la ciencia del derecho*, Porrúa, México, 1995. pp. 71-72.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*, Porrúa, México, 2000.

Jiménez García, Joel Francisco, *Diagnóstico genético y su impacto en los derechos del menor*, UNAM, México, 1999.

Kaplan, Marcos (Coord.), *Revolución tecnológica, estado y derecho*, Tomos III y IV, Pemex, Universidad Autónoma de México, México, 1993.

Kemelmajer de Cartulucci, Aída (Coord.), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas,* t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

Kuthy Porter, José, Martínez González, Óscar y Tarasco Michel, Martha, *Temas actuales de bioética*, Porrúa, México, 1999.

"La secta de los raelianos y la clonación", *El Coordinador*, Año 2, No. 8, Revista del Consejo Coordinador Empresarial de Puebla, México, febrero de 2003.

Loyoarte, Dolores y Rotonda E., Adriana *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

Moore L., Keith, *Embriología clínica*, Interamericana, México, 1987.

Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, *Derecho de familia*, FCE, México, 1990.

_____, "La maternidad. Relato de una contradicción", Reina, Valera, *Biblia de Estudio Siglo XXI. Antiguo y Nuevo Testamento*, Mundo Hispano, México, 1960.

Revista de la Facultad de Derecho, No. 10, Universidad Autónoma de Yucatán, México, 1992.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, t. I, Porrúa, México, 1993.

Silva Ruiz, Pedro F., "Manipulación de embriones humanos", en *Revista Judicial de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, No. 25-I., Puerto Rico, 1990.

Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, Porrúa, México, 1995.

Tullio, Ángel Antonio, *Diccionario médico-legal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

Vázquez, Rodolfo, *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, ITAM, FCE, México, 1999.

Veruno, Luis, *et al.*, *Banco genético y el derecho a la identidad*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

Wagmaister M., Adriana, "Derecho de familia. Lecciones y ensayos", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil, derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Leyes y códigos

Código Civil del Distrito Federal, Ed. Sista, México, 2001.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Ed. Cajica, Puebla, México, 2002.

Código de Bioética para el personal de Salud, Secretaría de Salud, Comisión Nacional de Bioética, México, 2002.

Código de Conducta para el personal de Salud, Secretaría de Salud, Comisión Nacional de Bioética, México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 134ª ed, Porrúa, México, 2001.

Ley General de Salud. 16ª. ed., Porrúa, México, 2000.

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA SUBROGACIÓN DE LA MATERNIDAD

Aníbal Guzmán Ávalos*

SUMARIO

I. Presentación
II. Casos famosos de subrogación
III. Generalidades de la subrogación de la maternidad
IV. La ruptura del principio paulino
V. Valoración de la figura
VI. Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo sostiene que el desarrollo científico-técnico ha posibilitado desde los años setenta la procreación asistida, con lo cual se abrió un nuevo capítulo en la reproducción humana. Esto ha dado lugar a lo que se conoce como maternidad subrogada, cuestión en la que la relación maternidad-paternidad-filiación puede adoptar diferentes formas. De esta manera, en un contrato de este tipo pueden estar presentes los padres genéticos (proveedores del óvulo y esperma), la madre portadora o alquilada (que se limita a llevar el embarazo) y hasta los padres legales o educadores (se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer). Así se puede hablar de madre genética, madre gestante y madre responsable. La fractura

ABSTRACT

The development scientific-technician has it facilitated from the years 70 the assisted procreation, with that which a new chapter opened up in the human reproduction. This has given place to what is known as surrogate maternity, question in which the relationship maternity-paternity-filiation can adopt different forms. Of this way, in a contract of this type can be present the genetic parents (suppliers of the ovum and sperm), the rented mother (that is limited to develop the pregnancy) and until the legal parents or educators (responsible for the boy's care). One can speak this way of genetic mother, pregnant mother and legal mother. The fracture in the conception-gestation brings I get diverse

* Doctor en derecho y profesor del área de derecho civil en la Universidad Veracruzana, México.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en la concepción-gestación trae consigo diversas problemáticas de trascendencia jurídica, entre ellas las de filiación, las que han tenido soluciones distintas en los ordenamientos jurídicos que se han decidido a pronunciarse sobre el particular. El artículo aborda casos referentes en Estados Unidos, Francia e Inglaterra y la solución que se ha dado en el estado de Tabasco, en México.

problems of artificial transcendency, among them those of filiation, those that have had different solutions in the juridical classifications that *have decided have* to be pronounced on the matter. The article approaches relating cases in United States, France and England and the solution that it has been given in the state of Tabasco in Mexico.

I. Presentación

En los últimos años ha sido muy notable el avance que se presenta en la ciencia médica y especialmente dentro del campo de la biogenética, existiendo así un gran auge en el panorama de la investigación y la experimentación, dándose con esto una gama de oportunidades en este campo al ser humano.

Con la procreación asistida se inaugura un nuevo capítulo en los avances técnicos médicos sobre el organismo humano, con lo que se quiere poner remedio a la incapacidad de engendrar en forma natural un hijo, mediante la terapia de favorecer la reproducción sin el encuentro físico entre el hombre y la mujer. Es cierto que dichos avances crean problemas de dramatismo o de asombro jurídico que hacen plantear interrogantes a los conflictos de pretensiones o derechos de filiación que se crean ante el concurso, en algunas de las técnicas, de varios sujetos en el proceso de fecundación, cuya participación en principio, es con distintos intereses, pero que al final puede revestir uno solo: la filiación del hijo.

II. Casos famosos de subrogación

En 1975 se publicó en los Estados Unidos un anuncio de un periódico, a petición de una pareja estéril, donde solicitaban una mujer para que fuera inseminada artificialmente ofreciendo retribución por ese servicio. De esa fecha en adelante concretamente en el año de 1982 en el estado de California aparecen anuncios de madres portadoras con nombre de treinta de éstas, como también de sesenta y cuatro personas ansiosas de tener un hijo por dicho método.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, el caso más famoso es el concertado entre Mary Beth Whitehead, una mujer casada de unos treinta años, madre de dos hijos y el matrimonio Stern (formado por William Stern, con una edad sobre los cuarenta años, hijo de unos sobrevivientes del Holocausto y destinado a ser el último descendiente, ya que su mujer sufría una enfermedad que con el embarazo se le hubiera agudizado y no estaba dispuesta a aceptar los riesgos de la gestación y el parto). El contrato comprendía el pago de 10,000 dólares y todos los gastos médicos. Dicho convenio lo firmó la señora Whitehead con el fin de "dar el más cariñoso don de felicidad a una pareja desafortunada" y de aprovechar la suma de dinero para poder proveer en un futuro los estudios de sus dos hijos.[1]

Los términos del contrato, como se reproducen en los hechos de la sentencia, fueron que la señora Whitehead se obligó a intentar la concepción a través de la inseminación artificial, de llevar a cabo el embarazo, parir y entregar el niño o niña al señor Stern, renunciando a sus derechos de potestad y dando por hecho que este acto era en interés del menor. Por otro lado, se convino que el nombre de los Stern aparecería en el certificado de nacimiento; que la señora Whitehead asumiría el riesgo del embarazo y del parto y se sometería a un examen psiquiátrico, a costa del señor Stern. El derecho de dar el nombre al niño(a) le correspondía a Stern. Si eventualmente muriera el señor Stern el niño(a) se le confiaría a su esposa. La señora Whitehead se obligó a no abortar y someterse a examen médico y si el feto resultaba con anormalidad genética o congénita la señora Whitehead se obligaba a abortar a solicitud del señor Stern.[2]

El 27 de marzo de 1986 en el Monmouth Medical Center de Long Branch, New Jersey, la niña nace. Sería mundialmente famosa como "Baby M". Ese mismo día el padre biológico y contractual se trasladó al hospital para ver a la niña y se percata que contrariamente a los acuerdos tomados, ella tiene el nombre de la familia de la madre natural: Sara Elizabeth Whitehead. Primer incumplimiento, porque lo convenido era que la niña habría debido ser llamada como hija de William Stern. De todos modos solicitó que, según los acuerdos, la niña le fuera entregada. Mary Beth Whitehead, arrepentida de la obligación asumida, lo rechazó y se da a la fuga por todo el país.[3]

---

[1] Carmel Shalev, *Nascere per contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1992. p. 5.
[2] Vincenzo Franceschelli, "Verso una paternità contrattuale: famiglia artificiale e diritto privato", *Il diritto della famiglia e delle persone*, Anno XVI, Giuffrè Editore, Milano, pp. 1160-1161.
[3] *Ibid.*, p. 1161.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La verdad es que estos acontecimientos encierran una triste historia de relaciones humanas, antes que un caso jurídico, pero son todavía más tristes, quizá, los acontecimientos judiciales.

Los Stern resolvieron acudir a la justicia para hacer valer el acuerdo de subrogación, conociendo en primera instancia el juez Harvey Sorkow, para Hackensack (New Jersey), condado de Bergen, que entregó la custodia de la criatura a los Stern y que en su sentencia determinó que el contrato era válido y legal, terminando con todos los derechos de la portadora. Se revela constante la preocupación por el interés de la menor, que se encuentra en el centro del caso judicial, pues la sentencia reza que cuando la corte de justicia constreñida a elegir entre los derechos de los progenitores y el bien de la niña, la elección es y debe ser el bien de la niña y su prevaleciente interés. Dicha sentencia fue recurrida por la señora Whitehead, declarando el Tribunal Supremo del Estado la nulidad del contrato por ir en contra de la ley y el orden público; reintegra sus derechos a la madre pero confirma la decisión de la corte inferior, acerca de otorgar la custodia al padre (Stern), sobre la base del interés de la menor.[4]

Si se evalúa la sentencia desde los parámetros medios de la sociedad norteamericana, es claro que la balanza de la justicia debía inclinarse a favor de la pareja Stern. Por un lado, el matrimonio Whitehead carecía de una formación intelectual, su nivel económico era inferior al de los Stern, se habían mudado de casa por lo menos doce veces en los últimos años, aparentemente la mujer tiene un papel dominante en la familia porque el hombre es alcohólico. Por su parte, el matrimonio Stern estaba constituido por dos personas con doctorados, económicamente más favorecidos y, en apariencia, con mayor estabilidad.

A fines de 1986 existían ya más de cien casos conocidos de madres portadoras en los Estados Unidos. Entre ellos está el caso de Anna Johnson, madre portadora que después del alumbramiento del hijo reclama compartir la custodia, extremo a que se opusieron los padres genéticos, matrimonio formado por Mark y Crispina Colvert. Esta última, ante la imposibilidad de tener descendencia al haber sufrido una intervención que le impedía conservar el feto en su seno, optó por utilizar los servicios de una madre subrogada, Anna Johnson. Después de la fecundación *in vitro* del óvulo de Crispina con el semen de su esposo, el embrión resultante

[4] Véase Carmel Shalev, *Op. cit.* p. 7-11; J. M. Martínez Pereda Rodríguez y J. Massigoge, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, pp. 28-31; Vincenso Franceschelli, *Op. cit.* p. 1161.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fue implantado en el útero de Anna, quien se negó a entregar al niño, alegando que durante el embarazo se había establecido un lazo especial entre ambos, por lo que decidió reclamar la custodia compartida, pero los Colvert no estaban dispuestos en modo alguno a hacerlo.

El juez de la Corte Superior del Condado de Orange resolvió originalmente la controversia permitiendo a Anna Johnson visitar tres horas diarias al recién nacido, y dando la custodia legal a los padres genéticos. Tras las declaraciones de la portadora a la revista *Los Angeles Times*, en el sentido de que genéticamente nada tenía que ver con el feto, que si por el contrario hubiera sido su óvulo, habría sido diferente, y por lo que hace a la cuestión emocional, después introducida, resultaba un "cuento", por lo que en la revisión del caso el juez de Santa Anna (California) otorgó la custodia del pequeño Chistopher, de dos meses de edad a sus padres biológicos, Mark y Crispina Colvert, negando además cualquier derecho de visita a la madre de alquiler, argumentando que esto tenía como objetivo evitar confusión afectiva y emocional al pequeño. Una situación de dos madres sería muy confusa para la criatura y los derechos de visita y custodia parcial "facilitarían la extorsión emotiva y financiera", según indicó en la sentencia.[5]

La maternidad subrogada se ha establecido en otros países, como en Gran Bretaña, en donde el primer caso fue el de Mary Stewar, que dio a luz y entregó después la criatura al padre biológico, según se había acordado. Mary Stewar atendió a un anuncio publicado en un diario por una pareja estéril.

En Francia el fenómeno de las madres sustitutas comenzó su desarrollo hacia 1982, con la fundación del doctor Sacha Geller, director del Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción, primera asociación destinada a poner en contacto matrimonios y parejas estériles con futuras madres portadoras. La asociación determinaría la creación de otras dos: Sainte Ara y Alma Mater, además de Les Cigognes, la cual desaparecería pronto. Como consecuencia de tal actividad, en 1987 se dieron más de cien nacimientos mediante tales técnicas, habiendo gestionado Alma Mater sesenta y seis de ellos.

El caso de las gemelas Cristine y Magali, de La Grande Motte, localidad de Hevearlt, se hizo igualmente patente en todo el mundo. Cristine fue inseminada artificialmente con esperma de su cuñado, Denis Sevault,

[5] Martínez Pereda Rodríguez y Massigoge, *Op. cit.*, pp. 28-30.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

marido de su hermana gemela. La portadora dio a luz un niño en 1983 y manifestó haber aceptado el embarazo y parto por el profundo amor que sentía por su hermana.

En 1985 en una clínica de Montpellier, Francia, Patricia Lavisse, de 22 años, inseminada artificialmente con semen del marido de la pareja que la contrató, dio a luz una niña. El caso revistió trascendencia por tratarse del primer supuesto divulgado de operación cremástica en Francia. La señora Lavisse recibió 50,000 francos por el servicio, además de otros valiosos regalos, siendo entregada la niña al matrimonio contratante sin resistencia de la portadora.[6]

III. Generalidades de la subrogación de la maternidad

Se utiliza en los casos de falta o malformación uterina. Se realiza a través de la fecundación *in vitro* y transferencia del embrión o inseminación artificial y consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado. Puede revestir formas diversas de la maternidad-paternidad-filiación y pueden intervenir hasta tres madres y dos padres: por un lado los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos: los proveedores del óvulo y esperma; finalmente la madre portadora o alquilada, que se limita a llevar el embarazo. La mujer inseminada es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril.

Se ha definido como: "el contrato mediante el cual una mujer se obliga, frente a una pareja estéril, mediante una compensación, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja o su embrión y entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a los cónyuges, los que asumirán cualquier derecho y deber frente al niño".[7]

Este contrato puede encuadrarse dentro de los atípicos, siempre en los límites de la autonomía de la voluntad, a título oneroso, aunque no se excluye que sea a título gratuito.

Quienes recurren a esta práctica son mujeres que cuentan con gónadas

[6] *Ibid*., pp. 35-36.
[7] Donata Clerici, "Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto de maternità: problemi giuridici", *Il diritto di famiglia e delle persone*, p. 1015.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

normales capaces de ovular pero que por alguna causa, no pueden lograr un embarazo o éste no puede llegar a término (matriz infantil, aborto recurrente, malformaciones uterinas). El primer nacimiento concebido por FIV-TE, ocurrió el 13 de abril de 1986.[8]

IV. La ruptura del principio paulino

No hay duda de reconocer a la madre que ha parido, pero ahora que hay fractura entre concepción-gestación, esa certeza que era el presupuesto de la norma jurídica ya no parece ser tan cierta; por el contrario, cae por tierra aquel viejo principio paulino.

Hay que analizar detenidamente este supuesto, ya que puede verse la participación de hasta tres mujeres: la primera, que produce y dona el óvulo, sin cuya participación no se habría dado inicio al proceso generativo (a ella se le dado el nombre de madre genética); la segunda, que hace que el germen de vida contenido en el gameto se transforme en un ser humano, alimentando y protegiendo dentro de su cuerpo al embrión (biológico gestacional); la tercera, que no participa en ese proceso de procreación, pero es la madre educacional y de deseo (afectiva o social). La primera transmite a través del embrión los propios caracteres al *nasciturus*, así como los del padre y es también parte formativa de la descendencia, se dice que es la verdadera madre;[9] la segunda, que aporta un componente psicológico y fisiológico que supone la relación constructiva e intensiva del periodo de gestación que contribuye, decisivamente, a que el proceso de formación y

[8] José Gorozpe y Ernesto Gómez, "Reproducción asistida. Alternativas", *Ginecología y obstetricia de México*, Vol. 61, Federación Mexicana de Asociaciones de Ginecología y Obstetricia, México, agosto de 1993, p. 217.

[9] Ésta es la posición de Valente Simi, "Manipulazioni genetiche e diritto", en *Quaderni di iustitia*, 34, Unione Giuristi Cattolici italiani, Giuffrè Editore, Roma, 1986, pp. 212-213, quien sostiene que "cuando resulta que el embrión formado por una pareja, distinta de la mujer en que se desarrolla la gestación, a través de un contrato, como se puede negar la justa veneración y prevalencia del embrión, así felizmente ilustrada en la relación Lombardi, ¿cómo se puede pretender negar en realidad la verdadera descendencia hereditaria? Los cambios científicos crean una verdadera figura nueva, no considerada por el legislador, la solución de la cual el intérprete podrá recabar de los elementos probados, dados, recabados y de los principios generales del derecho, que tienden a reconocer la prevalencia de la descendencia real, derivada del embrión *generatore*, esto es la realidad y no la simple apariencia de la relación filial, cuando resultado de los hechos aparece la verdad de la fecundación-gestación desligada..." Maria Costanza, en "Legislazione e fecundazione artificiale", *Il diritto de famiglia e delle persone*, Anno XVI, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 1021-1026, dice: "la maternidad puede ser jurídicamente atribuida a aquella que ha determinado el patrimonio genético del *nasciturus*, más que aquella que ha contribuido a su desarrollo en la etapa fetal. Si bien la gestación no es un momento indiferente en la vida del individuo y en su personalidad, es menos incisiva que el momento procreativo donde se imprimen los caracteres fundamentales de la persona".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desarrollo de la vida se consolide en el nacimiento del ser humano;[10] y la tercera, que asume la maternidad con voluntad y autorresponsabilidad e influye decisivamente en los hijos, en el desarrollo de su personalidad, de su inteligencia y de su sensibilidad social.[11]

A veces esas tres funciones recaen en dos mujeres, en combinaciones diferentes: a) la comitente aporta el gameto, además la decisión de que nazca ese hijo concreto "suyo", y la otra es la madre gestante; b) junto a la comitente colabora la gestante, que pone también gameto propio. Si una de aquellas tres, o de estas dos, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que Paulo daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica, clásica, esa institución jurídica y social perfectamente acuñada y conocida.

El problema puede existir cuando se rompe el nexo entre gravidez y fecundación; es decir, cuando una de la mujeres participantes en el proceso reproductivo haya aportado el óvulo ya fecundado con el espermatozoide de su marido o compañero y hay transferencia del embrión con dicho material genético o con ovocitos de otra mujer o únicamente con el gameto del marido de la pareja comitente a otra distinta, "la portadora".

El problema es discutible a fin de determinar cómo se establecería el lazo filial, por lo que debe de realizarse una valuación comparativa de los distintos comportamientos y contribuciones de dichas mujeres, valorando los elementos en juego: el biológico, el voluntario y el socio-afectivo constituido por la posesión de estado, que constituirían los elementos fundamentales de la filiación.[12]

De *lege data* siempre será madre la que ha gestado, con independencia de quien donó el material genético, ya que no es fácil la atribución de la maternidad a quien no ha parido.[13] Amén que la paternidad y la maternidad en México no son renunciables, ni pueden ser objeto de transacción. Por otra parte en las leyes punitivas del país se tipifica que incurre en delito contra el estado civil de las personas, quien atribuya a un niño recién nacido a mujer que no es su madre o usurpe el estado civil de otro, con el

[10] Ésta es la posición mayoritaria tanto por los ordenamientos jurídicos, como por las comisiones, recomendaciones, doctrina y proyectos de leyes relacionados con la materia.
[11] María Dolores Pelayo Duque, Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y de la inseminación artificial humanas, Sesión 14 de noviembre de 1985, *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, No. 367, Madrid, p. 11179.
[12] En este sentido Monique Bandrac, "Reflexions sur la maternité", *Dalloz-Sirey*, Paris, 1985, p. 29.
[13] Y es aquí donde debe de intervenir el legislador para modificar la identificación de la maternidad porque ello no crea fracturas con el ordenamiento ni con los principios constitucionales, según señala Maria Costanza, *Op. cit.*, pp. 1021-1026.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden. No hay vuelta de hoja: madre será la que ha parido.

De llevarse a cabo la práctica de este tipo de procreación, las partes que hayan celebrado algún acuerdo de sustitución de maternidad, para conseguir los objetivos trazados en el mismo y lograr la filiación del hijo, simplemente se constituyen en franco fraude a la legislación respectiva.

El sistema actual en caso de maternidad subrogada deja fuera de la relación filial a la "madre genética", a la que sólo aporta el óvulo para la fecundación, si no es la misma que la gestante o "madre biológica".[14] Lo cierto es que, a excepción del Código Civil del Estado de Tabasco, en general en la legislación nacional la maternidad subrogada no tiene existencia jurídica y, por el contrario, puede considerarse, incluso, prohibida porque el objeto del acuerdo es el ser humano, mismo que se encuentra fuera del comercio. Quizá el remedio consistiría en instrumentar una legislación más flexible, que prevenga en su caso, la adopción por parte de la madre genética; de una forma simplificada y adecuada que permita la adopción inclusive del *nasciturus*;[15] o del embrión, como una especie de adopción prenatal, pues el hijo podría adoptarse desde su concepción.[16] Como ahora lo regula la legislación tabasqueña. Sin embargo, el principio básico sigue vigente: el ser humano está fuera del comercio, por tanto, en el resto de la legislación nacional, la maternidad subrogada es ilícita.

La única manera de evitar los problemas derivados de la maternidad subrogada es aceptar y definir de manera expresa tal figura que no existe y no tiene cabida en el derecho mexicano, y por lo tanto se prohíba cualquier negocio jurídico realizado al respecto y se considere nulo de pleno derecho, resolviendo los problemas de filiación en atención a los principios y supuestos que sostienen a la institución de la filiación sin dar solución al problema para los casos que aún con esa sanción se lleven a cabo.

---

[14] Donata Clerici, *Op. cit.*, pp. 1018-1019.

[15] Michelle Gobert, "Audiencia pública sobre los problemas jurídicos y éticos de la genética humana, con especial referencia a los problemas relacionados con la ingeniería genética", Parlamento Europeo, *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación humana*. Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos. Oficina de publicaciones oficiales de las comunidades europeas. Celebradas en Bruselas, del 19 a 21 de marzo de 1986. p. 135; Gutiérrez Merino, "Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida, II Congreso mundial vasco, *La filiación a finales del siglo xx; Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Ed. Trivium, Madrid, 1988. p. 428.

[16] Rubio, Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y de la inseminación artificial humanas, Sesión 23 octubre de 1985, *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, No. 346, Madrid, p. 10650.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. Valoración de la figura

La posición de rechazo de la sustitución de la maternidad es mayoritaria, tanto legislativa como doctrinariamente.[17] Sin embargo, como he manifestado en otros trabajos similares, entre los elementos fundamentales de la filiación se incluye el de la "voluntad" y si se sostiene, para el caso de determinar la paternidad, en los supuestos de donador de semen, la filiación con el varón que otorga su consentimiento. Entonces, ¿por qué se tendría que cambiar el criterio para determinar la maternidad, ya que la mujer comitente desea el hijo para ella y la portadora no pretende hacer valer el título de la atribución del Estado y no busca ni desea en principio hijo propio, y ni siquiera proporciona óvulo, ni hay acto sexual? Es decir: ¿aquí la voluntad no tendrá un significado relevante? Es cierto que no es lo mismo donar un gameto que portar un hijo; los supuestos son distintos, el vínculo que se crea entre el producto de la concepción y la madre es superior a una simple donación de gametos. Aquí se muestra ya en todo su esplendor el lazo maternal que une a la portadora con el hijo. Es por ello que ha habido incumplimientos de convenios que han traspasado las fronteras y han sido de dominio público.

Sin embargo, si se quiere sostener en este tipo de procreación que hay que hacer referencia al elemento de voluntad de querer asumir la maternidad, elemento necesario para atribuir la filiación, en congruencia con el derecho a procrear, como parte de los derechos fundamentales, no se puede negar que una mujer preste su útero a otra para llevar a cabo un embarazo. Las mujeres que intervienen son mayores de edad, con un discernimiento propio para decidir la maternidad y si se les impide, simplemente se les priva del derecho a la maternidad y a las sustitutas la acción humanitaria y solidaria con quienes no pueden tener hijos.

Bajo esta óptica, hay voces que pugnan por que la maternidad se atribuya a la mujer comitente, la que quiso ser madre legal y así lo pactó en el convenio, sin distinguir inclusive si aportó los gametos o no. Si bien es cierto que rompe con la máxima paulina, también es cierto que no hay impedimento para otorgar la maternidad a quien no dio a luz, pues se trata de una nueva situación que no tiene que solucionarse siguiendo los mismos criterios que se siguen con la maternidad natural; tomando en

[17] Véase Aníbal Guzmán Ávalos, *Inseminación artificial y fecundación in vitro: Un nuevo modo de filiación*, Universidad Veracruzana, Xalapa, 2000.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consideración: a) la voluntad de querer el hijo; b) la voluntad de la madre sustituta de aceptar llevar el embarazo y la voluntad de renunciar a cualquier derecho sobre el niño; c) no cabe alegar que la gestante adquiere motivos sentimentales con el niño que ha llevado en su seno, pues si en realidad éstos existen, lo cierto es que esos detalles los ha conocido desde el momento de la celebración del contrato; d) la misión de la madre sustituta es dar a luz un hijo y posteriormente entregarlo a la madre comitente; e) en congruencia con la inseminación artificial heteróloga y fecundación *in vitro*, en donde no se otorga la paternidad-maternidad a los donadores de gametos, sino a las personas que han deseado y querido un hijo para ellos, también no se debe otorgar la filiación a la portadora, ya que como en aquellos casos, sólo interviene para hacer posible el nacimiento de un niño, aun cuando su actividad acá sea más prolongada; y f) porque se dan casos que la madre sustituta una vez que ha dado a luz al hijo, no desea ni quiere para ella ese niño que ha nacido y consecuentemente originaría que la ley le atribuya la maternidad de un hijo no deseado, que sólo lo gestó para otra.[18]

Hay quienes siguiendo este criterio, lo hacen más restringido, pues aceptan que la gestación sustituta con aportación de material genético de la pareja comitente debería autorizarse, siempre que se lleve a cabo sin intermediarios y en forma gratuita.[19] Por lo que se debe buscar un mecanismo que asegure la maternidad genética; que en su caso, dé fuerza legal a los acuerdos que se estipulen entre las partes, ya que la identidad con el hijo se consigue con el contacto sano y afectivo con los padres, sean o no genéticos.[20]

Hay quien señala que la solución para determinar la maternidad es aquella por la cual el estatus debe ser reconocido a quien asume en sí más comportamientos a los tres posibles: "madre genética", "madre gestante", "madre responsable", o en su caso, se considera prevalece la madre gené-

[18] Véase Carmen Hernández Ibañez, "La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem a la maternidad subrogada", en *Actualidad Civil*, No. 48, semana 26 de diciembre 1988-1 de enero de 1989, pp. 3044-3045.
[19] Gutiérrez Merino, *Op. cit.*, p. 428.
[20] "Se tiene que asegurar un mecanismo por el que el contrato de subrogación sea un firme asegurador de la maternidad genética. ¿Cómo hacer para dar fuerza legal a ese contrato? No se puede esperar a una interpretación personal del juez que lleve el caso. La identidad se consigue con el contacto sano y afectivo con los padres (genéticos o no). Si el hijo conoce que ha nacido de inseminación artificial y su desarrollo psicológico ha sido bueno lo integrará como un acto de amor y de confianza hacía su persona de sus padres. Hay hijos de matrimonios que tienen conflictos de paternidad y buscan a su padre en una figura política o religiosa."Ver Pereda-Caballero, *Op. cit.*, pp. 4-6.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tica y a la madre de útero se le reconoce sólo un título preferencial para obtener en adopción el hijo procreado.[21]

No habría duda de atribuir la maternidad a la mujer que ha proporcionado el óvulo, ha gestado y finalmente ha parido. Asimismo, la mujer que tiene dos contribuciones tiene mayor derecho a atribuírsele la maternidad que la que sólo tiene una; esto es, que madre sería la que ha proporcionado el óvulo y desea el hijo (prevaleciendo sobre aquella que sólo ha gestado); o sería también la que ha gestado y desea el hijo (prevaleciendo sobre la mujer que sólo proporciona el óvulo); pero nunca la que sólo desea el hijo, sin ninguna otra contribución.[22]

Concluyendo: en congruencia con la igualdad del hombre y la mujer y el derecho de libertad de procreación, habrá que aceptar la atribución de la maternidad a la madre comitente, cuando así se haya expresado la voluntad en documento indubitable entre las participantes del acto procreativo, quizá manejando límites como que los gametos sean cuando menos de uno de los comitentes o por el mayor interés del hijo a nacer, como en el caso de las resoluciones de los casos famosos en esta materia. ■

Volver al Índice >>

[21] María Teresa Carbone, "Maternità, paternità e procreazione artificiale", *Il diritto di famiglia e delle persone*, Anno XXII, Giuffrè, Milano, 1993, p. 881.
[22] En este sentido Fernando Santosuosso, *Il diritto di famiglia e delle persone*, Anno XVI, Giufre, Milano, 1987, pp. 55 y 126.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL, PERTINENCIA Y PELIGROS

Georgina Marcia Soto Senra*

SUMARIO

I. Introducción
II. Adopción
III. Principios y objetivos de la adopción internacional
IV. Normativa jurídica internacional
V. Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo aborda la institución de la adopción, destacando cómo la misma es superada desde su visión tradicional al trascender las fronteras nacionales. Nacida como paliativo a parejas infértiles o como sustitutivo de la natural descendencia que garantizara la estirpe familiar y la continuidad del patrimonio de la familia se convierte además en una vía para posibilitar al menor desamparado el contexto familiar que permita su desarrollo como ser humano. La comunidad jurídica internacional ha dirigido empeños legislativos encaminados a establecer normas que garanticen el principio rector de la protección a los derechos humanos de niños/as: la observancia estricta del interés superior del niño o niña en todos los asuntos relacionados con sus derechos subjetivos.

ABSTRACT

The present article approaches the institution of the adoption, highlighting as the same one is overcome from its traditional vision when transcending the national frontiers. Born as palliative to couples that cannot have children or as substitute of the natural descendant that it guaranteed the family stock and the continuity of the patrimony of the family also becomes a road to facilitate the abandoned minor the family context that allows its development as human being. The international artificial community has directed legislative zeals guided norms that guarantee the principle rector from the protection to the human rights of children and girls to settle down: the strict observance of the boy's superior interest or girl in all the matters related with their subjective rights.

* Maestra en derecho y especialista en derecho civil. Profesora de la Universidad de Camagüey, Cuba.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Introducción

El siglo XXI abrió sus puertas para un derecho de familia motivado por los trascendentales descubrimientos científicos y técnicos que han revolucionado las bases biológicas de carácter natural sobre las que se erigieron tradicionalmente las relaciones familiares. Nuevos retos, nuevos horizontes en el quehacer jurídico para los estudiosos del derecho imponen la profundización obligada de sus instituciones jurídicas. Sin lugar a dudas, una de estas instituciones es la adopción.

Hoy la realidad familiar se ve matizada por las influencias globalizadoras. Las funciones de la familia como célula básica de una sociedad reciben su influjo. En las distintas instituciones del derecho familiar, la tendencia hacia la internacionalización de sus relaciones se vislumbra como aspecto de especial atención.

En el contexto de las relaciones jurídicas familiares confluyen intereses patrimoniales y personales que imprimen un sello particular a aquellas relaciones para las que muchos defienden su independencia sustantiva y procesal del derecho civil. Los argumentos sobre los que se edifican estas posiciones se centran en la naturaleza jurídica misma del derecho familiar.

La adopción es una institución conocida en el derecho de familia desde la antigüedad. Hoy la tendencia mayoritaria apunta a entenderla como la relación parental, no natural entre dos personas que aunque no están unidas por vínculos consanguíneos existe entre ellas una relación igual a la existente entre padres e hijos naturales, de manera que se asumen los mismos efectos jurídicos tal y como si la relación filiatoria se hubiere producido de forma natural o artificial.[1]

Díez Picazo y Gullón Ballesteros (1983) afirman: "Se trata de una institución que en los tiempos modernos ha ido adquiriendo un nuevo auge y una gran vitalidad, que han dado lugar a reiteradas y profundas reformas en la legislación. La adopción suscita el interés público, que encuentra a través de ella un cauce para realizar aspiraciones y deseos de los matrimonios sin hijos, y de amparo de los niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos."[2]

---

[1] La filiación en la contemporaneidad y para las ciencias jurídicas como resultado de descubrimientos científicos y técnicos sucedidos en la genética, se obtiene de forma artificial a partir de las técnicas de reproducción asistida, bien sea de forma homóloga o heteróloga.

[2] Luis Díez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil, Vol. 4. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 1983, p. 302.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Conocida en sus inicios como paliativo a la infertilidad de la pareja, o como vía de garantía para la continuidad de la estirpe familiar y la subsistencia del patrimonio familiar, trasciende ya los marcos nacionales y se pronuncia sobre los objetivos que ampara la normativa jurídica internacional. La Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el Convenio Internacional de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional adoptado en 1993, han permitido a los países trazar pautas comunes en pos del cumplimiento y materialización a nivel internacional del interés superior del niño/a.

II. Adopción

La adopción dentro de las instituciones del derecho familiar es una de las más antiguas. Surge con la concepción religioso-jurídica de la familia gentilicia y patriarcal civilizada de Caldea, Babilonia, Egipto y la India. La Biblia alude a la institución de la adopción en dos conocidas oportunidades: cuando Jacob tiene como hijos a los de José que habían nacido en Egipto y dijo: "Y ahora tus dos hijos Efraín y Manasés que te nacieron en la tierra de Egipto míos son...";[3] y cuando José es criado por la princesa egipcia, hija del faraón, quien lo prohijó y puso por nombre Moisés.

En Grecia y Roma tuvo de igual manera un sentido político-religioso, debido al significado que en esa época se le otorgó al culto familiar y a su continuidad.

Así, en la antigüedad la adopción se constituyó como el medio dado por la religión y las leyes a aquellos que estaban desprovistos de herederos para garantizar la continuación de la estirpe y la supervivencia del culto doméstico y cuya extinción significaba una catástrofe familiar que era necesario evitar.

En Roma se solidificó dentro de la organización de la familia patriarcal romana. El desarrollo económico en Roma potenciaría el surgimiento de nuevos intereses vinculados con la adopción, no sólo por parte de los adoptantes, sino también de los adoptados. Muchos encontraron en esta institución la forma de ingresar a una clase social determinada para luego escalar hacia determinadas posiciones con un matrimonio ventajoso que les permitiera luego magistraturas. Entre los numerosos ejemplos que podemos citar se encuentra la costumbre extendida entre los patricios de renunciar a su condición e ingresar en la plebe *(transitio ad plebem)* para

[3] En el *Génesis*.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

poder aspirar al tribunado. Augusto, por ejemplo, había sido adoptado por la familia de los Julios, a la que pertenecía César, de quien sería sucesor; la historia se repite entre Augusto y Tiberio (42 a.n.e-37 n.e). Nerón (37-68 n.e) ascendería al trono imperial por haber sido adoptado por Claudio (10-54 n.e).

Los romanos desarrollaron primero la figura de la *adrogatio* (arrogación), que consistía en la incorporación a la familia de una persona *sui iuris*, la que pasando a ser *alieni iuris* quedaba sometida a la patria potestad del arrogante, un tanto con el objetivo evidente de asegurar fuerza de trabajo y sucesión en el patrimonio y el poder político al *pater familia* arrogante, logrando además adquirir derechos sucesorios en la herencia de la persona que lo arrogaba.

Menos antigua fue la *adoptio*, que consistió en la incorporación de un *alieni iuris* a otra familia. Se lograba inicialmente mediante tres emancipaciones o ventas solemnes *(mancipatio)* del *alienis iuris* y una posterior cesión en derecho *(cesio in jure)* del mismo a su adoptante a fin de que, por las primeras saliera de la patria potestad de su *pater familia* y, por la segunda quedara sometido a la del adoptante. Justiniano también simplificó el procedimiento al disponer que bastara la aprobación de un magistrado *(imperius magistratus)*, es decir mediante una comparecencia o juicio y mediante la firma de un protocolo judicial, en el que se recogía la conformidad del adoptante y del adoptado.

La adopción podía ser plena o perfecta si el adoptado era descendiente del adoptante, con lo que quedaba sometido a su patria potestad; y menos plena o imperfecta si el adoptado era colateral del adoptante o un extraño; entonces el adoptante no adquiría la patria potestad sobre el adoptado, que quedaba bajo la patria potestad de su padre original, aunque adquiría los demás derechos y obligaciones parentales con respecto al adoptante y su familia.

Podemos decir entonces, que esta institución en Roma estuvo basada en los hechos de:

- Tener herederos para perpetuar la continuidad familiar y preservar la herencia familiar.
- El deseo de pasar de una clase social a otra para ocupar magistraturas privilegiadas.
- El hecho de legitimar sin escándalo social a un hijo natural.
- Hacer entrar a la familia a descendientes por la línea femenina.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Durante la etapa del Imperio en Roma, la adopción fue cayendo en desuso. Los pueblos germanos que invadieron y ocuparon los territorios romanos o que formaron parte de sus provincias, no conocieron a profundidad la adopción como institución con efectos jurídicos como los reguló el romano.

En la Edad Media la institución adoptiva fue prácticamente inaplicable, ya que se redujo la posibilidad de heredar del adoptado cuando el causante tenía descendientes legítimos. Se retoma en la historia del derecho con posterioridad, y ya entre los franceses la adopción se presenta con los caracteres tomados tanto del derecho romano como del germánico, presenciándose ya de nuevo con cierta fuerza la institución que había caído en desuso, y para la elaboración del Código Napoleónico se logran agrupar en un solo cuerpo legal las diversas disposiciones y costumbres vigentes relativas a su esencia. La finalidad, sin embargo, no se centró en el criterio moderno de protección a la infancia ni en el romano de continuidad del culto, sino más bien en la solución biológica que como recurso ofrecían las leyes para consolar a los individuos sin hijos.

En España la adopción como institución no fue reconocida en el Fuero Viejo, ni en el Fuero Juzgo, ni en los fueros municipales. Sólo aparecen en las Leyes del Toro, la Novísima Recopilación, en el Fuero Real, donde ya resulta mencionada y en las Partidas, en la que se le da el tratamiento de verdadera institución jurídica.

En el derecho español, especialmente en las Partidas, se presentó la adopción con las mismas características que la individualizaron los romanos, con excepción del carácter religioso que primó en sus orígenes históricos.

El derecho canónico o eclesiástico que rigió paralelamente con estas legislaciones, respetó la institucionalización civil a la cual se acogió, al proclamar que la adopción tendría como objeto la protección de los hijos expósitos o desamparados.

Las influencias del sistema romano, francés y germánico en las legislaciones latinoamericanas se evidencian en los códigos de la época. De esta manera han llegado a nuestros días formulaciones legislativas similares en la mayoría de las legislaciones del área,[4] y la tendencia a aceptar, en muchas ya reformuladas, la pertinencia en virtud de sus efectos absolutos, de la adopción plena, aquella en la que se constituyen nuevas relaciones paternas filiales una vez autorizada la adopción con la familia adoptiva.

[4] Código Civil del Distrito Federal, México.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Toda regla admitiendo excepciones permite en algunos países la posibilidad de mantener relaciones con la familia natural materna o paterna en los casos, por ejemplo, que se trate de la adopción de uno de los hijos del adoptante en caso de adopción entre cónyuges.[5]

La adopción creadora de un nuevo *status filiae* y *familiae* se presenta como un acto irrevocable. La frase del autor español Albaladejo es convincente en ello. Ha dicho: "La única adopción de hoy y su efecto básico de sacar legalmente al adoptado de su familia anterior e integrarlo en la del adoptante como un acto solemne que da al adoptante (o adoptantes) como hijo, al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico pero por disposición legal, con igual fuerza y efecto que si fuera de sangre..."[6]

III. Principios y objetivos de la adopción internacional

El contexto mundial actual globalizado ha incidido en la internacionalización de las relaciones sociales en general, y de las relaciones jurídicas en particular. No escapan a sus efectos las relaciones jurídicas de tipo familiares que han sido determinantes hoy en los fenómenos de la multiculturalidad, donde la fusión de familias con miembros de distintas nacionalidades ha contribuido a variar conceptos clásicos conocidos en las ciencias sociales, en tanto, la familia constituye por sus funciones la célula básica de la sociedad. La adopción internacional se erige así como una de las consecuencias de la globalización en las relaciones familiares de nuestros días, convirtiéndose en una práctica generalizada en la mayoría de los países.

En su génesis la variante internacional de la adopción se encuentra en las respuestas de la comunidad internacional a los fenómenos ocasionados por las nefastas guerras mundiales. Fue concebida principalmente como el hallazgo humanitario a las situaciones de emergencia y crisis de los niños/as que se encontraron de momento ante realidades de desamparo total, al perder muchos de ellos a sus padres o a la totalidad de sus familiares.

Si se habla de su pertinencia actual, no sólo se identifica la posibilidad para las personas infértiles, o la garantía para niños/as de encontrarse ante situaciones de desamparo familiar de los que muchos padecen el hogar idóneo para su desarrollo personal en el contexto de una familia.

[5] Código Civil español, artículo 178.
[6] M. Albaladejo, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, 1989, p. 275.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Mundialmente hoy, las tasas de natalidad son excesivas en varios países subdesarrollados, principalmente en familias donde es imposible regular el control de la natalidad por los niveles de pobreza y por los escasos recursos monetarios para acceder a los servicios de salud, mientras que en algunos países más desarrollados se encuentran deprimidas las tasas de fecundidad y natalidad.

Las causas que en los inicios motivaron las adopciones internacionales han sido modificadas en la actualidad. El comercio de menores con disímiles fines constituye una preocupación para los nuevos hechos que hoy día pueden determinarla.

Existe la posibilidad de lucrar alrededor de actos como el tráfico y la trata de menores, la explotación sexual, y otras formas lacerantes que afectan la dignidad misma del niño/a como personas. No se pretende ejemplificar con estadísticas que a diario varían de una realidad inevitable que nos llegan por los canales de información actualizados para demostrar la obligada reflexión que debe significar el hecho real de las adopciones internacionales como la vía que puede permitir tales prácticas. Las cifras son alarmantes para quienes propugnan y defienden la humana idea de que nada es más importante que un niño/a, y para quienes es imperativo de primer orden la defensa en todo momento del interés superior del niño/a.

IV. Normativa jurídica internacional

El derecho internacional ha estado a la vanguardia en las respuestas que ha dado el ordenamiento jurídico en su protección a los derechos humanos de niños/as, adoptando normas jurídicas tendientes a trazar normas de conducta universales para facilitar la protección de los derechos subjetivos de las personas que deben su existencia dentro de esta categoría, a un concepto hoy denominado de niño/a.

La Declaración de los Derechos del Niño en el año 1959 constituyó el precedente más directo de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989. Se adopta por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1989. En el ámbito jurídico su significación pudiera abarcar múltiples interpretaciones, pero es indudable que la aparición de este documento jurídico internacional revolucionó la visión hasta entonces existente desde su perspectiva jurídica del niño/a como persona y como sujeto de derechos, comenzando a desarrollarse la doctrina de la protección integral sobre el principio del "interés superior del niño", que-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dando superada la doctrina de la protección irregular presente hasta ese momento.

El artículo 21 del precitado texto legislativo, precisa: "Los estados que reconocen y/o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial..."[7]

A partir de este instante y desde la década de los ochenta del siglo XX los esfuerzos por contar con normas y acuerdos internacionales en materia de adopción internacional fueron intensos, hasta que definitivamente fructificaron y se exhiben en la actualidad avances legislativos importantes y significativos en algunos países.

El 29 de mayo de 1993 fue suscrito por 57 países el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño/a en la cooperación internacional en materia de adopción internacional, representando para los niños/as, las familias y los estados un desafío de enorme trascendencia su aplicación.

Quedó introducido desde su entrada en vigor el término "adopción internacional" para identificar a la adopción de menores en la cual los adoptantes y adoptados son de nacionalidad o domicilios diferentes, asumiéndose para el adoptante la filiación adoptiva como consecuencia de la filiación ficticia creada y protegida por la cual se derivan relaciones paterno-filiares (entre adoptante y adoptado) semejantes a las derivadas de la filiación natural.

En la generalidad de los casos se aconseja aceptar en la adopción internacional la forma plena, pues la adopción en su forma semiplena provoca la subsistencia de vínculos legales con la familia de sangre y por consiguiente pueden existir en conflicto determinados efectos patrimoniales derivados de los efectos personales nacidos como consecuencia de la adopción. Además, irremediablemente la adopción internacional provoca un cambio en sus costumbres, cultura, idioma, religión, y en sentido general se modifican los aspectos relativos a su identidad personal de origen ante el hecho cierto del alejamiento de sus raíces naturales, las que se mantienen, pero por el mero hecho del nacimiento, son por fuerza modificadas al cambiar el entorno real en el que se desarrolla el menor. No obstante el niño/a tiene derechos en virtud de las disposiciones establecidas en la Convención de los Derechos del Niño, para los estados partes en ella, a tenor de lo establecido en su articulado, los que deben comprometerse a respetar el derecho del niño a preservar su identidad.

[7] *Código del Niño y Adolescente*, artículo 21, Editorial Rodas, Lima, Perú, 1995, p. 48.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Obsérvese la propia norma que se expresa en este sentido, cuando señala:

> El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento:
> a) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos.
> b) De la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo.
> c) De la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en el que ha tenido lugar.[8]

Un significativo precepto contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando se refiere a la adopción, señala el artículo 21: "Los estados que reconocen y/o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial..."; y añade en su apartado e): "Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes."[9]

Así, la convención de 1993, elaborada bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya, adopta el documento jurídico internacional encaminado a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, pretendiendo establecer un equilibrio entre la salvaguarda de la vida cultural del menor, manteniendo su propia personalidad, y la necesidad de su inserción en un hogar. Los estados signatarios argumentaron la necesidad de crear un marco jurídico, para asegurar el respeto a los derechos fundamentales y la toma de medidas en cada país que garantizaran que las adopciones internacionales se realizaran teniendo en cuenta, en primer lugar, el interés superior del niño.

La base y eje central del actual Convenio de La Haya, es la cooperación internacional misma en materia de adopción, con el fin de luchar contra el tráfico que se desarrollaba alrededor de las adopciones internacionales. Se centra en principios tales como:

- Entender la adopción como una de las formas de protección a la infancia.

[8] Cfr. Convención de La Haya de 1993, Art. 26.
[9] Cfr. Convención de los Derechos del Niño de 1989, Art. 21.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

- Comprender el carácter subsidiario de la adopción internacional, no necesariamente la única opción ante la infertilidad de una pareja.
- La imperativa necesidad de suscitar una cooperación internacional entre los estados para intentar disminuir o, por lo menos, combatir las adopciones clandestinas.

Como aspectos relevantes de este cuerpo legal, deben ser destacadas en la adopción las exigencias personales a las partes involucradas con la adopción internacional, resumidas en:

– Garantías en cuanto a los adoptantes interesados: Este convenio contempla que la autoridad competente valore y certifique la idoneidad de los solicitantes para la adopción, así como su preparación para la misma.

– Garantías para los adoptados: Las autoridades competentes aseguran la adaptabilidad del niño, garantizando que se han dado los consentimientos requeridos y controlando que no ha existido pago indebido.

A través de esta convención, se implementa una serie de medidas que deben observarse para el buen fin de las adopciones internacionales. Se destacan las siguientes:

- El reconocimiento y la proyección para el desarrollo armónico de la personalidad del niño, el cual debe crecer en un medio familiar que propicie un clima de felicidad, amor y comprensión.
- Se emplaza a las autoridades competentes a tomar medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen.
- Se reconoce que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen.
- Se sugiere que se incrementen las medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan en consideración el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales, así como las encaminadas a prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de menores.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A raíz de la firma o adhesión a la Convención de La Haya, los estados han ido acordando convenios bilaterales garantes de los principios y formulaciones adoptados desde que se convierten en signatarios de la convención de 1993. El reto mayor ha de consistir en la implementación de las garantías necesarias y suficientes por parte de los estados encaminadas a garantizar los principios informadores en la plena protección integral del menor con la observancia estricta en todo momento del interés superior del niño como paradigma de garantía de los derechos humanos de niños y niñas.

V. Conclusiones

Como institución del derecho familiar, la adopción supera hoy los cánones tradicionales conocidos históricamente para erigirse en la actualidad como una de las manifestaciones más evidentes de la influencia de las tendencias globalizadoras en los marcos del derecho.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 y la Convención en Materia de Protección al menor en materia de adopción internacional de 1993 se han convertido en documentos de gran significación jurídica, como máximos exponentes del valor de la justicia en el contexto del derecho internacional moderno, y símbolos además de la preocupación constante de la comunidad jurídica internacional por la protección especial de los derechos humanos del niño/a.

Corresponde a los estados partes de este importante documento internacional hacer realidad la protección real de los principios enunciados en él, y garantizar los mecanismos legales que propendan al logro efectivo de proteger el interés superior del niño/a. ■

Referencias

Albadalejo, Manuel, *Curso de derecho civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

Albañez, Teresa, "Derechos humanos: el caso de los niños", en *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, diciembre de 1995.

Blumkim, Silvia Beatriz, "La sustracción internacional de menores", en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, julio de 1995.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXVII, No. 110, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, mayo-agosto de 2004.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Calua Ruiz, María Elena, "La patria potestad y su incidencia en el derecho comparado", V Convención Latinoamericana de Derecho "El derecho en el nuevo contexto latinoamericano", Bolivia, noviembre de 2003.

Calvo García, Manuel, "La protección del menor y sus derechos", en *Derechos y Libertades*, 2, Madrid, octubre-marzo, 1993-1994.

Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Editorial Reus, Madrid, 1985.

Camus, *Curso de derecho romano* I. *Historia y fuentes del derecho romano*, Universidad de La Habana, La Habana, 1946.

Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, Porrúa, México, 2000.

Congreso Internacional de Derecho de Familia XIII "Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI", *Resúmenes*, Sevilla y Huelva, 18-22 de octubre del 2004.

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1988.

Enciclopedia jurídica española, t. I, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910.

Esquivias Jaramillo, José Ignacio, *Adopción internacional*, Editorial Colex, Madrid, 1998.

Fernández Guerra, Irma Renee, *Consideraciones sobre la adopción extraterritorial de niños cubanos*, La Habana.

Garcés Cisnero, José, "La adopción", en *Revista Cubana de Derecho*, 34, julio-septiembre de 1988, pp. 75-121.

Gisbert Job, Teresa, *Ley de Protección Jurídica del Menor. Comunidad valenciana. Ley Orgánica* 1/1996 del 15 de enero.

Gómez Treto, Raúl, "La adopción de hijos en el derecho histórico, comparado, internacional y cubano y la protección a la niñez y la juventud", en *Revista Cubana de Derecho*, 3, abril-junio de 1984.

Hodgking, Rachel y Newel, Peter, *Manual sobre la Convención de los Derechos del Niño, preparado para la Unicef*, Editorial Atar Roto, Ginebra, 2001.

Iglesias Redondo, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela exlege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.

Manresa Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil español*. t. I, Imprenta de la Revista de la Legislación, Madrid, 1907.

Mansilla y Mejía, María Elena, "La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores", *Revista de Derecho Privado*, 16, México, enero-abril de 1995.

Memorias del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, t. I, Caracas, 1994.

Mesa Castillo, Olga, Módulos de derecho de familia, Editorial Félix Vare, La Habana, 1999.

Parra Aranguren, Gonzalo, "La Convención de La Haya de 1993 sobre la protec-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ción del niño y la cooperación en materia de adopción internacional", *Boletín de la Facultad de Derecho*, 6, Madrid, verano-otoño de 1994.

Peral Collado, Daniel A., *Derecho de familia*, La Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980.

Ramos Chaparro, Enrique, *Ciudadanía y familia. Los estados civiles de la persona*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1999.

Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho internacional privado*, t. I, Editora Canasa, La Habana, 1931.

Siqueiros, José, "La convención relativa a la protección de menores y a la cooperación en materia de adopción internacional", en *Jurídica*, 23, México, 1994.

Documentos

– Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.
– Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
– Convenio de La Haya relativo a la protección y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.
– Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
– Legislación del menor, Biblioteca de Textos Legales, Tecnos, Madrid, 1999.

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y TRANSFERENCIA DE PREEMBRIONES *POST MORTEM*: PROCREACIÓN Y NACIMIENTO MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES DE LA EXISTENCIA HUMANA

Leonardo B. Pérez Gallardo*

SUMARIO

I. La existencia humana como límite de la procreación (póstumos y superpóstumos en el siglo XXI)
II. La muerte del varón como impedimento para la utilización de su "material reproductor" por la mujer sometida a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (efectos jurídicos del quebrantamiento de esta regla)
III. Toda regla tiene su excepción (la inseminación artificial *post mortem*, razones a favor y en contra de los hijos de "ultratumba"
III.I. Consentimiento del marido premuerto: requisitos y vías de su expresión formal
III.I.I. Por mero documento privado
III.I.II. Por escritura pública
III.I.III. Por testamento
III.I.IV. Por documento de instrucciones previas
III.II. Aplicación tempestiva de la inseminación artificial: el nuevo plazo establecido *ex lege*
III.III. El *ius poenitendi* del marido, su ejercicio *ad nutum*
IV. La existencia de preembriones de la pareja y la presunción de "consentimiento" del marido premuerto para su transferencia *post mortem* al útero de la madre (contenido y naturaleza de tal presunción)
V. Posibilidad de que el varón de una pareja de hecho pueda exteriorizar su voluntad a través de los medios formales previstos *ex lege*. Valor de título de legitimación del documento en que se contiene su "consentimiento" a los efectos de iniciar el expediente establecido en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil
V.I. ¿La presunción de "consentimiento" para la transferencia de preembriones *post mortem* también es aplicable en parejas de hecho?

* Doctor y profesor titular de derecho civil, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba. En este artículo el autor realiza algunas glosas al artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida de España.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RESUMEN

El presente artículo aborda el tema de la inseminación artificial, asunto en el que se tratan diferentes supuestos que a pesar de que pueden parecer *sui generis* son perfectamente posibles en la realidad científica de hoy y ante los cuales el derecho debe adoptar una postura. Así por ejemplo, se analiza la inseminación artificial en la variante de que pueda suceder en vida, aunque luego sobrevenga la muerte del donante de los gametos masculino, o que pueda suceder *post mortem*; se valoran las confusiones generadas alrededor de que ésta suceda en condiciones *in vitro* o *in utero*, y hace amplias disquisiciones alrededor de las formas de expresión para tales efectos, bien sea a través de documento privado, escritura pública, testamento, etc. El artículo fundamenta parte de su análisis en la ley española número 14 del 2006 sobre reproducción humana asistida.

ABSTRACT

The present article approaches the topic of the artificial insemination, matter in the one that you/they are different suppositions that although they can seem particular they are perfectly possible in today's scientific reality and before those which the right of adopting a posture. This way for example, the artificial insemination is analyzed in the variant that it can happen in life, although then the death of the donor of the masculine gametes happens, or that it can happen once produced this; it is valued the confusions generated around that this happens under artificial conditions or directly in the uterus, and he/she makes wide reasonings around the expression forms for such effects, well be through private document, it notarizes public, testament, etc. The article bases part of its analysis in the Law Spanish number 14 of the 2006 on attended human reproduction.

El secreto de la felicidad no está en hacer siempre
lo que se quiere, sino en querer siempre lo que se hace.
Tolstoi

I. La existencia humana como límite de la procreación (póstumos y superpóstumos en el siglo xxi)

Los límites de la procreación humana no sólo han estado signados por la propia existencia de los seres humanos, sino también por el periodo de fertilidad, variable según el sexo, mucho más prolongado en los hombres, que mientras viven están aptos físicamente para la procreación, *a contrario sensu* de las mujeres, cuyo reloj cronológico se detiene, en lo que a la

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concepción concierne, por lo general durante la quinta década de vida. La aspiración de todo ser humano a tener hijos es justa y legítima; "creced y multiplicaos", reza en la Biblia. Empero, la posibilidad de conservar el semen congelado por un largo tiempo, y la fecundación *in vitro* con transferencia de preembriones y embriones, amén de la crioconservación de dichos preembriones y embriones ha generado dilemas no sólo éticos, sino también jurídicos, en tanto supone una ruptura de las reglas tradicionales en sede de filiación y sucesiones.

Si bien en el derecho romano se conoció el caso de hijos cuasipóstumos y póstumos, resultaba imposible el acogimiento de los hijos superpóstumos, particular hoy hecho realidad a partir de la aplicación de la inseminación artificial *post mortem*, un sueño irrealizable para los más connotados autores de ciencia ficción. Se trata de hijos que son procreados tras el fallecimiento de su padre, en tanto en vida de éste, con su aquiescencia, resultó congelado su semen, previa extracción. Los superpóstumos rompen con todas las reglas tradicionales que marcan las pautas para atribuir filiación, sustento de una ulterior reclamación sucesoria, en tanto *filius, ergo heres*. En fin, se trata de aquellos, ni tan siquiera concebidos a la muerte de su progenitor, frutos del éxito de una inseminación artificial *post mortem*.

II. La muerte del varón como impedimento para la utilización de su "material reproductor"[1] por la mujer sometida a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (efectos jurídicos del quebrantamiento de esta regla)

Reconoce el artículo 9.1 de la actual Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, trasunto del precepto con igual número, contenido en la Ley 35/1988, hoy abrogada, como regla de alcance general, que la muerte del varón es un impedimento legal para la utilización de su "material reproductor" por la mujer (esposa o conviviente *more uxorio*), sometida a la aplicación de las técnicas. Y en efecto, ello es lógico, si la reproducción humana supone un componente binario; la ausencia de uno de sus elementos integrantes da al traste con la posibilidad de la procreación, si bien a la altura del desarrollo científico, la factibilidad de crioconservar el semen del varón supera el, hasta fecha relativamente reciente, obstáculo infranqueable. Empero, el artículo 9.1 de la Ley *in commento* deja escla-

[1] Término poco dado en el orden técnico.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

recido que las normas sobre filiación presuponen que el material genético masculino debe estar *in utero* al momento del deceso del hombre, en todo caso, sobrevendría un hijo póstumo, querido por el padre, procreado antes de su deceso, mas no nacido, sino después de la muerte de su padre, extremo que puede acontecer no sólo cuando se aplican técnicas de reproducción humana asistida, sino también en supuesto de procreación sin soporte asistido.

Si se quebrantara esta regla, se rompería con un nexo esencial, a saber: la libre decisión de procrear un hijo. Si la mujer se inseminara con el semen del varón cuya voluntad no ha sido exteriorizada, se estarían fracturando las reglas de filiación paterna. Su muerte, en principio, resulta un límite a la aplicación de cualquier tipo de técnica. De esta suerte, si a pesar de este impedimento legal se practicaran las técnicas, el hijo procreado, a pesar de que genéticamente será hijo del titular de las células reproductoras masculinas congeladas, nada podrá reclamar conforme a derecho, a su "familia paterna", filiación de la cual carecerá.

III. Toda regla tiene su excepción (la inseminación artificial *post mortem*, razones a favor y en contra de los hijos de "ultratumba")

España desde 1988 se inscribe entre los pocos países que admiten la aplicación *post mortem* de las técnicas de reproducción humana asistida, lo cual ha provocado no pocas controversias doctrinales. Enconadas han sido las polémicas entre los autores españoles que han defendido o acusado la constitucionalidad de la hoy abrogada Ley 35/1988.[2] El abanico de razones para apoyar una posición favorable o adversa en torno de los superpóstumos o hijos de ultratumba, es muy diverso. Hay quienes defienden

[2] Cabe citar entre ellos a Lacruz Berdejo, Roca Trías, Blasco Gascó y Pantaleón Prieto, todos cit. por María Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, *passím*, cuyos argumentos seguirían sustentando a tenor de la vigente Ley 14/2006. A modo de epítome, expresa Natalia Álvarez Lata, "Cuestiones sobre el contenido atípico del testamento", pp. 12-13, en http://www.redadultosmayores.com.ar/buscador/files/BIOET005.pdf, consultado el 28 de mayo de 2007: "las discrepancias en torno a la constitucionalidad de la fecundación *post mortem* se sitúan en su adecuación con el contenido del Art. 39.3 CE, en tanto que tal posibilidad de procreación artificial determina en todo caso que el hijo nacido carezca de un padre que pueda prestarle la asistencia a la que se refiere el precepto constitucional. La admisibilidad de la fecundación *post mortem* —se ha dicho—, al apartarse de la finalidad terapéutica de las técnicas de reproducción asistida, esto es, tratar la esterilidad de la pareja, y al realizar otra finalidad, cual es la realización póstuma de la mujer de alcanzar la maternidad, contraviene la *mens legislatoris* del texto constitucional, en tanto que exige a los padres que presten asistencia de todo orden a los hijos, por lo que podría concluirse que con ella se transgreden los principios ordenadores de convivencia y situación familiar, condenando al hijo a una orfandad deliberada".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la aplicación *post mortem* de las técnicas, sustentándolo, criterio que no comparto, en el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, preeminente frente a un supuesto de derecho del *concepturus* a tener dos padres, de naturaleza bastante incierta, en tanto este aún no existe.[3] Otros consideran que este precepto —refiriéndose al contenido en la abrogada Ley 35/1988, que en esencia positiviza el advenimiento de los superpóstumos—, "hace vivo al que murió a fin de seguir manteniendo la existencia de matrimonio —cuando en verdad la muerte disuelve el matrimonio— y toda esa ficción para poder calificar de matrimonial a un hijo y atribuirle las consecuencias jurídicas de tal estado".[4] Se ha dicho también que con ella se pretende un imposible, esto es, hacer revivir la muerte por medio del mecanismo del niño, a través del cual se pretende prolongar la vida del padre.[5] Se ha intentado encontrar en ella un marcado interés patrimonial de la viuda, como es el de poder compartir la herencia de su esposo o relegar a los, hasta ese momento, llamados a la sucesión. Una vía de traer al mundo a un hijo, condenado irremediablemente a una orfandad premeditada.[6] Esto es, según arguyen con vehemencia críticos acérrimos de la permisibilidad franqueada por el artículo 9.2, como el profesor Alonso Pérez:

> ... ha de evitarse semejante desgracia siempre que sea posible, y en el supuesto de la fecundación *post mortem*, es perfectamente posible. Privar voluntariamente a un hijo de progenitor para el resto de sus días, por mucho deseo de perpetuarse o de dejar un heredero con tu propia sangre, incluso bien arropado patrimonialmente, es una jugada con las cartas en manos de un solo jugador y se presta un flaco servicio al futuro ser humano. Si de acuerdo con Segismundo, en *La vida es sueño* de Calderón, "el delito mayor del hombre es haber nacido", no agravemos más ese delito dejando al *concepturus* sin padre tan tempranamente. Si,

[3] Así, M. Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos...*, *Op. cit.*, pp. 84-85.
[4] Según el parecer de José Enrique Bustos Pueche, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 171.
[5] Según R. Frydman, *Op. cit.* por M. Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos...*, *Op. cit.*, p. 82.
[6] Según sostiene Pasquale Stanzione, "Procreaciόne assistita e categorie civilistiche", en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II / *Diritto Privato*, I / *Persone, famiglia, successioni e propietà*, Giuffrè editore, Milano, 1998, p. 865: "In relata si tratta di evitare l'hipótesis di una famiglia programmata fin dall'inizio senza la figura paterna. Sullo sfondo si muove l'inquietante prospettiva di una società senza padre." Para Juan Domínguez, "Quiero tener un huérfano", *Revista Época*, 3-2-2003, en http://www.mujernueva.org/articulos/articulo.phtml?id=2683&ttd=0&ttse=ANA, consultado el 28 de mayo del 2007: "No es extraño que la mayoría de los países prohíba la inseminación de mujeres sin pareja, deriva caprichosa de las técnicas contra la infertilidad. Ahora que se insiste tanto en la protección de los niños, lo lógico es no privarles de su más elemental derecho: que no se les impida tener padre y madre. Otra cosa es hacer experimentos con ellos en laboratorios creados para satisfacción de adultos."

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> como Séneca escribió, "a nadie le toca nacer impunemente", más penado vendrá aún a la vida el que desde antes de su concepción ya se ve privado de la suerte inmensa de tener padre. Fabricar hijos póstumos tardíos —"ultrapóstumos"—, hijos soñados, envueltos en el doble sueño del padre que los imaginó mientras se congela su simiente de vida futura, y del hijo al que sólo le quedó soñar a lo largo de su existencia con su progenitor, viene a resultar una molesta pesadilla, cargada de frustración y de cierta responsabilidad ética.[7]

A fin de cuentas, a mi juicio, las posiciones muchas veces han sido de extremas. No creo halagüeño, ni provechoso, el exaltar la aplicación *post mortem* de la inseminación artificial, si bien el tratamiento de la fertilización *in vitro* con transferencia de embriones (FIVTE) debiera tener otro tratamiento, como por fortuna le atribuye el nuevo artículo 9, al superar así errores conceptuales en los que ha incurrido la propia doctrina hispana. El apartado 2 del artículo 9 tiene naturaleza excepcional; como norma de excepción debe ser tratado. Parto del supuesto de que las técnicas en su aplicación tienen un fin terapéutico y no constituyen una vía a través de la cual se puede caprichosamente obtener descendencia, mucho menos condenar premeditadamente a la orfandad paterna a un hijo. No creo que el tema se pueda calibrar sólo desde el ámbito jurídico, necesita un enfoque multi y transdisciplinario. La inseminación *post mortem* no sólo implica retos a la imaginación humana, a la manera en que estructuralmente tenemos diseñada la familia, sino también a los parámetros en los que concebimos la educación y formación de un hijo.

Particularmente me llama la atención el por qué los ordenamientos jurídicos europeos cierran toda posibilidad a la aplicación de la inseminación *post mortem*.[8] Resulta paradójico que algunos países como Dinamarca

[7] Mariano Alonso Pérez, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* tomo XIII, volumen 2º, 2ª edición, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1998, pp. 17-18.

[8] *V. gr.* la legislación alemana prohíbe la inseminación *post mortem* de forma expresa y la sueca de forma implícita, ya que el artículo 2 de la Ley sobre la inseminación artificial de 1984 dice: "La inseminación artificial sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero." Además, en el informe previo a la Ley, elaborado por el correspondiente comité gubernamental, se rechaza la inseminación artificial *post mortem* de forma expresa, basándose en la necesidad del niño concebido por esta técnica de tener acceso a ambos. El resto de los países no se pronuncian sobre este punto en las leyes. *Vid.* M., Vega, J. Vega y P. Martínez Baza, "Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho comparado", en http://www.bioeticaweb.com/content/view/275/42/, consultado el 31 de mayo del 2007, p. 5. Cabe señalar que en países como Perú, *a contrario sensu* de las posiciones europeas, se pretende en el Proyecto de reformas al Libro III del Código Civil, incluir la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida con efectos

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sean más flexibles al acceso a las técnicas de mujeres solas y no así, en supuestos en que se pretende la aplicación tras el deceso del cónyuge o compañero.[9] Ni lo uno, ni lo otro, resultan los modelos idóneos de familia, pero el segundo lo creo menos nocivo que el primero. En este último sí que hay una "orfandad" premeditada, y si bien, el término no es el más apropiado, lo empleo en un sentido genérico, como ausencia perenne del rol paterno, y no sólo del padre, sino también de la familia paterna. Aquí sí que se construye un hogar monoparental, *a contrario sensu* de los supuestos de aplicación exitosa de la inseminación artificial *post mortem*. Con ello no quiero, en modo alguno, considerar digno de encomio su aplicación, pero tampoco, a mi juicio, es atinada su proscripción. En temas de esta naturaleza resulta muy riesgoso generalizar y hacer abstracciones. Vale la pena reflexionar en cada caso. El varón que expresa su voluntad, no lo hace en el sentido de que el semen congelado sea aplicado a su esposa o compañera *more uxorio*, sólo después de su muerte, con ese único fin, no se trata de un acto *mortis causa*, en todo caso de un acto *post mortem*, en el que alguno de sus efectos se difieren al momento de su muerte, pero en el acto de autorización para la inseminación, aun después de muerto, el hecho luctuoso no es el elemento causal-funcional. La muerte no es la *ratio* misma del acto, por mucho que quiera verse lo contrario. No se trata de un mero capricho de la pareja. Tampoco de buscar un heredero como los nobles y príncipes del medioevo. Mucho menos de perjudicar los derechos hereditarios de terceros; ello pudiera subyacer, no lo puedo negar, pero en todo ordenamiento jurídico la buena fe se presume y hay que actuar conforme con esa presunción, que por tener carácter *iuris tantum*, cabe su destrucción con prueba en contrario. La antípoda implicaría subvertir los valores axiológicos de cualquier estado de derecho. La aplicación *post mortem* de la inseminación artificial no vulnera principios éticos *per se*, no es el momento de la aplicación lo que pudiera quebrantar los valores axio-

---

post mortem (artículo 417.B apartado 3º). En tal sentido se llega a argüir que: "se ha contemplado la posibilidad del caso de la TERMA *post mortem*, tomando en consideración la existencia de los bancos de semen y que, en virtud del principio de la autonomía privada, una persona en vida decida por este tipo de técnica. Si bien ello no resulta del todo natural, resulta preciso facilitar a la viuda la descendencia de su marido utilizando su material genético dentro de un plazo (6 meses), periodo fijado con la finalidad de que el hijo nazca protegido por la presunción *pater est* y para evitar la zozobra o pendencia de la partición hereditaria".

[9] En efecto, en Dinamarca, aunque la ley no contempla este apartado, las recomendaciones publicadas en 1990 por el Consejo ético (establecido en la legislación sobre Reproducción Asistida), también aceptan el acceso de la mujer sola a las técnicas. Vid. M. Vega, J. Vega y P. Martínez Baza, "Regulación de la reproducción asistida...", *Op. cit.*, p. 5.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lógicos que informan cualquier ordenamiento jurídico, sino las razones inescrupulosas que pudieran esconderse detrás de ellas; pero esto puede acontecer con la formalización de un matrimonio, con el otorgamiento de un testamento, con la concertación de un contrato de donación y a nadie se le ha ocurrido proscribir el matrimonio, el testamento o la donación, en los textos legales.

Compete pues, a las instituciones hospitalarias, a los centros en los que se depositan los gametos masculinos, a los notarios que instrumentan los títulos formales legitimadores de la disposición *post mortem* del esperma congelado, el control de esa manifestación de voluntad; cabe y es preciso que así sea, que se impongan requisitos no sólo temporales, sino también de legitimación. Como se trata de una norma de excepción, valdría razonar si no es recomendable que la *supérstite*, viuda, o no, le competa demostrar los intentos fallidos de aplicación de las técnicas en vida de su esposo o compañero, o quizás la ausencia de hijos, o al menos de hijos comunes, la existencia de un tiempo prudencial, razonable, que demuestre esa pertinaz voluntad de procrear en ambos miembros de la pareja. Todo ello pudiera resultar valorable para acceder a la aplicación de una inseminación artificial *post mortem*, de modo que se trate de un acto heterónomo de voluntad, en el que no sólo incida la voluntad procreacional de los pretensos progenitores, exteriorizada, sino también la del poder público, previa justificación de los requerimientos que harían permisible una situación puramente excepcional, en la que el hijo por procrear y nacer, pueda encontrar condiciones, si no óptimas, sí al menos adecuadas para su normal desarrollo físico y psíquico.

III.I. Consentimiento del marido premuerto: requisitos y vías de su expresión formal

Ahora bien, el legislador español es diáfano en la regulación de los requerimientos formales que se exige a la manifestación de voluntad del marido premuerto, para que ésta pueda causar los efectos jurídicos, previstos *ex lege*. De este modo no cabe inferir dicho asentimiento por presunción legal, ni por comportamientos concluyentes *(facta concludentia)*. En este sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 9ª, Sentencia No. 658 de 16 de junio del 2003, rec. 624/1998, ponente: Quesada Varea, José Luis, Ref. *El derecho* 2003/2220391) al desestimar el recurso contencioso-administrativo que

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

interpusiera la *supérstite* contra la resolución del director provincial del Instituto Nacional de la Salud por la que había denegado la solicitud de la recurrente de ser inseminada con el semen de su esposo fallecido, al no concurrir los requisitos legalmente establecidos para acceder a su pretensión, no habiéndose solicitado la inseminación ni en vida de su esposo, ni dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, contando con el inexcusable "consentimiento" del mismo otorgado en escritura pública.[10]

Por ello la forma escrita se impone como medida de seguridad. Téngase en cuenta los efectos que en el orden filiatorio, y consecuentemente, sucesorio, tiene el documento en que se manifiesta la voluntad de que la esposa sea inseminada con su esperma congelado, aun después de su muerte. De ahí que el sometimiento voluntario a las técnicas, sin que se haya llegado a constituir preembriones, no entrañe en manera alguna la asunción de una paternidad *post mortem;* se requiere algo más, o sea una voluntad consciente, informada, destinada a asumir tal paternidad, aun en tales circunstancias.

[10] En efecto, la pretensión impugnatoria deducida por la recurrente, tuvo por objeto la resolución del Insalud que denegó la petición de ser inseminada con el semen de su marido fallecido. Se suscita, por tanto, la cuestión relativa a la inseminación artificial *post mortem*, que rechaza el citado instituto, en este caso por diversas razones, las cuales pueden resumirse en cuatro esenciales: lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana, y en el artículo 7.2 b) del Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, así como la circunstancia de la falta de consentimiento del fallecido de tener un hijo póstumo y la no correlación del deseo de la recurrente con la finalidad principal de la mencionada Ley, que es la de solucionar la esterilidad humana. Al fallecido esposo, le había sido diagnosticada en enero de 1995 una modalidad de leucemia cuya curación requería un trasplante de médula. Tras diversas vicisitudes se señaló la intervención quirúrgica para el mes de febrero de 1996, y como quiera que o bien dicha intervención o bien la propia enfermedad, extremo que no quedó suficientemente aclarado, le producía esterilidad, hizo un depósito de semen durante los dos meses previos a la operación. Efectuada ésta en la fecha prevista, en junio de 1996 comenzaron a realizarse sobre la esposa las pruebas preparatorias de la inseminación artificial. En el mes de julio, la salud del enfermo empeoró, y falleció el 1 de agosto de ese mismo año de 1996. Al parecer, hasta el siguiente mes de noviembre continuaron practicándose ciertas pruebas médicas a la ya viuda, pruebas destinadas a la inseminación. El proceso preparatorio de la inseminación artificial concluyó definitivamente por decisión de los responsables del Insalud en febrero de 1997. Empero, lo que llevó el asunto a sede jurisdiccional era si existía el derecho de la recurrente a inseminarse con semen de su marido, o no, a pesar de no existir una voluntad externada por escrito. En tal sentido se dispuso que: "En lo que se contrae al supuesto de autos, las partes coinciden en que no existe tal consentimiento escrito del fallecido. La eventual ausencia de información al marido y a la esposa de tales exigencias legales por parte del Insalud puede determinar, como anuncia la actora, la oportuna responsabilidad, pero en modo alguno suple ni subsana el incumplimiento de las prevenciones normativas por parte del interesado. [...] *La falta de consentimiento escrito del marido fallecido, exigencia legal que no puede ignorar la Sala, conlleva la improsperabilidad de la pretensión de la actora y, por ende, la adecuación a Derecho de la resolución administrativa recurrida.*"

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III.I.I. Por mero documento privado

Esta posibilidad de exteriorizar la voluntad a través de un mero documento privado, no estaba reconocida en el artículo 9.2 de la abrogada Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, que tan sólo preveía el testamento y la escritura pública, aunque en el ordenamiento jurídico español cabe el otorgamiento de testamentos no públicos, como el ológrafo, que en principio constituye un documento privado, hasta tanto no se advere ante la autoridad judicial competente. Empero, el actual artículo 9.2 regula la posibilidad de que el marido pueda prestar su "consentimiento" a través del documento a que hace referencia el artículo 6.3 de la propia Ley, precepto que reconoce lo relativo al acceso a las técnicas y que literalmente dispone: "3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y forma." O sea, si bien la norma no regula taxativamente la posibilidad de que tal "consentimiento" se exprese a través de documento privado, un mero estudio sistemático de la norma nos daría la razón. La mujer que accede a las técnicas debe expresar su voluntad de aceptar la aplicación de éstas a través de un formulario de consentimiento informado, que no es sino un documento privado, según artículo 3.4 de la Ley, mientras que la del marido, que la preste antes de aplicarse las técnicas, dado que se trata de mujer casada, habrá de reunir exactos requisitos de forma, motivo por el cual deberá estar contenida en idéntico formulario. Ambas voluntades a la postre constituyen la voluntad procreacional.[11] Además, la lógica indica que si la norma (artículo 9.2) prevé la escritura pública, el testamento y el

[11] Por ello, coincido plenamente con el profesor M. Alonso Pérez, *Comentarios...*, *Op. cit.*, XIII, 2º, pp. 21-22, de que estamos no frente a un acto jurídico unilateral, sino frente a un acto bilateral, pues aun *post mortem*, la procreación del hijo es fruto de ambas voluntades, si bien una de ellas se expresa a través de un documento previamente redactado, en el que se exterioriza tal voluntad, previéndose que en el momento en que se apliquen las técnicas, ya él no esté vivo, de modo que autoriza la utilización de su semen por su esposa, y con ello la autorización para reclamarlo del banco de semen o establecimiento especializado. Como apunta el distinguido profesor, "se trata de un negocio jurídico familiar con eficacia para después de la muerte, solemne y formal [...], de índole bilateral, pues a la voluntad de engendrar y tener un hijo por parte del padre, corresponde la de la mujer de aceptar y colaborar mediante la recepción en su útero del material genético. Las voluntades concordantes de los cónyuges difieren en el tiempo respecto de su ejecución, como es lógico, pero la colaboración bilateral de ambos es inexcusable. Negocio jurídico bilateral y familiar creador de un *status filii*".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

documento de instrucciones previas, como otras alternativas, distintas de la contenida en el artículo 6.3, es porque en tal precepto está prevista una vía más para exteriorizar la voluntad, distinta de las reconocidas expresamente en el citado artículo 9.2.

III.I.II. Por escritura pública

Cabe también y por supuesto, con más razón, que la voluntad del marido se pueda exteriorizar a través de escritura pública. Esta posibilidad es idónea porque cuenta con el asesoramiento técnico de un notario, y con ello de un juicio de identidad, un juicio de capacidad, una fuerte presunción de autenticidad, de veracidad, de legitimación y de legalidad. La fe pública notarial hace que el documento en que se contenga la voluntad del marido sea un documento blindado en el tráfico jurídico, que presupone un negocio perfecto, en un documento también perfecto. Quien concurre ante notario, no sólo encontrará la seguridad jurídica documental, sino también la sustantiva, en tanto la voluntad exteriorizada estará plenamente informada y racionalmente exteriorizada, amén de la claridad de los términos en los que se corporifica. Esta vía es la más segura, a la vez que la más idónea, pues se trata de un documento *ad hoc*.

III.I.III. Por testamento

Nada priva que la voluntad sea exteriorizada a través de un testamento. Adpero, reitero que el acto por el cual se dispone del material genético reproductor, no constituye *per se* un acto *mortis causa*, y sí tan sólo un acto *inter vivos*, con efectos *post mortem*.[12] Se trataría entonces de lo que se llama *contenido atípico* del testamento, o sea, aquel conjunto de disposiciones suficientemente numerosas, frecuentes y representativas de los diversos actos jurídicos que pueden formar parte de un testamento por disposición legal o por decisión propia del testador.[13]

---

[12] Sobre la distinción entre tales actos *vid.* lo ya dicho por mí en *Derecho de sucesiones*, "El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación", tomo I, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 205-208 y los autores que allí cito.

[13] En relación con el contenido atípico del testamento *vid. per omnia*, Lourdes Fernández del Moral Domínguez, *Autonomía privada y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Comares, Granada, 1996, *passím*, Juan B. Jordano Barea, *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999, pp. 7-13 y N. Álvarez Lata, "Cuestiones sobre el contenido...", *Op. cit.*, *passim*.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ahora bien, a pesar de que ninguno de los preceptos que la Ley contiene, establezca expresamente la edad para expresar tal "consentimiento", se exigirá los 18 años, o sea, la mayoría de edad (*vid*. artículo 318 del Código Civil), en tanto que si para la mujer lo exige el artículo 6.1, de estar ésta casada, tal requerimiento es aplicable, *a fortiori*, al marido, máxime si se trata de un acto con efectos *post mortem*, a cuyo tenor se está autorizando la procreación de un ser humano, en ausencia incluso de su progenitor masculino. La lógica no nos pueden inducir a otra consecuencia. Por ello, le asiste razón a Álvarez Lata cuando alerta que: "De esta forma, se restringe la capacidad del que puede hacer esa disposición frente a la capacidad testamentaria general de los Arts. 662 y 663 CC que, como es sabido, no vinculan la capacidad para testar con la capacidad de obrar plena sino con el juicio suficiente para querer y entender el negocio jurídico testamentario. La repercusión inmediata de lo señalado es que el incapacitado, capaz de testar cuando cumpla los requisitos del Art. 665 CC, no podrá realizar una disposición atípica de estas características".[14] *Ergo*, tratándose de la *testamentifactio* activa, será suficiente el haber arribado a los 14 años de edad, conforme con el artículo 663.1º del Código Civil, empero en sede de disponibilidad *post mortem* de las células germinales masculinas necesariamente tendrá que cumplimentar los 18 años de edad.

Tratándose de un testamento ológrafo o de testamentos especiales, será necesario que cumplimenten los requisitos exigidos a tal fin, y la ulterior adveración y protocolización ante notario, según las previsiones de los artículos 677, 678, 688 al 693, y 716 a 731 del Código Civil.

En relación con la posibilidad de revocación del testamento en que se contiene tal manifestación de voluntad, cabe argüir que ello no conculca la naturaleza esencialmente revocable que tiene la propia manifestación de voluntad dispositiva del esperma. Si revoca el testamento, y nada dice respecto a tal acto dispositivo, quedaría éste revocado, a menos que haya salvado expresamente su ineficacia, por su propia declaración de voluntad en tal sentido. Si actúa conforme con el artículo 739 del Código Civil, cobraría vigencia el primero de los testamentos otorgados y con ello, el acto dispositivo del esperma que en él se contiene.[15]

[14] *Vid*. N. Álvarez Lata, "Cuestiones sobre el contenido...", *Op. cit*., p. 14.
[15] Con idéntico parecer, Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, "Técnicas de reproducción asistida humana y derecho de sucesiones", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 13, enero-marzo, 1995, pp. 231-232.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III.I.IV. Por documento de instrucciones previas

El otro recurso formal al que acude el artículo 9.2 de la LTRA española es el documento de instrucciones previas, novedad introducida a partir de la incorporación de esta figura en el ordenamiento jurídico español,[16] en el entendido de que se trata del documento en que se reconoce la declaración de voluntad de una persona con capacidad suficiente como para aceptar o rechazar tratamientos médicos extraordinarios o desproporcionados en caso en que se encuentre en situaciones límite, o sea, en un estado en que no pueda exteriorizar válidamente su voluntad, esto es, en previsión de que no pueda expresar su voluntad en un momento ulterior, por padecer alguna enfermedad degenerativa o estar en estado vegetativo persistente o en coma, tras una enfermedad o accidente. Se trata de un consentimiento informado exteriorizado anticipadamente, de ahí su nombre, para la eventualidad de un estado de inconciencia, circunstancia para la cual se nombra además un sustituto, a los fines de que constituya el interlocutor entre el emisor de la voluntad y el médico tratante.

A pesar de que la doctrina científica española que ha estudiado el tema[17] no suele incluir la disponibilidad del esperma congelado, *post mortem* su titular, dentro del contenido del documento de voluntades anticipadas, tra-

[16] La doctrina científica coincide en que el punto inicial lo fue la entrada en vigor en España del Convenio de Oviedo de fecha 1 de enero del 2000, lo cual conllevó a la promulgación de un conjunto de leyes, tanto al nivel autonómico como estatal, reguladoras de las voluntades anticipadas, entre ellas cabe señalar la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en vigor desde el 16 de mayo del 2002 (de carácter estatal), así como también las leyes autonómicas como la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica de Cataluña, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, que aprueba las normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de Galicia, la Ley 10/2001, de 28 de junio, sobre normas reguladoras de la salud de Extremadura, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de normas reguladoras de salud, de Aragón, la Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud de La Rioja, Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, de derecho del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, de Navarra, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria, la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad del País Vasco, la Ley 1/2003, de 28 de enero, sobre derechos e información al paciente de la comunidad de Valencia, la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente, de Madrid, la Ley 6/2005, de 7 de julio, de declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud, de Castilla-La Mancha, y la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, de Islas Baleares.

[17] Vale mencionar, además de los autores que se citan en las notas que siguen a la presente a: Diego Alonso Herreros, "El documento de voluntades anticipadas. Análisis de la ley holandesa sobre eutanasia", en *Revista Jurídica de Catalunya*, año CII, No. 2, 2004, pp. 65-93; Jesús María Silva Sánchez, "Los 'documentos de instrucciones previas' de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida", en revista *La Ley*, tomo 4/2003, pp. 1663-1671.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tándose de una "declaración de voluntad relativa a la expresión anticipada de los deseos del otorgante respecto de ciertas intervenciones médicas",[18] cuyo "fin es suplir el consentimiento informado cuando las circunstancias no permitan al paciente expresar personalmente su voluntad",[19] constituyendo "el instrumento más adecuado para dar a conocer la voluntad en cuestiones relacionadas con la propia salud y las decisiones estimadas conformes con la dignidad y la escala personal de valores",[20] puede sin duda ir dirigido a diferentes finalidades,[21] entre las cuales se ha incluido en el artículo 9.2, primer párrafo, de la Ley 14/2006, la disponibilidad del semen congelado, para su ulterior utilización, aun *post mortem*. De todos modos, se trataría de un documento otorgado, bien ante notario o ante tres testigos, o incluso, excepcionalmente, según establece alguna norma autonómica, ante el encargado del Registro de Voluntades Anticipadas (*vid*. artículo 3.2 inciso b) de la Ley del País Vasco), por lo cual cumplirá requerimientos formales, más solemnes en unos que en otros, por persona que sea mayor de edad, eso sí, en tanto que para acceder a las técnicas se exige este presupuesto. Tampoco cabría ripostar que las voluntades anticipadas están concebidas con exclusividad para que surtan efectos en vida de su autor, si bien en circunstancias en que éste *per se* no pudiera exteriorizar válidamente esa voluntad, por cuanto nada quita que forme parte de su contenido otras previsiones *post mortem*, a saber: las relativas a la disponibilidad de órganos y tejidos humanos, entierro, incineración, la autopsia clínica u otra similar,[22] como la que se hace referencia en esta oportunidad.

III.II. Aplicación tempestiva de la inseminación artificial: el nuevo plazo establecido *ex lege*

Entre las modificaciones más significativas contenidas en la Ley sobre

[18] *Vid*. Felipe Pou Ampuero, "Testamento vital: declaración de voluntades anticipadas", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 42, abril-junio 2002, p. 305.
[19] *Vid*. José Luis Requeiro Ibáñez, "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español", en *La Ley*, tomo 4, 2002, p. 1901.
[20] *Vid*. Mónica Navarro Michel, "El documento de voluntades anticipadas (el mal llamado 'testamento vital')", en *La Notaría*, Revista del Colegio de Notarios de Cataluña, No. 2, febrero del 2003, p. 25.
[21] Con este parecer se pronuncia José María Segura Zurbano, "El testamento vital o de voluntades anticipadas: panorama actual", en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada* (segunda época), No. 257, enero del 2003, p. 198.
[22] Así lo expresa, M. Navarro Michel, "El documento de voluntades...", *Op. cit*., p. 31, criterio que comparto. Algunas leyes autonómicas como la de Valencia, se refieren a la disponibilidad de los órganos con finalidad terapéutica, docente o investigativa (Cfr. artículo 17), en tanto en la exposición de motivos de la ley del País Vasco se incluye cualquier otra previsión vinculada con el final de la vida, entre ellas la autopsia clínica.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

técnicas de reproducción humana asistida cabe reseñar el alargamiento del plazo concedido *ex lege* a la viuda para intentar de modo exitoso la procreación. El plazo anterior era de seis meses, acogido por algunos, en tanto ofrecía celeridad a los herederos, cuyo derecho sucesorio podría verse disminuido o extinguido por el resultado, con éxito, de la aplicación de las técnicas. La seguridad jurídica en sede sucesoria, impulsa, sin duda, la necesidad de poner cortapisas al ejercicio dilatado en el tiempo del derecho a inseminarse. Sin embargo, el plazo concedido era, a mi juicio, demasiado breve, para un proceso no sólo complejo en el orden médico, sino porque el éxito no depende en exclusiva de la pericia médica, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la viuda, de su predisposición al éxito. Suele acontecer que el fallecimiento de las personas que prevén y autorizan una inseminación *post mortem*, está asociado a un largo proceso de enfermedades oncológicas, donde no sólo se desgasta físicamente el enfermo, sino los familiares más propincuos, entre ellos la esposa, y estas circunstancias en nada suelen favorecer el triunfo en la aplicación de la técnica, máxime cuando ello se hace en fecha cercana al duelo, o incluso en etapa aún de duelo, con temor a que el plazo decurse, y entonces nada pueda hacerse. El plazo hoy de un año, sin lesionar los derechos de terceros, me parece atinado y justo. No pone en apuros a la viuda, ni va en desmedro de los derechos de aquellos pretensos herederos concurrentes,[23] o no,[24] con el superpóstumo. No obstante, hay quienes abogan por un plazo más prolongado, a mi juicio, demasiado peligroso.[25] Eso si lo que queda claro es que decursado ese plazo, de aplicarse las técnicas, no cabrían efectos filiatorios, ni sucesorios, respecto del concebido, aunque el resultado de las pruebas genéticas denuncie la verdadera relación filiatoria entre el nacido y su finado padre. Extremo que algunos autores consideran discriminatorio en el orden constitucional, por afectar derechos filiatorios y sucesorios del hijo procreado extemporáneamente.[26]

---

[23] Como el resto de los hijos, a la postre, hermanos del superpóstumo.

[24] Como pudieran ser los padres o demás ascendientes, hermanos del causante, sobrinos o el resto de los colaterales, según los artículos del Código Civil.

[25] Sobre tal particular *vid.* M. Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos...*, *Op. cit.,* pp. 94-95 y en concreto los criterios manejados por la autora, de la doctrina española y foránea en nota 191.

[26] *Vid.* M. Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos...*, *Op. cit.,* pp. 90-93. Con extrema vehemencia J. E. Bustos Pueche, *El derecho civil ante el reto...*, *Op. cit.*, pp. 176-177, quien considera inconstitucional el artículo 9.1 de la Ley (trasunto del cual es el actual 9.1), dado que pretende impedir a un hijo la determinación de su filiación matrimonial, cuando se sabe a ciencia cierta quién fue su padre, por la razón ridícula —según apunta el autor— de inobservancia de requisitos de tiempo y forma. De esta manera lo tilda de inconstitucional, dado que el hijo procreado en estas circunstancias, se le niega el derecho de llevar los apellidos del padre que todos reputan como progenitor y, en consecuencia, de

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Respecto del *die a quo* para el cómputo del plazo de doce meses, será aquel a partir del día siguiente al fallecimiento del marido o desde la fecha en que se entiende sucedida la muerte, según lo contenido en la sentencia sobre declaración de fallecimiento, conforme con lo previsto en el artículo 195, segundo párrafo, del Código Civil.[27]

III.III. El *ius poenitendi* del marido, su ejercicio *ad nutum*

El derecho de disponer del semen congelado a los fines procreacionales, puede ejercerse, eso sí, *ad nutum*. Nada compele al cónyuge a mantener en pie la declaración de voluntad contenida en un documento público o privado. En cualquier momento puede ejercer el *ius poenitendi* y destruir voluntariamente la eficacia del acto. Tal carácter forma parte de la naturaleza jurídica del acto dispositivo, aun haya sido recepcionada la voluntad del marido por la esposa. Tratándose de una disposición con efectos *post mortem*, mientras no sobrevenga la muerte, puede ser enteramente revocable, tanto la autorización para que el semen sea utilizado en vida, como tan sólo para que no sea empleado por la esposa, en su condición de viuda, tras su deceso; o sea, cabe que el contenido del acto revocatorio se limite, con exclusividad, a que el semen congelado sea utilizado tan sólo mientras viva su titular, habilitando a la esposa para la inseminación *in vivo*, no así *post mortem*, a pesar de que en un momento se dispuso lo contrario. El autor de la declaración de voluntad puede ir sobre sus pasos y retractarse mientras tenga vida. Siendo un derecho personalísimo, no cabría su ejercicio por su tutor o curador, si *ante mortem* deviene en un sujeto sometido a tutela o curatela.

El artículo 9.2, primer párrafo *in fine*, prevé tal posibilidad de revocación del "consentimiento"; no obstante, no regula la forma de exteriorizar dicha voluntad, lo cual hace suponer la posibilidad de revocación a través de una manera distinta a aquella en que se expresó la voluntad de disponer el esperma; incluso hay quienes sostienen la tesis de que la revocación cabría por hechos concluyentes.[28]

---

participar en su herencia.

[27] Pues no cabe duda que la declaración judicial de fallecimiento, tendría los mismos efectos para una posible aplicación *post mortem* de la inseminación artificial.

[28] Así, N. Álvarez Lata, "Cuestiones sobre el contenido...", *Op. cit.*, p. 15.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. La existencia de preembriones de la pareja y la presunción de consentimiento del marido premuerto para su transferencia *post mortem* al útero de la madre (contenido y naturaleza de tal presunción)

Si hay un tema que merece ser estudiado con detenimiento en la Ley 14/2006 es precisamente el que repasaré en este apartado.

El artículo 9 de la abrogada Ley 35/1988 no era nada diáfano con la situación dada a causa del fallecimiento del varón que había manifestado su voluntad para la práctica de una FIVTE, y ya se habían obtenido preembriones. Incluso en la doctrina se manejaba dicha situación como un supuesto de fecundación *post mortem*,[29] o procreación *post mortem*, cuando en realidad la utilización equívoca de los términos conducía a un grave error conceptual. En estas circunstancias la procreación se había realizado *in vitro*, no *in utero*, y por supuesto *ante mortem*, no *post mortem*. Por ello el tratamiento a darse debía ser diferente al que consagraba el artículo 9 de la nombrada Ley.

La doctrina científica intentó encontrar una solución a base de una aplicación analógica, para un supuesto no reconocido expresamente *ex lege*, empero en buena técnica jurídica se carecía de la *eadem ratio* que exige el artículo 4.2 del Código Civil para autointegrar el derecho a partir del procedimiento analógico, en su modalidad de analogía *ex lege*. Otros, más escépticos, como Bustos Pueche, negaban la posibilidad de una transferencia *post mortem* al útero de la madre del embrión (dígase ahora preembrión)[30] crioconservado. En tal sentido, a la luz de aquel precepto

[29] Así lo trata Pedro J. Femenía López, *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Mc Craw Hill-Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999, p. 278, llegando incluso a definirla, con lo cual incurre en grave en error conceptual al hablar de fecundación, cuando el embrión preimplantatorio ya está congelado, luego, ya no puede hablarse de fecundación, ni mucho menos cabe decir —como expresa el propio autor— que en tal supuesto el propósito es "engendrar un hijo de ambos", refiriéndose al premuerto y la viuda, tal y como acontece en la inseminación *post mortem*.

[30] Tomo la distinción que reconoce ahora la vigente norma legal entre preembrión y embrión, a pesar de que el autor comentado no la tuvo en cuenta. Según el artículo 1.2. de la Ley 14/2006: "se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde". Particular que ha llevado a los primeros estudiosos de la norma a expresar, no sin razón que: "La simple lectura del texto pone de manifiesto que el preembrión no es algo distinto sustancialmente de un embrión. Lo que permite aplicarle tal categoría legal es el lugar donde se encuentra *in vitro*, al haber sido engendrado por medios artificiales. Pero si lo es por medios naturales *in vivo*, entonces, literalmente, no es preembrión. No tiene mucha base biológica asumir que el resultado de la fecundación es diferente según donde suceda: de hecho, las técnicas de reproducción asistida necesariamente se basan en que es el mismo resultado". *Vid*. Iñigo Fernández Gallardo, "Algunos aspectos sobre la nueva ley de reproducción asistida", en *El Derecho*, EDO, 2006/273469.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

invocaba que en el ordenamiento jurídico español sí estaba justificado el término fecundación *post mortem* y no embarazo *post mortem*, este último propio de la transferencia de los preembriones a la madre, después de fallecido el marido. Para ello se apoyaba en una interpretación *ad pedem lítterae* del artículo 9 que hablaba inequívocamente de "material reproductor masculino" y de "fecundar a su mujer con aquél". De esa manera el citado profesor se inscribía entre los que apoyaban la tesitura de la imprevisibilidad legal de que un preembrión sobrante congelado, pudiera después de la muerte del progenitor ser reclamado por la viuda para su desarrollo natural y de igual manera tampoco le era dable al marido prestar su "consentimiento" en escritura pública o testamento (vías reconocidas en el entonces precepto vigente) para que su viuda pudiera disponer del embrión (o preembrión) crioconservado. Sin embargo, el propio autor reflexionaba sobre la paradoja que se creaba en el sentido de que lo que podría hacer una mujer sola, ajena a la formación del embrión, al no haber contribuido con su óvulo, esto es, pedir que se le implantara *in utero,* no lo pudiera hacer precisamente la mujer que había aportado el óvulo, siendo ella la madre biológica del embrión. En todo caso, rechaza la aplicación analógica, pues no encuentra la identidad de razón que predica el artículo 4.2 del Código Civil, ya que la aplicación de tal artículo hubiera supuesto alentar la creación de embriones sobrantes, dando al traste con el espíritu de la norma, que en todo caso lo toleraba como mal menor, pero no como principio informante.[31]

Por el contrario, para Femenía López, a pesar de los errores conceptuales en los que incurre,[32] la omisión del legislador de 1988 sobre el supuesto de transferencia de embriones *post mortem* no obedeció a una exclusión voluntaria, sino a un descuido y ello lo sustenta en el plano de igualdad en el tratamiento que el artículo 1.1 daba a todas las técnicas de reproducción humana asistida, sin privilegiar una en detrimento de las otras y en que su utilización debía propugnarse en el tipo de patología padecida, y no por un

[31] *Vid*. J. E. Bustos Pueche, *El derecho civil ante el reto...*, *Op. cit*., pp. 174-176. A juicio del autor, lo cual en cierta medida es contradictorio con su posición doctrinal tan reticente, sólo admitía la posibilidad de una transferencia *post mortem* de los embriones el supuesto de un matrimonio que habiéndose sometido a un procedimiento de fecundación *in vitro*, estando ya a punto la transferencia de embriones, pidiera una suspensión temporal de su aplicación por indisposición pasajera, viaje inaplazable o fuerza mayor de la mujer y durante ese lapso muriera el hombre, supuesto en el cual defendía el derecho de la mujer a recibir el embrión y que el hijo nacido fuera matrimonial, no ex artículo 9 de la LTRA, sino *ex* artículo 15 de la Constitución.
[32] *Vid*. supra, nota 28.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

régimen jurídico distinto.[33] En todo caso, las posiciones no fueron nunca pacíficas. Olvido, o no, del legislador, trátese de omisión, de descuido o de gazapo normativo, requería un tratamiento pormenorizado, si bien soy del criterio que la transferencia *post mortem* de los embriones nunca estuvo prohibida, un razonamiento *a fortiori* nos hubiera dado la razón. Si se permitía una fecundación *post mortem*, o sea, si se reconocía en el artículo 9 la figura del *concepturus*, con las consiguientes implicaciones en terrenos filiatorios y sucesorios, cómo entonces no iba a ser posible la tutela o protección del *nasciturus*, pues sea un preembrión o un embrión, es un ser un humano *in fieri* que merece toda la protección jurídica, a partir de la tuición reconocida en el artículo 29 del Código Civil.[34]

A pesar de los criterios adversos que hoy se puedan seguir defendiendo,[35] creo acertada la posición del legislador del 2006.[36] El preembrión o el

---

[33] *Vid.* P. J. Femenía López, *Status jurídico civil...*, *Op. cit.,* pp. 279-281, y concretamente en nota 97.

[34] Esta posición fue abrazada por R. Gómez-Ferrer Sapiña, "Técnicas de reproducción asistida...", *Op. cit.*, p. 212, quien incluso consideró innecesaria una regulación pormenorizada en la Ley 35/1988; a su juicio si se regulaba la fecundación *post mortem*, la lógica indicaba que "una vez producido los embriones, e implantados los necesarios para asegurar razonablemente el embarazo (Art. 4), aunque fallezca el marido, la mujer puede pedir la transferencia embrionaria, porque su marido ya consintió, y ya en vida de él había sido concebido el que tras la gestación será hijo suyo, considerándose el preembrión como *nasciturus* para todos los efectos que le sean favorables y entre otros el tan importante de su derecho a la vida y que sus padres —especialmente si son los genéticos— sean igualmente los legales".

[35] Para Fernando Abellán, "Crítica a la futura ley de reproducción", en *Diario Médico*, de 28 de abril de 2006, en fecha en que aún no se había sancionado la Ley 14/2006, la novedad que considera lo bastante discutible "es la de presumir el consentimiento del varón a la fecundación *post mortem* cuando la viuda 'hubiera estado sometida a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido'. Se está pensando, lógicamente, en un accidente mortal del varón cuando ya la pareja tiene los embriones *in vitro* pendientes de transferencia o, incluso, criopreservados desde hace tiempo... [...] Por esta vía se va a equiparar el consentimiento ordinario del varón prestado para la realización de la técnica de reproducción con su esposa o compañera, y pensado para tener un hijo en vida, con un supuesto consentimiento para tener un hijo póstumo, sobre lo que sin embargo puede no haberse ni tan siquiera pronunciado jamás el difunto. [...] El que un varón quiera tener un hijo en vida no puede decirse que sea necesariamente equivalente a que lo desee también si piensa que va a morir. Es más, probablemente muchos varones preferirían a buen seguro no tener un hijo del que no van a poder ocuparse, que va a nacer sin padre. No obstante, tal y como se prevé en la norma, aun en el citado supuesto de opinión contraria, la decisión se hace recaer en la viuda, lo que puede resultar especialmente controvertido si el fallecido tuviera otros hijos de una previa relación matrimonial a los que afectará la decisión por motivos hereditarios." Empero, parece obviar el autor que el legislador pretende ofrecer al *nasciturus* extracorpóreo un tratamiento lo más homogéneo posible en comparación con el *nasciturus in utero*. En todo caso cuando se procrea un hijo no se piensa en la muerte, pero el varón sabe que ésta está latente y puede sobrevenir. No por ello la humanidad ha dejado de pensar en la perpetuación de la especie.

[36] Es dable apuntar que con matices diferentes, aun con un tono más conservador, el legislador portugués en su primera ley sobre reproducción médicamente asistida de 26 de julio del 2006, a pesar de proscribir la inseminación *post mortem*, sí que permitió la transferencia de aquellos embriones anteriormente creados en el ámbito de un "proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre", según la terminología legal (artículo 22.3). O sea, autoriza la transferencia al útero materno de embriones resultantes de una fertilización *in vitro* efectuada en vida de su esposo o

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

embrión no son un *concepturus*, sino un *nasciturus*, y como tal debe ser tratado, tenga existencia *in utero* o extracórporea. Sería discriminatorio que el primero fuera protegido en el orden patrimonial y concretamente sucesorio, y el segundo no, por el hecho de no estar en el útero materno. En todo caso, no se trataría ni tan siquiera de un superpóstumo, sino de un póstumo. Por ese motivo creo entender el *animus legislatoris* implícito en el postulado del artículo 9.2, segundo párrafo, de la LTRA al enunciar: "Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido." ¿En qué se basa el legislador para presumir el "consentimiento"? Sencillamente en que quien se somete a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, lo hace de la misma manera que quien practica el acto sexual con la intención de procrear vía natural. Se asume el riesgo de tener un hijo o varios, si el embarazo es múltiple, sin que quepa ética y jurídicamente seleccionar el número de hijos que en cada embarazo se busca. Si se pretendía tener un único hijo y el embarazo es gemelar, se aceptan ambos. Lo contrario sería asumir una posición utilitarista o, en todo caso, dar prevalencia a la economía personal o doméstica, y especular sobre los gastos que un advenimiento múltiple de hijos pudiera conllevar. Si se acude a las técnicas de reproducción humana asistida y, concretamente, a la FIVTE, también cabe el riesgo de un embarazo múltiple, pero a la vez, aun así, cabe la posibilidad, precisamente por el carácter asistido de la procreación y de la implantación de los preembriones en el útero, que queden preembriones "sobrantes", los cuales pueden ser dados a parejas que lo necesiten o crioconservados. Si el progenitor asumió el riesgo que la técnica médica supone y ya ha procreado varios preembriones, no hay razón entonces para, con trato discriminatorio y egoísta, el legislador derive como consecuencia que su esposa, en caso de fallecimiento de aquél, no pueda llevar a buen fin el desarrollo ulterior de ese *nasciturus*, ser humano *in fieri*, que merece nacer. Recuérdese que, a diferencia del supuesto, contenido en el primer párrafo del artículo 9.2 de la LTRA, ya se trata de un ser concebido, no de un hijo de ultratumba, en consecuencia, de un hijo póstumo, que a diferencia del póstumo clásico, reconocido desde el derecho romano, na-

compañero. Al respecto, *vid*. Vera Lucía Raposo, "La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida", en *Revista Bioética y Derecho*, No. 10, abril de 2007, en http://www.ub.es/fildt/revista/pdf/RByD10_ArtVera.pdf, consultado el 28 de mayo del 2007, p. 11.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cerá eso sí, no en un periodo inferior a los nueve meses, contados desde la muerte del padre, sino en uno superior, pero en todo caso, no mucho más prolongado, pues el plazo del que dispone la viuda para hacerse transferir *post mortem* los preembriones será el mismo que para la inseminación.

Lo más interesante es determinar si esta presunción goza de naturaleza *iuris tantum* o de *iuris et de iure*. Nada establece el legislador, pero *a priori*, pareciera que se inclina por la segunda, pues al menos del contexto del precepto, no cabe aducir prueba en contrario. En tal situación me pregunto: ¿Quid del varón que en el documento donde expresa su voluntad de someterse a las técnicas de reproducción humana asistida manifiesta su oposición de que la FIVTE se aplique tras su muerte? ¿Tendría en tal caso la esposa derecho a que se le transfiriera el preembrión ya *in vitro*, o ya crioconservado? ¿Si se tiene derecho a revocar la decisión de someterse a las técnicas, por qué no negarse a que se aplique *post mortem* la transferencia de preembriones?

Realmente el tema tiene ribetes bien difíciles, aunque no tanto la presunción en sí de la autorización. De modo que en *in dubio pro vita*, esto es, en caso de duda, que se implante el preembrión y con ello, ya en el medio idóneo para desarrollar su vitalidad, pueda entonces nacer. Cabría objetar que la procreación es obra de dos y si ambos progenitores no están contestes, no sería posible entonces la transferencia *post mortem* de los preembriones. También pudiera aducirse que, si el varón puede revocar en cualquier tiempo antes de la aplicación de las técnicas, su decisión de someterse a ellas y, de igual manera, su disposición sobre el esperma congelado para que sea transferido incluso después de su muerte, puede objetar que el preembrión le sea transferido a su esposa, en iguales condiciones. Pero ahí radica la diferencia esencial. Creo avizorar en el legislador una marcada intención por proteger al *nasciturus*: el preembrión no puede tener el mismo tratamiento que el "material genético reproductor masculino", o sea, que el semen; éste pertenece a la persona de la cual fue extraído, quien tiene plena titularidad para disponer de él, como parte de los derechos inherentes de la personalidad de los cuales es titular, entre ellos el derecho sobre el cuerpo, órganos, tejidos y sustancias, pero una vez procreado un ser humano, a causa de la fusión de los gametos masculinos y femeninos, y con ello la constitución de un preembrión, no se tienen idénticos derechos, se trata de un ser humano *in fieri*, distinto a sus progenitores que merece un trato diferente, respecto a la dignidad que él encierra y por ello el más genuino derecho a nacer, aun con la ausencia

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de su padre, no así de su familia paterna. Estaríamos por tanto ante una situación muy similar a la de la viuda que queda embarazada a la muerte de su esposo y ante el temor de condenar a su hijo a una orfandad, acude al aborto. Quizás para algunos este hecho sí sería condenable, *a contrario sensu* de aquel a cuyo tenor se le impide al preembrión el desarrollarse en un espacio vital que le permita nacer, por considerarse que la viuda que actúa de esa manera sí que condena al hijo a una orfandad premeditada al solicitar la transferencia preembrionaria *post mortem*. En todo caso, sería condenar a quien comete una acción por la cual se le priva de nacer a un ser humano, y asentir la actuación de quien prefiere negarse a que el preembrión llegue a buen fin, y vivir en el seno familiar en el que siempre debió vivir.[37]

V. Posibilidad de que el varón de una pareja de hecho pueda exteriorizar su voluntad a través de los medios formales previstos *ex lege*. Valor de título de legitimación del documento en que se contiene su "consentimiento" a los efectos de iniciar el expediente establecido en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil

La posibilidad de practicar una inseminación artificial después de la muerte del varón no es exclusiva para el esposo de la *supérstite*, sino se hace extensiva también a su compañero de hecho, sin que la norma, al igual que la contenida en la ley abrogada, exija otros requerimientos, de tal modo que, aunque no haya estado en la *mens legislatoris*, cualquier "pareja" improvisada pudiera acceder como tal a las técnicas, evadiendo así la mujer el anonimato de la donación prescrito en el artículo 5.5, en tanto su "pareja" no sería sino una persona que haría la función de donante "elegido", justo a la medida de sus deseos, para procrear un bebé a su gusto, con los rasgos fenotípicos pretendidos; claro que no tendría las "posibilidades" de la mujer sola de crear a su antojo una familia monoparental, lo cual dificultaría que alguien se prestare para ello, pues con su autorización asumiría la paternidad. Empero, en la viña del Señor todo es posible.

Cabe reseñar que, tratándose de una filiación extramatrimonial, la Ley

[37] Una tesis que se defiende en este sentido es la de entregar los preembriones en lo que eufemísticamente se le ha llamado "adopción prenatal". En tales circunstancias, habría que evaluar con psicólogos qué es preferible: si vivir en el seno familiar, aun sin la figura del padre, pero sí con la familia paterna consanguínea, o con una familia adoptiva. Parto del supuesto que en ambas familias estén dadas las óptimas condiciones para desarrollar una armónica relación filial y parental.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

confiere a la voluntad declarada a través de los medios formales previstos *ex lege* el valor de título de legitimación a los efectos de iniciar el expediente gubernativo establecido ex artículo 49 de la Ley del Registro Civil. Tal precepto permite la inscripción de la filiación extramatrimonial a través de un expediente gubernativo aprobado por el juez de primera instancia, siempre que exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación. Así, la norma le confiere a la autorización para que la compañera *more uxorio* se insemine aun después de la muerte de su pareja, el valor de un reconocimiento anticipado de filiación, aunque expresamente no lo disponga.[38] Se dice y con razón, que el reconocimiento del *nondum conceptus* no debe conllevar reparo alguno, en tanto *a posteriori* "se pone en marcha, dentro del plazo legal previsto, el *iter* fecundante y llega a formarse el *nasciturus*. Sería un reconocimiento válido, pero supeditado a la verificación de la concepción del hijo procedente del compañero fallecido".[39] De no ser así, no cabría proceder directamente a la inscripción de la filiación, cuando la inseminación haya tenido éxito, después de la muerte del progenitor masculino. En todo caso, cabría el ejercicio de la acción judicial de reclamación de paternidad, claro por quien tenga interés en ello, dado que al momento de ser concebido y nacer el superpóstumo, su progenitor ya ha fallecido, en tanto ése es el supuesto normativo reconocido en el artículo 9.3 de LTRA.[40]

V.I. ¿La presunción de "consentimiento" para la transferencia de preembriones *post mortem* también es aplicable en parejas de hecho?

A pesar de que el legislador no se pronuncia expresamente para dar respuesta a este interrogante, la afirmativa se impone. Es cierto que el sentido literal del artículo 9.3 de la LTRA no nos indica sino que: "El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior...", lo cual no hace entender otro particular, que el varón, no cónyuge, tiene idéntico derecho de disponer del semen congelado con efectos *post mortem*, a favor de su compañera de hecho, a través de las vías que el artículo 9.2, primer párrafo, dispensa. No hay pronuncia-

[38] Con tal parecer, M. Alonso Pérez, *Comentarios...*, *Op. cit.*, XIII, 2º, pp. 23-25 y la doctrina española que allí cita.
[39] Según expresa el propio profesor M. Alonso Pérez, *Comentarios...*, *Op. cit.*, XIII, 2º, p. 24.
[40] Para M. Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos...*, *Op. cit.*, p. 88, dicho documento constituiría un principio de prueba en el ejercicio de tal acción, en la que se solicite la investigación de la paternidad.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

miento sobre el particular de si la presunción de "consentimiento" para la transferencia de preembriones *post mortem* también le resulta aplicable, pero a estas alturas, entender lo contrario, supondría un absurdo. Si le cabe procrear *post mortem*, cómo no presumirse también su autorización a transferir al útero de su compañera de hecho el preembrión ya constituido, aun después de su muerte. Si se ha aceptado que su compañera de hecho se someta a las técnicas, se ha colaborado con la extracción del semen y, en consecuencia, con la formación de preembriones, lo más lógico será asumir las consecuencias derivadas de la presunción *ex lege* reconocida en el artículo 9.2, segundo párrafo, de la Ley. Interpretar lo contrario, supondría ofrecer un trato discriminatorio, infundado, en desmedro del *nasciturus* extracorpóreo fruto de una unión de hecho, en comparación con el procreado en matrimonio, insustentable ante la fuerza expansiva del artículo 15 de la Constitución. ■

Referencias

Abellán, Fernando, "Crítica a la futura ley de reproducción", en *Diario Médico*, de 28 de abril de 2006; Alonso Pérez, Mariano, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XIII, volumen 2º, 2ª edición, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1998; Alonso Herreros, Diego, "El documento de voluntades anticipadas. Análisis de la ley holandesa sobre eutanasia", en *Revista Jurídica de Catalunya*, año CIII, No. 2, 2004; Álvarez Lata, Natalia, "Cuestiones sobre el contenido atípico del testamento", en http://www.redadultosmayores.com.ar/buscador/files/BIOET005.pdf, consultado el 28 de mayo de 2007; Andorno, Roberto, "Regulación legal de las técnicas de reproducción asistida. Síntesis de la legislación europea y comentario de dos proyectos de ley presentados al senado argentino", en *Revista Persona,* No. 57, en http://www.revistapersona.com.ar/Persona57/57Andorno.htm, consultado el 11 de junio del 2007; Bustos Pueche, José Enrique, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996; Cárcaba Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995; Domínguez, Juan, "Quiero tener un huérfano", *Revista Época*, 2003-2-13, en http://www.mujernueva.org/articulos/articulo.phtml?id=2683&td=0&tse=ANA, consultado el 28 de mayo del 2007; Femenía López, Pedro J., *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Mc Craw Hill-Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999; Fernández Gallardo, Iñigo, "Algunos aspectos sobre la nueva ley de reproducción asistida", en *El Derecho*, EDO, 2006/273469; Fernández del Moral Domínguez, Lourdes, *Autonomía privada*

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas, Comares, Granada, 1996; Gómez-Ferrer Sapiña, Rafael, "Técnicas de reproducción asistida humana y derecho de sucesiones", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 13, enero-marzo, 1995; Jordano Barea, Juan B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999; Navarro Michel, Mónica, "El documento de voluntades anticipadas (el mal llamado 'testamento vital')", en *La Notaría*, Revista del Colegio de Notarios de Cataluña, No. 2, febrero de 2003; Pérez Gallardo, Leonardo B., "El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación", en *Derecho de Sucesiones*, bajo su coordinación, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004; Pou Ampuero, Felipe, "Testamento vital: declaración de voluntades anticipadas", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 42, abril-junio 2002; Raposo, Vera Lucía, "La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida", en *Revista Bioética y Derecho*, No. 10, abril del 2007, en http://www.ub.es/fildt/revista/pdf/RByD10_Art-Vera.pdf, consultado el 28 de mayo del 2007; Requeiro Ibáñez, José Luis, "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español", en *La Ley*, tomo 4, 2002; Roca Trías, Encarna, "Embriones, padres y donantes. La constitucionalidad de ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según STC, 116/1999", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Año XCIX, No. 2, Barcelona, 2000; Segura Zurbano, José María, "El testamento vital o de voluntades anticipadas: panorama actual", en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada* (segunda época), No. 257, enero del 2003; Silva Sánchez, Jesús María, "Los 'documentos de instrucciones previas' de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida", en revista *La Ley*, tomo 4/2003; Stanzione, Pasquale, "Procreacióne assistita e categorie civilistiche", en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II / *Diritto privato*, I / *Persone, famiglia, successioni e propietà*, Giuffrè editore, Milano, 1998; Vega M., J. y Martínez Baza, P. "Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho comparado", en http://www.bioeticaweb.com/content/view/275/42/, consultado el 31 de mayo del 2007.

Legislación

Código Civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; *Ley Nº 14/2006, de 14 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, EDL, 2006/58980, BOE, 126/2006, de 27 mayo de 2006; Ref. Boletín: 06/09292.

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO" EN UN CASO DE ADOPCIÓN

María Victoria Pelligrini*

SUMARIO

I. Introducción
II. Breve marco conceptual: derecho constitucional de familia
III. Los hechos
IV. La sentencia: sus argumentos
V. Cuestiones implicadas: interés superior del niño; alcances del derecho a la identidad; el tiempo en las decisiones judiciales
VI. ¿Es posible la integración?
VII. Palabras finales

RESUMEN

Este artículo expone cómo el modelo cerrado y privatista de familia en donde ésta es importante *per se* ha ido cediendo por un enfoque en donde ganan en trascendencia las relaciones de las personas unidas por los vínculos familiares. En esta visión se ha consagrado el "interés superior del niño" como principio rector en la toma de decisiones tanto judiciales como administrativas o legislativas que involucren a los niños. El interés superior del niño es consecuencia del reconocimiento de éste como persona, como sujeto de derecho y como portador de derechos fundamentales. En esta perspectiva, el dato biológico es importante, pero no

ABSTRACT

This article exposes as the closed and private pattern of the family where this is important for if same, it has given to a focus where wins in transcendency the relationships of people united by the family bonds. In this vision the has been consecrated "the boy's superior interest" like principle rector in the taking of decisions so much judicial as administrative or legislative that involve the children. The boy's superior interest is consequence of the boy's recognition like person, as subject of right, and I eat payee of fundamental rights. In this perspective, the biological fact is important, but you can consider an absolute value

* Abogada especialista en derecho de familia. Profesora adjunta de derecho de familia y sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se puede reducir la identidad filiatoria a esta cuestión únicamente, por tanto "la verdad biológica no es el derecho a la identidad ni es considerada un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño", plantea la autora. Sobre estas ideas se analiza un caso concreto tratado por la jurisdicción argentina.

when he/she is related with the boy's superior interest. About these ideas a concrete case is analyzed tried by the Argentinean jurisdiction.

Después reflexioné que todas las cosas
le suceden a uno precisamente, precisamente ahora.
Siglos de siglos y sólo en el presente ocurren los hechos;
innumerables hombres en el aire, en la tierra y el mar,
y todo lo que realmente pasa me pasa a mí...
J. L. Borges, *"El jardín de los senderos que se bifurcan"*

I. Introducción

La adopción constituye un clásico instituto del derecho privado destinado a la protección de los niños que carecen de la posibilidad de ser criados por sus familias de origen, generándose vínculos jurídico familiares, adjudicándose diversos derechos y deberes a quienes así resultan emplazados.

A lo largo de los años ha evolucionado notablemente, y su regulación se encuadra en el ámbito del derecho de familia, rama del derecho privado destinada a pautar relaciones jurídicas entre particulares.

Sin embargo, en las últimas décadas la consolidación del reconocimiento internacional a los derechos humanos ha provocado una importante modificación conceptual en el análisis de los diversos conflictos que se suscitan en torno a las relaciones familiares, en este caso adoptivas, tanto desde la legislación como en la resolución judicial de casos concretos.

En Argentina, antes de la reforma constitucional de 1994, la suscripción de varios tratados internacionales había impactado fuertemente en el orden jurídico interno. La interpretación judicial ya daba cuenta de este impacto y había incorporado los principios del derecho internacional en el derecho interno, como derecho aplicable en nuestro país.

Pero a partir de la reforma de la Constitución de 1994, al otorgarle "jerarquía constitucional" a un conjunto de tratados y declaraciones de

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derechos humanos (Art. 75 Inc. 22) el derecho de familia comienza una modificación sustancial que se encuentra aún en evolución.

Pretendo a través de este trabajo brindar un ejemplo concreto, mediante el análisis y comentario de una sentencia judicial, de la incidencia de uno de los principios rectores que mayor influencia ha ejercido en el derecho de familia actual: el interés superior del niño.

Utilizaré como marco conceptual de análisis el derecho constitucional de familia, basado fundamentalmente en el reconocimiento de los derechos humanos de quienes se encuentran unidos por vínculos reconocidos jurídicamente como familiares, superando los límites más estrechos de la legislación civil.

Luego de una somera descripción de los hechos sometidos a juzgamiento, mencionaré los argumentos esgrimidos para fundar la decisión tomada, para luego analizar las cuestiones en ellos implicadas, así como también la proyección de las posibles alternativas sugeridas en la sentencia respecto a la posibilidad de diseñar una adopción decididamente más cercana a la verdad biológica, en la que sea posible sumar afectos en beneficio de la niña en cuestión manteniendo el contacto con su familia biológica, brindando contenido específico al principio jurídico: "interés superior del niño".

II. Breve marco conceptual: la constitucionalización del derecho de familia

El derecho que regula las relaciones familiares presenta características particulares, en tanto se dirige a individuos a quienes adjudica determinados deberes-derechos en relación al lugar que ocupan dentro de una familia, típica regulación del derecho privado.

A la vez, es evidentemente marcado el interés del Estado en el entramado social que se genere mediante la familia —dada su función primigenia de socialización de los individuos—, imponiéndose así el orden público como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad individual en las relaciones familiares. De allí que las valoraciones sociales se encuentren altamente comprometidas en la regulación familiar, siendo necesario para su preservación limitar la aplicación de la regla de la autonomía de la voluntad.[1]

[1] Alberto Dalla Via, *Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal,* JA, 1998-III-1093.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tradicionalmente, se ha considerado a la familia como un espacio privado, inmune a la intervención estatal, en el cual se desarrollan determinadas relaciones que gozan de absoluta intimidad. Así, algunos grupos sociales más vulnerables (como los niños y mujeres) se han encontrado privados de cualquier protección individual, en nombre de la "estabilidad familiar", "paz familiar" o "interés familiar". Una suerte de instrumentalización del individuo, en la cual la familia adquiere la mayor y total relevancia, aun a costa de los derechos de sus integrantes. Ejemplos concretos de ello son tanto el concepto tradicional de patria potestad y la consiguiente "cosificación" de los niños, la "invisibilidad" de la violencia familiar o las restricciones al reconocimiento de resarcimiento económico por daños sufridos en las relaciones intrafamiliares.

Este modelo de tipo "cerrado" fue cediendo paulatinamente, admitiéndose primero una intervención estatal tanto ante la abdicación de los particulares en el cumplimiento de sus deberes, como en el ejercicio abusivo de sus derechos, en detrimento de los derechos de otros integrantes de la familia.

Entonces, el objeto de regulación del derecho de familia deja de ser la "familia" —como institución con reconocimiento legal superior o como entidad autónoma— y se concentra en las relaciones familiares de las personas unidas por vínculos familiares.

De este modo, la justificación moral del derecho de familia se centra en el aseguramiento de los derechos de los individuos que la forman (inclusive de los niños), pues "las funciones que cumple una familia son demasiado importantes para considerarlas sólo una cuestión privada".[2]

Y en esto, ciertamente, han incidido de manera decisiva la incorporación de un sistema jurídico denominado "derecho de los derechos humanos" a la Constitución Nacional, generando así el llamado derecho constitucional de familia.[3]

Una de las consecuencias más notorias de esta modificación conceptual es la consagración del "interés superior del niño" como principio rector en la toma de decisiones tanto judiciales como administrativas o legislativas que involucren a los niños.

Me interesa aquí analizar cómo funciona en concreto y de qué modo

[2] Encarna Roca, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 73.
[3] Sin perjuicio del reconocimiento constitucional expreso de 1994, estos mismos argumentos pueden utilizarse en países que han suscrito aquellos tratados internacionales que reconocen derechos humanos y obligan a los estados partes brindar garantía y efectividad.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

le es dado contenido a este principio jurídico indeterminado en un caso real de adopción.

III. Los hechos

C. S. nació el 13 de enero de1997. Al día siguiente de su nacimiento, su madre la entregó en guarda al matrimonio S. y H., quienes al poco tiempo iniciaron el trámite de adopción en el Tribunal de Familia. En julio de ese año, la madre de C. S. se presentó al tribunal y solicitó el reintegro de su hija.

Sustanciada la prueba, el 13 de octubre de 1997 el Tribunal de Familia, por mayoría, ordenó la restitución, atento el derecho de la niña de vivir con su grupo familiar y la inexistencia de alguna situación de gravedad que impidiera el reintegro, más allá del trauma para la niña dada su relación con la familia guardadora. Contra dicha resolución, el matrimonio S.-H. interpuso recurso de inaplicabilidad de ley, el cual fue desestimado —por mayoría— por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 12 de septiembre de 2001.[4]

Contra tal decisión, S. y H. interpusieron recurso extraordinario federal, el que fue concedido y la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso efectuar nuevos informes ambientales y psicológicos sobre los protagonistas de esta historia familiar, para finalmente resolver, con fecha 2 de agosto de 2005, hacer lugar el recurso interpuesto y disponer que C. S. quede en guarda con el matrimonio S.-H. y se prosigan las actuaciones para definir la situación legal de la niña, sugiriendo la posible concesión de una adopción simple de C. S. y el intento de establecer algún tipo de vinculación con la familia biológica.

IV. La sentencia: sus argumentos[5]

En primer lugar, entiende el máximo Tribunal que la corte provincial se ha apartado de las normas aplicables al caso, con la consecuente frustración de derechos amparados constitucionalmente. En concreto, la sentencia dictada por la Suprema Corte provincial se aparta de la pauta señalada por el artículo 3.1 y el 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (incluida en el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional) e incorporada en la legislación interna específica de la adopción (Art. 321 Inc. i Código Civil).

[4] Texto completo en www.scba.gov.ar (Servicios-Juba –Búsqueda asistida–Nro. Causa C 69426)
[5] Texto completo en http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc_fallos.jsp

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ello, por haber aplicado fórmulas o modelos prefijados para determinar en qué consiste el interés superior de la niña a tutelar, sin que se hubieran evaluado las circunstancias fácticas del caso concreto,[6] pues sólo la ponderación de tales elementos podría determinar qué decisión resultaría más beneficiosa para la niña.

La Suprema Corte provincial —por mayoría—[7] resolvió que la cuestión debatida era de hecho y prueba, sin constatarse absurda valoración de la prueba, debiendo por tanto rechazarse el recurso interpuesto, pues no resultaba habilitada como instancia revisora de cuestiones de hecho.

Asimismo, el magistrado opinante entendió que la restitución de la niña a su madre biológica constituía una medida obligatoria en resguardo del interés superior del niño, dado que: "La familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor. Toda una fortaleza, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar (Gn. 2, 24)" y·"No existe, en consecuencia, interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre y hermanos y abuelos, rescatándosela de una pérdida de identidad personal que de otro modo, va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida. Como ya gravita negativamente en la vida de su madre [y la sentencia en recurso da cuenta de ello]."

Los argumentos desarrollados en el fallo de la Corte de Justicia de la Nación giran fundamentalmente en torno al concepto jurídico de "interés superior del niño", dando forma y contenido al mismo en el caso concreto a resolver.

---

[6] La mayor evidencia del carácter dogmático de la resolución de la SCBA surge del simple hecho de que el máximo tribunal provincial interpretó el interés de la niña por remisión a las consideraciones de hecho y prueba que practicara el Tribunal de Familia casi cuatro años antes, como si la situación en ese momento y la que se presentaba al momento de fallar no se hubiese modificado en ningún aspecto relevante. Pero durante esos años C. S. había crecido, había avanzado en la formación de su personalidad y su identidad (del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay de la CSJN).

[7] Es necesario precisar que el fallo de la SCBA ha tenido votación dividida: cinco jueces ordenan la restitución y los cuatro restantes otorgan la adopción, del tipo simple y no plena como fuera requerida. De los cinco miembros que conforman la mayoría, cuatro de ellos adhieren a la primera parte del voto del Dr. Héctor Negri, quien: 1) sostiene la improcedencia del recurso por ser una cuestión de hecho y en cuya decisión el tribunal inferior no ha incurrido en absurdo valorativo que contradijera el interés superior de la niña —coincidiendo así con el dictamen emitido por el subprocurador general—, y 2) realiza una serie de argumentaciones complementarias. La minoría —en adhesión al voto del Dr. Pettigiani— por el contrario, concede la adopción simple de la niña a sus guardadores, con fundamento en la protección de *su interés superior*, dadas las circunstancias fácticas del caso, el tiempo transcurrido junto a los guardadores, la igualdad de protección a brindar tanto a la familia biológica como a la adoptiva, etc. En otras palabras, un mismo concepto jurídico, "interés del menor", es utilizado como argumento justificativo válido de dos decisiones con resultados contrapuestos y mutuamente excluyentes (Sup. Corte Bs. As., 12-9-2001, "S.C. s/Adopción", AC. 69.426, DJBA 161-160, LLBA 2002-161).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, precisa esta sentencia que la pauta legal del interés superior del niño apunta a dos finalidades: a) constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses; y b) criterio de intervención institucional destinado a proteger al menor. Se constituye así este principio en parámetro objetivo que permite definir una decisión que resulta de mayor beneficio para el niño, incluso otorgándole prioridad sobre un presunto interés de un adulto que pudiera enfrentársele.

De allí que esta regla jurídica —al menos en el plano de la función judicial— permite separar conceptualmente el interés del niño (como sujeto de derecho) de los intereses de otros sujetos, incluso el de los padres. De allí que la coincidencia entre uno y otro interés no es algo lógicamente necesario y exige su justificación en cada caso concreto. En un conflicto entre progenitores y guardadores sobre qué es lo más conveniente al interés del niño, sostener que es mejor la convivencia con los progenitores no puede ser tomada como una verdad autoevidente, pues incurre en petición de principio —afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar— y desconoce la independencia conceptual del interés del niño respecto del de otras personas.[8]

Surge entonces "el interés superior del niño" como consecuencia directa del reconocimiento del niño como persona, como sujeto de derecho, y a los fines de superar la indeterminación de la expresión, resulta útil asociar tal interés con los derechos fundamentales del niño: "Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos."[9]

Previo a esclarecer en qué consiste el interés superior de la niña comprometido en este caso concreto, precisa la Corte el derecho de todo niño a ser criado por sus padres biológicos, resaltando que resulta axiológicamente deseable que sea el presupuesto biológico el que dé sustento a la identidad filiatoria de una persona, consolidando los vínculos parentales constituidos desde la procreación. Pero ello no implica reducir el concepto de identidad filiatoria al elemento puramente biológico, ya que la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues los vínculos generados por la adopción también poseen contenido axiológico alentado por el derecho en protección de los niños.

Resulta indispensable entonces que para otorgar una adopción se le asigne un sentido prioritario al interés y conveniencia del niño, cuestión

[8] Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.
[9] Del voto de los Drs. Highton de Nolasco y Lorenzetti.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que es de apreciación ineludible para los jueces. Tal conveniencia no se limita a los beneficios de tipo económico, social o moral que pueda ofrecer al menor, sino que deben ponderarse las consecuencias que la decisión pudiera tener sobre una personalidad en desarrollo.

De allí que, en este caso concreto, la Corte dispuso la producción de informe ambiental y psicológico, sobre la situación personal y familiar de todos los involucrados en la causa, ya que en el expediente sólo obraban pericias del 18 de julio de 1997.

Varios han sido los elementos aportados, que fueran efectivamente evaluados para dar contenido al interés superior de C. S., a saber:

a) Que la niña había sido entregada en guarda por su madre —en forma voluntaria, sin constar vicio alguno en tal entrega— desde el día siguiente a su nacimiento.

b) Desde ese momento, C. S. generó un vínculo filial con sus guardadores, quienes le brindaron trato de hija.

c) Que el reclamo de la madre biológica no surge de un claro arrepentimiento de la entrega, sino de una conflictiva situación planteada entre los familiares de la madre biológica.

d) Que en todos los años transcurridos (C. S. tiene 8 años) sólo en dos oportunidades (1997 y 2001) su madre biológica se comunicó con los guardadores para conocer a su hija, sin haberse concretado ningún encuentro, ni obviamente haberse generado vínculo afectivo alguno entre ellas.

e) Que la madre no ha podido explicar claramente los motivos por los cuales persiste en su reclamo de restitución.

f) Que el desarrollo emocional de C. S. es excelente, siendo óptimo el vínculo filial generado con los guardadores, como así también su inserción en la familia extensa guardadora.

Hasta aquí, una apretada síntesis de los argumentos desarrollados en sentencia.

V. Cuestiones implicadas: interés superior del niño; alcances del derecho a la identidad; el tiempo en las decisiones judiciales

Dos grandes cuestiones se encuentran implicadas en el fallo en análisis: a) la determinación *in concreto* del interés superior de la niña C. S. ; y b) el

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

alcance del derecho a la identidad. Y, atravesando ambas, cómo el factor tiempo gravita tanto en la dinámica de las relaciones humanas como en las decisiones judiciales que correlativamente se dictan.

Mucho se ha escrito y discutido sobre este concepto jurídico indeterminado, pauta de resolución prioritaria impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño.[10]

Tal como lo adelantara más arriba, la aparición de este principio es consecuencia directa de un importante cambio conceptual respecto a la situación jurídica de los niños, considerados sujetos de derecho y —por tanto— titulares de derechos personales merecedores de protección tanto en el ámbito extra o intrafamiliar.[11]

Se trata de un principio jurídico, de contenido indeterminado, cuya precisión y delimitación el legislador ha delegado en el juzgador, a los fines de establecer en cada caso concreto cuál es la solución que beneficie —o al menos no perjudique— al niño.

Implica para el juez la realización de un juicio de valor de una situación real, que exige una particular valoración, de mayor complejidad respecto de lo que ocurre con aquellas premisas claramente delimitadas por la ley (por ejemplo, la mayoría de edad se adquiere a los 21 años), ya que debe precisar en qué consiste el interés del menor a través de la comprobación de las circunstancias concretas que se le presenten.[12]

Es así que el interés superior del niño exige ser definido en cada caso concreto y dependerá de circunstancias específicas. Aquello que exige la Convención es que resulta obligatorio "descubrir" qué es lo que mejor resguarda el interés del niño.[13]

En el fallo en análisis, se ha tenido un particular y especial cuidado en la delimitación de aquello que concretamente significara el interés superior

[10] Art. 3.1.: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."
[11] Andrés Gil Domínguez, "Regla de reconocimiento constitucional: patria potestad, bioética y salud reproductiva", *RDF*, No. 21, 2002, p. 53: "Como señalan Eduardo Pablo Jiménez y Gabriela García Minella, el interés superior del niño es un principio jurídico de neto corte garantista que cambia el paradigma de la 'protección irregular' por el de 'protección integral' del niño. Una de las principales consecuencias de esta transformación consiste en dejar de lado las políticas asistencialistas en donde los adultos determinan la seguridad y el bien del niño (que es definido por lo que no tiene, no sabe o no es capaz de hacer) para considerarlo un sujeto de derecho que es parte integrante de la democracia en donde desarrolla su vida más allá del entorno familiar."
[12] Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid 2000, p. 193.
[13] Analía Martínez Ruiz, "Interés superior", en Inés M. Weinberg (Dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, p. 102.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de C. S., logrando de un modo impecable dar contenido a tal principio.

En primer lugar, ello se evidencia en la decisión de ordenar —como medida para mejor proveer— la realización de nuevos informes, ambientales y psicológicos, que pudieran aportar elementos concretos y reales, información actualizada sobre las circunstancias que rodeaban a C. S. al momento de decidir.

Con ello, la Corte se alejó de la posibilidad de caer en estereotipos o prejuicios, como ya había sucedido con la sentencia en recurso, de interpretar en forma dogmática el interés de la niña: "pues remite a las consideraciones de hecho y prueba que practicara el tribunal de familia casi cuatro años antes, como si la situación en ese entonces y la que se presentaba al momento de fallar la corte provincial no se hubiese modificado en ningún aspecto relevante. Sin embargo, en esos años y los que han transcurrido desde entonces, C. S. ha avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad, la que no se reduce a un dato histórico, sino que abarca todo un proceso vital".[14]

Evidentemente, el factor tiempo tiene una incidencia directa, fundamentalmente en los niños. Desde el día siguiente a su nacimiento C. S. se siente y comporta como hija de sus guardadores, nieta de los padres de ellos, sobrina de sus hermanos. Y han transcurrido ocho años de su nacimiento, tiempo en el cual ha desarrollado procesos de maduración y aprendizaje, ha conformado su personalidad e identidad, ha generado vínculos afectivos. Desconocer este dato objetivo —como lo hizo la Corte provincial, al dictar sentencia sobre una fotografía, sobre datos congelados de cuatro años de antigüedad—[15] es, sin dudas, desentenderse de la búsqueda, del "descubrimiento" de aquello que más beneficie a C. S.

Por otra parte, resultan de gran importancia las precisiones efectuadas en la sentencia respecto a la función y contenido del principio "interés superior del niño", descritas más arriba al analizar los argumentos vertidos en el fallo. Y, consecuente con ello, en la sentencia se valoran los diferentes elementos probatorios para arribar, en concreto, al interés superior de C. S.

Sin embargo, considero de mayor relevancia aún la introducción de la noción de daño como instrumento para definir dicho principio en el caso concreto: "Si la entrega de C. a su madre biológica supone un daño para la niña [debido al trauma que derivará para ella, según acepta la sentencia

[14] Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.
[15] Los informes existentes en la causa databan de 1997. La Corte provincial dictó sentencia el 12 de septiembre de 2001. El fallo en análisis es del 2 de agosto de 2005.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del Tribunal de Familia], entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo".[16]

Es decir, si es posible presumir —o si ya se ha logrado determinar— que una decisión resultará dañosa para el niño, será necesario que se justifique acabadamente que a pesar de ello, tomar tal decisión es lo más beneficioso para ese niño, pues le evita un daño aún mayor. De lo contrario, se habrá dictado una sentencia en contrario al interés superior del niño, incumpliendo el mandato legal (Art. 3 CDN).

Por último, ante el conflicto de intereses entre la madre biológica y el de la niña, la balanza se inclina, decididamente, en la superioridad de este último sobre el primero, pues así lo impone el artículo 3 de la Convención, que no sólo exige descubrir en qué consiste el interés del niño sino, además, darle prioridad sobre los otros intereses en tensión.

Sentada entonces la necesidad de determinar en este caso concreto en qué consiste el interés de la niña en juego en la decisión a tomar, la Corte recurre para ello al derecho a la identidad, tomando una clara posición respecto a su contenido y alcances.

Se aparta de un criterio restringido, que reduzca la identidad personal al mero dato biológico, al origen genético, y coloca en pie de igualdad a la familia biológica y a la proveniente de lazos afectivos como la adoptiva.

Ciertamente, el derecho a la identidad incluye el dato genético, el hecho biológico de la procreación, pero no se agota en este hecho natural, no excluye la verdad sociológica y la historia de vida del sujeto. Es decir, ambas facetas —reconocidas en doctrina como "faz estática" y "faz dinámica"—[17] integran el derecho a la identidad.

Las relaciones y vínculos que se generan desde el nacimiento gravitan en forma decisiva en la formación de la personalidad, dando así contenido a la identidad, a la existencia de un "yo" distinguible del "otro". La formación es gradual, partiendo de la propia historia de vida, de las circunstancias en las cuales el individuo comienza su vida, pero continúa con la crianza y la socialización, que se desarrollan paulatinamente.

---

[16] Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.

[17] Eduardo Zannoni, "Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?", *LL*, 1998-C-1181; XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1997: "A. El derecho personalísimo a la identidad personal comprende la faz estática y la faz dinámica (despacho de la mayoría) B. El derecho personalísimo a la identidad personal comprende solamente la faz dinámica (despacho de la minoría)."

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Todo ello define al individuo, excediendo así el dato biológico. La "verdad biográfica" es considerada entonces merecedora de protección y respeto por la justicia, resultando dogmático y contrario al interés superior del niño otorgar supremacía conceptual a la verdad biológica por sí misma.[18]

Es que las relaciones y afectos que vincula a las personas es el verdadero sustrato de la familia, que supera a la mera condición natural del individuo, reconociendo su carácter de ser cultural y social.[19]

El fallo asume entonces que aquello deseable es la coincidencia entre el dato biológico y el vínculo existencial, es decir que los niños sean criados y educados por quienes los han engendrado. Pero, si bien axiológicamente valioso, no siempre es lo mejor para el niño. Porque si bien la familia biológica debería ser "un bello milagro en el cual se funden las razones de la sangre con las razones del amor", no lo es en todos los casos. De allí que al reconocer la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho de los niños de no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos deja a salvo supuestos en los cuales tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del niño (Art. 9, 1).

La verdad biológica no es el derecho a la identidad ni es considerada un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño.[20] Máxime cuando en casos como el resuelto, la niña C. S. vive desde el día siguiente a su nacimiento con sus guardadores, ha generado vínculos afectivos con ellos —calificados de óptimos en los informes realizados—, ha dado forma a su personalidad e identidad a través de los procesos de maduración y aprendizaje propios de los primeros años de vida.

Y nuevamente aquí el factor tiempo tiene una incidencia directa en la conformación del interés superior de C. S. Los años de crianza junto a sus guardadores han forjado la identidad de C. S., quien —según los informes valorados en sentencia— se siente, comporta y es reconocida como hija de sus guardadores. Ha desarrollado un vínculo filial con sus guardadores, cuyo quiebre provocará un trauma psicológico en la niña, circunstancia ya reconocida desde la primera sentencia dictada por el Tribunal de Familia.

Con suma claridad conceptual, en el fallo en análisis se resalta: "Cuando se afirma en el fallo de la Corte provincial que C. S. debe incorporarse

[18] Mauricio Luis Mizrahi, "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", *LL*, diario del 23-8-2004, p. 1: "De esta manera, sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato."
[19] *Idem*.
[20] Conceptos vertidos en la sentencia, que pueden analizarse in extenso en Zannoni, Eduardo A., "Adopción plena....", ya citado.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a su familia de origen y abandonar la de sus guardadores, lo hace por entender que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo, incluso del trauma que, según se acepta en la sentencia del Tribunal de Familia, se derivará para la niña. Pero este razonamiento implica un punto de partida equivocado: es la conveniencia de la niña lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no al revés, la preservación del vínculo biológico lo que sirve de justificación al trauma del retorno. Si la entrega de C. S. a su madre biológica supone un daño para la niña, entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo."[21]

Si bien se realizaron informes ambientales y psicológicos a los protagonistas de esta historia de vida, y C. S. por tanto fue entrevistada, entiendo que hubiese resultado de suma utilidad escuchar en forma directa a C. S., quien con ocho años de edad y habiendo demostrando un nivel intelectual mayor a su edad cronológica, probablemente hubiese podido expresar con claridad su opinión acerca de su destino —decididamente en manos de los sentenciantes—, sin que ello implique que el fallo hubiera debido recoger necesariamente tal opinión.[22]

VI. ¿Es posible la integración?

Esta sentencia resalta la posibilidad de propiciar, más allá de una probable adopción simple a los guardadores de C. S., algún tipo de vinculación con la familia biológica.[23]

Se deja abierta una concepción más amplia del instituto de la adopción —al menos en este excepcional caso—, que pretende evitar la confrontación entre familia biológica y adoptiva respecto al afecto que pudieran

[21] Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.

[22] No surge de la sentencia que fuera requerido el ejercicio de su derecho a ser oída —ni por tanto rechazado— y evidentemente, la existencia de informes ambientales y psicológicos han aportado a los juzgadores de algún modo su voz.

[23] Un antecedente: el Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz otorgó la adopción simple a quienes ejercían la guarda desde hacía nueve años, a pesar de la restitución reclamada por la madre biológica, en atención a la integración afectiva, social y familiar del niño con sus guardadores, por ser ello lo que mejor atendía al interés superior del niño, sin perjuicio de la fijación de un régimen de visitas a favor de la madre biológica (T. S. Santa Cruz, 30-10-2000, "A. M. E.", 101.910, *LL*, Suplemento de Derecho Constitucional del 27-4-2001, en Weinberg, Inés M. (Dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2002, citado por Benedit, Matías y Martínez Ruiz, Analía, *Op. cit.*, p. 359.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

brindarle a la niña. Es decir, decidir el estado filial de C. S. mediante una adopción no implica desconocer la posibilidad —en la medida en que no resulte perjudicial para la niña— de que sus familiares de sangre puedan mantener algún tipo de relación, más allá de los derechos que la adopción simple mantiene subsistentes.[24]

Definir la situación de C. S. —mediante el otorgamiento de la adopción— permitirá dar estabilidad jurídica al vínculo filiatorio que en los hechos ya existe. Posibilitará otorgar el pleno ejercicio jurídico de los roles de padre y madre que los guardadores fácticamente ya ejercen. Pero ello no impide que también los familiares biológicos puedan entablar alguna vinculación con la niña

Sin embargo, es fundamental la cautela y precaución que requiere esta cuestión. Tampoco aquí la Corte asume una posición dogmática: sugiere, no impone. Sólo el tiempo y las circunstancias fácticas podrán determinar en qué medida es posible instrumentar el "triángulo adoptivo" señalado en el informe psicológico. Nuevamente, el interés superior de la niña funcionará como límite infranqueable a la conveniencia o no del contacto con la familia biológica.

VII. Palabras finales

Como habitualmente sucede en los fallos relacionados con el derecho de familia, la trama de relaciones humanas que se le plantea al juzgador es de una complejidad tal que exige el mayor y mejor esfuerzo en la toma de decisiones. Máxime ante pautas normativas del tipo del interés superior del niño.

Provoca angustia sólo imaginarse la zozobra emocional que todos estos años de incertidumbre sobre el destino de C. S. (ocho años de proceso judicial) han podido generar en los protagonistas de esta historia. En los guardadores de C. S., quienes seguramente tendrían presente la posibilidad de perder la vinculación afectiva que se había generado con ella; en su madre biológica, quien a pesar de no relacionarse con C. S. por algún incierto motivo —al menos así quedó reflejado en el fallo analizado— persistía en su reclamo; en los familiares de los guardadores que le dispensaran trato y afecto de nieta, sobrina, primos. Y fundamentalmente en C. S., quien seguramente conocía el litigio existente —dado que fue entrevistada para

[24] A diferencia de la adopción plena, la adopción simple permite al adoptado mantener derechos alimentarios y sucesorios respecto a sus parientes biológicos.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los informes periciales— y probablemente percibiera que de ello dependería su propio destino.

En este fallo se ha privilegiado sumergirse en la realidad que rodeaba este conflicto, desprendiéndose de posiciones dogmáticas o prejuicios —que casi con certeza sólo pueden provocar perjuicios— para dar contenido contextual al interés superior de C. S., desentrañando el alcance y protección debida a sus derechos —a la identidad, al desarrollo de su personalidad— en función de su realidad.

Es que todas las cosas le suceden a uno precisamente ahora. Todo lo que realmente pasa le pasa a uno. También a C. S. ■

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL MENOR DE EDAD*

Benito Aláez Corral**

SUMARIO

I. La distinción entre la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales
I.I. ¿Necesaria identidad de los sujetos titular y ejerciente del derecho fundamental?
I.II. Diferenciación entre titularidad y ejercicio en relación con las diversas facultades que constituyen el contenido del derecho fundamental
II. La capacidad de obrar iusfundamental
II.I. La capacidad de obrar infraconstitucional: su inaplicabilidad al ejercicio de los derechos fundamentales
II.II. La capacidad de obrar iusfundamental: semejanzas y diferencias con la capacidad de obrar infraconstitucional
III. El ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad
III.I. Modalidades de ejercicio
IV. La minoría de edad como objeto de protección constitucional: incidencia en la delimitación del ejercicio de los derechos fundamentales
IV.I. La protección de la minoría de edad a través del "interés del menor" y su sentido constitucional
IV.II. Atribución de potestades constitucionales y legales para la protección del menor
IV.III. La posibilidad de delimitación y limitación de los derechos fundamentales durante la minoría de edad como consecuencia del ejercicio de las potestades de protección

* Este artículo es una versión corregida, actualizada y adaptada de la parte II.2. del libro del autor, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

** Doctor en derecho por la Universidad de Oviedo, España.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RESUMEN

El presente artículo aborda el problema que gira en torno a los derechos fundamentales en los menores de edad, cuestión que ha desarrollado la teoría constitucional en contraposición al entendimiento de que los menores no poseen capacidad para ejercer derechos por sí mismos. Sobre esta cuestión el artículo desarrolla diversos nudos conceptuales importantes: la distinción entre la titularidad y el ejercicio de un derecho y entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, el margen de actuación de un tercero representante legal del menor a fin de que su actuación no defraude el interés de aquél, la relación entre titular del derecho y quien fácticamente realiza parte de su contenido, la comprensión de que para el derecho existe sólo el interés del titular del derecho que es también del ejercicio, la diferencia entre capacidad iusfundamental y capacidad de obrar infraconstitucional, la posibilidad de que el menor pueda ejercer sus derechos de forma autónoma o heterónoma, el concepto de interés del menor, piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad y la posibilidad de delimitación y limitación de los derechos fundamentales durante la minoría de edad como consecuencia del ejercicio de las potestades de protección. Todo el estudio del autor maneja en cada momento la legislación constitucional e infraconstitucional española.

ABSTRACT

The present article approaches the problem that rotates around the fundamental rights in those smaller than age, question that has developed the constitutional theory in opposition to the understanding that the minor don't possess capacity to exercise rights for if same. On this question the article develops diverse important conceptual knots: the distinction between the ownership and the exercise of a right and between artificial capacity and capacity of working, the margin of the minor third legal representative's performance so that their performance doesn't defraud the interest of that, the relationship among regular of the right and who he carries out part of its content, the understanding that for the right it only exists the interest of the holder of the right that is also of the exercise, the difference between capacity of constitutional range and capacity of legal range, the possibility that the minor can exercise his rights in an autonomous or not autonomous way, the concept of interest of the smallest angular stone in the whole artificial regulation of the age minority and the possibility of delimitation and limitation of the fundamental rights during the age minority like consequence of the exercise of the protection imperiums. The author's study manages in each moments the Spanish legislation.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. La distinción entre la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales

La idea de que el menor de edad es titular de los derechos fundamentales ya se encuentra afortunadamente asentada tanto en los textos internacionales (Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1990) como en la jurisprudencia constitucional de la mayor parte de los países occidentales (entre ellos España: ver por todas la STC 141/2000, de 29 de mayo, F. J. 5º). Con todo, es necesario ahora plantearse si el acceso a su ejercicio le corresponde al menor desde el mismo momento que su titularidad y, en relación con ello, si dicho ejercicio ha de ser realizado por el propio menor o si, por el contrario, puede servirse de un representante que ejercite parte de su contenido en su nombre.

La distinción entre la titularidad y el ejercicio de un derecho subjetivo explica que se distinga con carácter general entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Mientras la primera atribuye al individuo la capacidad abstracta para ser titular de los mismos, la segunda le confiere la capacidad necesaria para ejercer por sí mismo las concretas facultades y potestades en que éstos consisten, pues de lo contrario sólo podría ejercerlas a través de un representante.[1] Cabe, entonces, preguntarse si semejante distinción es aplicable a los derechos fundamentales y la relevancia que ello pueda tener respecto del menor de edad.[2] Desde este punto de vista, aunque el individuo posea capacidad jurídica iusfundamental e, incluso, la titularidad de concretos derechos fundamentales, sólo reuniendo determinadas condiciones fijadas implícitamente o remitidas a su regulación legal por el propio texto constitucional, es decir, sólo poseyendo capacidad de obrar iusfundamental,[3] será posible que los ejercite por sí mismo, pudiendo algunas de las facultades que constituyen el contenido de los derechos

[1] Cfr. Benito Aláez Corral, "Los sujetos de los derechos fundamentales", en Bastida, Villaverde, Requejo, Presno, Aláez, Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

[2] Cfr. Dieter Reuter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 52; Dieter Reuter, "Die Grundrechtsmündigkeit–Problem oder Scheinproblem?", *Familienrechtszeitschrift*, No. 12, 1969, p. 623.

[3] Categoría equivalente a la alemana *Grundrechtsausübungsfähigkeit* y distinta de la *Grundrechtsmündigkeit*, prontamente elaborada en la doctrina alemana posterior la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (véase por todos Krüger, Hildegard, "Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt", *Familienrechtszeitschrift*, No. 11, 1956, p. 330) con base en el derecho privado, que limita el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor, al establecer una presunción general de incapacidad jurídica iusfundamental por debajo de una determinada edad; críticamente sobre dicha categoría, Mutius, Albert von, "Grundrechtsmündigkeit", *Jura*, No. 5, 1987, p. 273.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ser ejercidas a través de su representante.[4] Sin embargo, con base en el carácter personalísimo de los derechos fundamentales, se ha pretendido la indisolubilidad entre su titularidad y su ejercicio, lo que haría la distinción entre las dos categorías superflua.[5] Ello explica que se establezcan requisitos intrínsecos o extrínsecos para el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, pues con ellos se está presuponiendo no sólo su titularidad sobre los mismos, sino su propia capacidad de ejercerlos, indisolublemente unida a la primera, que no correspondería a cada persona por el mero hecho del nacimiento.[6] La exigencia de una capacidad de obrar iusfundamental, distinta de una capacidad jurídica iusfundamental, quedaría así fuera de lugar, pues ambas las adquiriría el sujeto —mayor o menor— simultáneamente, dependiendo de cada derecho fundamental, con la titularidad del mismo. Pero analicémoslo con un poco más de detalle.

I.I. ¿Necesaria identidad de los sujetos titular y ejerciente del derecho fundamental?

La finalidad última de los razonamientos que se oponen a diferenciar titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales pretende ser el beneficio del individuo, la tutela de sus intereses constitucionalmente protegidos, de las que aquéllas son reflejo. Se trata de evitar que un tercero, representante legal del menor, pueda suplantar su voluntad, defraudando aquel interés, o que el representante legal pudiese argumentar que el representado sólo es el "nudo" titular del derecho fundamental, mientras él es el titular del uso o ejercicio del derecho, tal y como había sucedido durante largo tiempo con las personas de sexo femenino. De ahí que una parte de la doctrina haya negado largo tiempo la posibilidad de representación en el ejercicio de los derechos públicos subjetivos y, en particular, de los derechos fundamentales.[7] Detrás de este razonamiento se esconde, sin duda, una concepción

[4] Cfr. Paul Kirchhof, "Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht", en Paul Kirchhof, *Praxis des neuen Familienrechts*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1978, p. 178.

[5] En este sentido, Pasquale Stanzione, *Capacita e minore eta nella problematica della persona umana*, Jovene editore, Camerino, 1975, p. 318ss. En España, respecto de los derechos personalísimos a los que equipara los derechos fundamentales, Cfr. Díe Picazo, Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1990, p. 292.

[6] Cfr. Paolo, Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, pp. 7-8, 35ss.

[7] Cfr. Sergio Panunzio, "Capacità. II. Diritto pubblico", en *Enciclopedia giuridica*, Vol. V, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 3; Karl-Heinz Hohm, "Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung", *Neue Juristische Wochenschrift*, No. 50, 1986, p. 3111.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de los derechos subjetivos en general, y de los derechos fundamentales en particular, como poderes de la voluntad jurídicamente garantizados.[8] Dado que el menor no podía expresar una voluntad jurídicamente relevante, por carecer en general de capacidad de obrar, la misma debía ser expresada por un tercero encargado de tutelar sus intereses, pero la voluntad de este último, en el caso de los derechos fundamentales, no podía sustituir a la del primero, dado que el derecho fundamental consistiría, precisamente, en una capacidad de autodeterminación subjetiva insustituible. Por ello, toda actuación del guardador o representante del menor en su beneficio o interés había de ser considerada como una actuación propia del primero y no una actuación en representación del segundo.

Ahora bien, el efecto de esta consideración de los derechos fundamentales como personalísimos y de la inescindibilidad entre titularidad y ejercicio es el opuesto al que se pretendía: la negación de dicha distinción sólo redunda en una mayor desprotección del objeto de los derechos fundamentales del menor y en una menor eficacia de su contenido. Así, por ejemplo, la decisión de uno de los padres de un recién nacido de autorizar una operación de altísimo riesgo que le podría salvar la vida, o, inversamente, su decisión de no autorizar una transfusión de sangre al menor por motivos religiosos, en ambos casos contra el criterio del otro progenitor, no supondría el ejercicio, por representación de éste, de su derecho fundamental a la integridad física, sino únicamente el ejercicio, en nombre propio, de la función legal de cuidado que los artículos 154 y 162 Código Civil (en adelante CC) atribuyen a los padres en beneficio del hijo.[9] Lo que traería consigo consecuencias difícilmente admisibles desde el punto de vista de algunas de las garantías jurisdiccionales de dichos ámbitos de libertad del menor; por ejemplo, el recurso de amparo constitucional formulado en nombre del hijo por el progenitor disconforme con la resolución judicial que atribuyó la facultad de decidir al otro progenitor, estaría abocado a la inadmisión por falta de contenido constitucional, puesto que se trataría únicamente de una cuestión de legalidad ordinaria relativa a

[8] Conforme a la denominada teoría de la voluntad formulada inicialmente por Bernhard, Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol. I, Ebner & Seubert, Stuttgart, 1879, § 37, pp. 92-93. Sobre las teorías de la voluntad y del interés, Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1976 (reimpresión de la 2ª edición de 1960), pp. 137ss; Hart, Herbert-Lionel-Adolphus, *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 171ss; y, más recientemente, en relación con la titularidad de los derechos subjetivos por parte del menor, Campbell, Tom D., "The rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult", en Alston, Parker, Seymour (Edits.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp 4 y ss.

[9] Cfr. Picazo y Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, *Op. cit.*, p. 292.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las potestades que la ley confiere a los padres en su función tuitiva de los hijos, y no de la lesión del derecho a la integridad física de quien carecería de la titularidad de dicho derecho.

El planteamiento cambia radicalmente cuando, sin renunciar a este elemento voluntarista en la configuración del contenido de los derechos subjetivos, se introducen elementos propios de la teoría del interés.[10] Los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos, pueden ser contemplados, entonces, como habilitaciones jurídicas para emitir actos de voluntad con capacidad para exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a determinados sujetos en beneficio de los intereses de otro.[11] En tal caso no tiene por qué haber inconveniente en que quien es titular del derecho y quien fácticamente realiza parte de su contenido sean personas diferentes, porque a los ojos del derecho existe sólo un interés, el de su titular que lo es también del ejercicio, y una sola voluntad, también la del titular, aunque éste no siempre la exprese personalmente. Con ello, se altera el principio conforme al cual no cabe representación en el ámbito de los derechos fundamentales. Si se admite la posibilidad de que un derecho fundamental sea ejercitado a través de un representante, ha de ser porque el interés que éste proteja sea el interés del representado y porque la voluntad que emita sea la que emitiría el representado si pudiese ejercer el derecho por sí mismo.[12] No se trata, pues, de buscar la identidad subjetiva entre titular y ejerciente mediante la negación de esta distinción, sino mediante su identificación funcional, lo que conduce a que, aunque el sujeto titular se sirva de un tercero para el ejercicio de algunas de las facultades que constituyen su derecho, titularidad y ejercicio de las mismas recaen sobre la misma persona en la medida en que el ordenamiento oriente la actividad representativa a la expresión de la voluntad del titular por sustitución y, por tanto, a la satisfacción de ese mismo interés.

[10] Sobre dicha teoría, véase Ihering, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Vol. III, Scientia, Aalen, 1968 (reimpresión de la 5ª edición de Leipzig, 1906), §§ 60, 61, pp. 332-333ss, que, curiosamente, toma los derechos de los menores como ejemplo de la necesidad de identificar el derecho subjetivo con el interés jurídicamente protegido.
[11] Véase, en general, para los derechos subjetivos, Enneccerus y Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. I.1, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1952 (14ª edición), § 72, pp. 272-273ss, y, para los derechos fundamentales, Reuter, Dieter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, *Op. cit.*, p. 52.
[12] Cfr. Herbert-Lionel-Adolphus Hart, *Essays on Bentham*, *Op. cit.*, p. 184 (nota 86); Reuter, Dieter, *Kindesgrudrechte und elterliche Gewalt*, *Op. cit.*, pp. 52-53.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I.II. Diferenciación entre titularidad y ejercicio en relación con las diversas facultades que constituyen el contenido del derecho fundamental

Quienes, por diversas razones, no pueden ejercer por sí mismos parte de las facultades de un derecho fundamental, pueden ver suplida voluntaria o legalmente su falta de capacidad por la de un tercero que las ejerza en su nombre e interés.[13] La expresa presencia constitucional de un mandato positivo de protección (Art. 39 CE), dirigido tanto a los padres como a los poderes públicos, justifica que el menor, titular del derecho y de su ejercicio, lo ejerza a través de un representante cuando no le sea posible ejercerlo personalmente. El poder que confiere el derecho fundamental al individuo se lo confiere para proteger un interés jurídicamente garantizado, que coincide con el ámbito de libertad objeto del derecho. La titularidad del derecho fundamental tiene por objeto un contenido abstracto que permanece indemne durante toda la existencia de la persona, mientras la norma que lo reconoce permanezca vigente. Por el contrario, el ejercicio del derecho fundamental tiene por objeto el concreto contenido subjetivo del derecho necesario en cada momento para la tutela del ámbito de libertad protegido. El mismo incluye tanto el haz de facultades de defensa jurídica de ese ámbito de libertad frente a intromisiones ilícitas, de exigencia jurídica de una prestación por parte del Estado o de participación en la formación del ordenamiento, como las facultades naturales de realización del propio objeto del derecho. Este contenido subjetivo, en sí mismo diverso de un derecho a otro, variará, además, durante el periodo temporal de la minoría de edad, en el que el individuo está necesitado de protección.

En el caso de los derechos fundamentales de los menores o de los mayores incapaces, parte del contenido de cada derecho fundamental sólo puede satisfacer su objeto —el interés constitucionalmente protegido por éste— mediante su utilización directa por el menor o incapaz, por lo que únicamente cuando éste alcance la capacidad legal o natural necesaria para su ejercicio podrá afirmarse su capacidad de obrar iusfundamental respecto del mismo.[14] Pero otra parte de aquel contenido puede cumplir esa función instrumental al servicio del ámbito de libertad protegido por el derecho fundamental aun cuando sea un tercero el que ejercite en nombre

[13] Dieter Reuter, *Kindesgrudrechte und elterliche Gewalt*, *Op. cit.*, pp. 52ss.
[14] Ello lleva a los tribunales a restringir al máximo el concepto de derecho o facultad personalísimo. Cfr. *STC 311/2000, de 18 de diciembre*, en especial el voto particular.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

e interés del menor o incapaz las facultades atribuidas al mismo y que éste no puede ejercer por sí al carecer de la capacidad natural o legal precisa para ello.[15]

II. La capacidad de obrar iusfundamental

Una vez que se ha visto que es posible distinguir entre la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental, cabe preguntarse si la ausencia de una determinada capacidad natural o legal en el individuo —sea por razón de la edad o por cualquiera otra razón física o jurídica— para ejercer por sí mismo alguna de las facultades en que consiste el derecho fundamental le incapacita en general para su ejercicio, con lo que éste debería acontecer, cuando ello sea posible, a través de representante, y cuáles son, entonces, los criterios conforme a los cuales se ha definido esa falta de capacidad de obrar iusfundamental y el momento de su adquisición.

II.I. La capacidad de obrar infraconstitucional: su inaplicabilidad al ejercicio de los derechos fundamentales

La primera cuestión a resolver es la relativa a si la capacidad de obrar iusfundamental coincide o está sujeta a los mismos criterios que la capacidad de obrar infraconstitucional. Como es sabido, el ordenamiento infraconstitucional no atribuye a los individuos desde su nacimiento la capacidad para ejercer por sí mismos los derechos y obligaciones de los que pueden ser titulares, sino que les exige, con carácter general, poseer una capacidad vinculada a una capacidad de querer y entender. Esta capacidad se denomina capacidad de obrar, y el momento y requisitos para su plena adquisición varían en función del sector del ordenamiento de que se trate y de si tiene carácter general o ha sido establecida específicamente para determinados actos jurídicos.[16] Así lo corrobora la LOPJM, cuyo artículo 2.1 establece el carácter restrictivo con el que se deben interpretar las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, asumiendo, pues, tácitamente que el menor es capaz de obrar, aunque sea de forma limitada.

[15] Cfr. *Cruzan vs. Harnon 88 U.S. 1503 (1990)*.

[16] Se trata de los requisitos necesarios para su adquisición plena, pues la adquisición limitada de capacidad de obrar acontece junto con la adquisición de la capacidad jurídica, es decir, con el nacimiento. La minoría de edad no constituye, pues, un *status* de incapacidad de obrar, sino únicamente un periodo temporal, durante el cual la capacidad de obrar del menor se encuentra limitada en aras de su protección. Cfr. Castro, Federico de, *Derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 174ss.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La capacidad de obrar es plena únicamente para los mayores de edad (Art. 199ss, Art. 322ss, CC y Art. 199ss CC),[17] siempre que los mismos no hayan sido incapacitados. Pero también lo es en el ámbito personal para los emancipados, conforme al artículo 323 CC. El Código Civil establece una limitación genérica de la capacidad de obrar para quienes se encuentran bajo la minoría de edad constitucional,[18] es decir, para los menores de 18 años, que es aplicable a la mayoría de los actos y negocios jurídicos que éstos puedan realizar tanto en el ámbito civil como en el mercantil.[19] Por su parte, el artículo 7 ET, aunque mantiene la edad a la que se alcanza la plena capacidad de obrar laboral en los 18 años, la reduce a los 16 años para conferir al menor una capacidad de obrar limitada por la necesidad del concurso del consentimiento de sus padres o tutores. En el ámbito penal, el artículo 19 del Código Penal (en adelante CP) y el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM) rebajan a los catorce años la edad a partir de la cual es posible exigir responsabilidad penal a los menores, aunque sea bajo un régimen protector y educativo bien distinto al que se aplicaría a los mayores de edad. Finalmente, en el ámbito del derecho administrativo, el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPyPAC) considera capaces de obrar, con carácter general, a los menores de 18 años para la defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

A través de buena parte de los actos jurídicos que el individuo puede realizar en dichos sectores del ordenamiento se ejerce parte del contenido de sus derechos fundamentales. Por ello, es preciso determinar si se pueden

[17] El derecho foral vigente en el territorio de algunas comunidades autónomas del Estado español contiene algunas peculiaridades en relación con la extensión de la capacidad de obrar limitada del menor; así el Art. 5 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón permite, con carácter general al mayor de 14 años celebrar por sí mismo toda clase de actos y contratos, con la asistencia en su caso de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes; y la Ley 50 de la Compilación de Derecho foral de Navarra confiere a los mayores de 14 años una capacidad limitada a determinados actos establecidos en la propia Compilación.

[18] En el Art. 5 de la Compilación de Derecho Civil foral de Aragón se sigue, para los menores de esta comunidad autónoma, un régimen distinto, puesto que al menor de edad, mayor de 14 años, se le considera, con carácter general capaz de obrar, y sólo excepcionalmente privado de dicha capacidad.

[19] Limitación que se deduce *sensu contrario* de la plenitud de capacidad de obrar que se adquiere conforme al Art. 322 CC con la mayoría de edad. Por su parte, los artículos 1 y 4 de Código de Comercio reconducen la capacidad de ejercicio del comercio con carácter general a las disposiciones del Código Civil.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

trasladar aquellas limitaciones de la capacidad de obrar a los ámbitos de ejercicio de esos derechos fundamentales, y aquélla se convierte también en una capacidad de obrar iusfundamental que se adquiere en el mismo momento y con el mismo contenido que la capacidad de obrar infraconstitucional.

Hacer depender la capacidad de ejercer los derechos fundamentales, es decir, la capacidad de obrar iusfundamental, de la capacidad de obrar infraconstitucional,[20] conduciría a una restricción injustificada del contenido de los derechos fundamentales de aquellos individuos que no poseen la capacidad de obrar iusfundamental plena.[21] Ello es aún más peligroso cuando se pretende que la limitación de esa capacidad de obrar iusfundamental tenga el mismo carácter general que posee en el ámbito del derecho privado la limitación de la capacidad de obrar de menores e incapaces, y cuando, además, ningún texto constitucional —y el nuestro en esto no es una excepción— contiene previsión alguna respecto de dicha traslación de los requisitos de capacidad.[22] En efecto, la exigencia de una capacidad de obrar infraconstitucional expresa la necesidad de proteger en el tráfico jurídico al individuo cuya capacidad está limitada frente a las consecuencias indeseadas de sus actos (deber de protección del menor del artículo 39 CE), pero también a los terceros que entablen una relación jurídica con aquél, frente a la inseguridad jurídica que conllevaría permitirle actuar libremente y después revocar las actuaciones que le hubiesen sido perjudiciales (principio de seguridad jurídica del Art. 9.3 CE). Sin embargo, el ejercicio de los derechos fundamentales, aunque puede estar delimitado o limitado por esas dos exigencias de rango constitucional, no puede verse desplazado por las mismas, sino que ha de ser cohonestado con ellas, a las que atribuye, además, un significado particular. Por tanto, no parece posible, en principio, trasladar la capacidad de obrar infraconstitucional al ejercicio de los derechos fundamentales, sino que la capacidad para ejercitar estos derechos, esto es, su *capacidad de obrar iusfundamental*, ha de tener un significado y un sentido propios. Es cierto que el ejercicio de los derechos fundamentales, a diferencia de su titularidad, hace referencia a la capacidad actual del individuo para disfrutar del ámbito de libertad

[20] Tal y como hace Fehnemann, Ursula, *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 32ss, 38.
[21] Karl-Heinz Hohm, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, *Op. cit.*, p. 3110.
[22] En este sentido Cfr. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 121-122.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

garantizado,[23] por lo que la ausencia de ciertas cualidades naturales o legales puede condicionar la extensión de ese disfrute autónomo. Pero, ello no implica subordinar el ámbito de libertad en que consiste el objeto del derecho fundamental, a cualesquiera valores constitucionales que se persigan con esta exigencia capacitaria, y mucho menos pervertir su significado normativo.

II.II. La capacidad de obrar iusfundamental: semejanzas y diferencias con la capacidad de obrar infraconstitucional

Ciertamente, se requieren unas determinadas cualidades naturales y legales para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales. Quien, por ser menor o por estar incapacitado, carece de capacidad para escribir o simplemente comunicar, difícilmente puede ejercer ciertas facultades del derecho al secreto de las comunicaciones, quien aún no puede realizar un juicio valorativo, debido a su inmadurez, tampoco puede ejercitar su libertad de conciencia, etc. Buena parte de las facultades que constituyen el contenido normativo de estos derechos no pueden ser ejercitadas mediante un tercero, dado que la satisfacción del interés protegido por el derecho fundamental sólo se satisface mediante el ejercicio autónomo del individuo de aquellas facultades naturales. Otra parte, como, por ejemplo, la facultad de asociarse mediante la suscripción de acciones de una sociedad mercantil, sí puede ejercerse a través de un tercero. Sin embargo, la capacidad requerida para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales no coincide con la requerida para obrar con eficacia jurídica en los niveles infraconstitucionales.

Una y otra capacidad pueden tener en común el efecto habilitante para el ejercicio de facultades y derechos, pero en casi todo lo demás sus diferencias priman sobre sus semejanzas. En primer lugar, mientras que la capacidad de obrar infraconstitucional tiene regímenes muy distintos según el sector del ordenamiento en el que pretenda operar, e, incluso, según que se trate de una capacidad genérica o específica, la capacidad requerida para el ejercicio de los derechos fundamentales no puede variar según el sector del ordenamiento, so pena de ser confundida con la delimitación del ámbito de ejercicio del derecho fundamental. La capacidad de obrar iusfundamental debe regirse por unos únicos criterios comunes a todos los sujetos

[23] Cfr. Günther Dürig, *Art. 19. III GG* (1958), en Maunz/Dürig (Edits.), *Grundgesetz: Kommentar*, Vol. I, C.H. Beck, München, 1999, p. 13.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que pretendan ejercer los derechos fundamentales, lo hagan frente al Estado o entre los particulares, sin perjuicio de que el ámbito de ejercicio en uno y otro caso pueda ser diferente por la diversa naturaleza de la relación jurídica en que se desarrollan. Así, por ejemplo, la capacidad para ejercer el derecho a la propia imagen no puede estar en función de que el individuo se relacione con los particulares o con la Administración, por más que la extensión de su ejercicio pueda ser distinta en uno y otro caso.

En segundo lugar, la exigencia de una capacidad de obrar infraconstitucional se apoya en la heteroprotección de la persona, de ahí que no encuentre inconvenientes en utilizar diversos criterios para la adquisición de la capacidad plena, entre los que está fijar una edad mínima general, que suele coincidir con la mayoría de edad. Sin embargo, el establecimiento de una capacidad de obrar iusfundamental debe tener en cuenta que los individuos incapaces de ejercer por sí mismos los derechos fundamentales se encuentran necesitados de heteroprotección en aras de que alcancen su capacidad de autoprotección, lo que obliga a que el criterio a utilizar para su adquisición tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada individuo y su progresiva capacitación de autoprotección. La exigencia de capacidad de obrar iusfundamental conforme a criterios muy generales, conduciría a mermar la eficacia del propio derecho fundamental, pues constitucionalmente lo único que se puede exigir para el ejercicio autónomo de un derecho fundamental es la presencia individual de una madurez suficiente como para expresar una voluntad de autorrealización propia; y, de otro lado, conduciría también a mermar la eficacia de las normas constitucionales y legales de protección del menor, que, teniendo en cuenta la especial posición en que éste se encuentra por voluntad del texto constitucional, no puede permitir su desprotección.[24]

Por ello, se puede decir que falta fundamento constitucional al establecimiento de una regla general de incapacidad de obrar iusfundamental de menores o de incapacitados, en tanto éstos no hayan alcanzado una determinada edad, un determinado grado de madurez o de capacidad en relación con cada derecho fundamental.[25] Más bien al contrario, la CE de 1978 no ha previsto una genérica incapacidad de obrar iusfundamental de

[24] Cfr. Gerhard Robbers, *Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Recht, Deutsche Verwaltungsblatt*, Vol. 102, No. 14, 1987, p. 713.
[25] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, *Op. cit.*, pp. 121-122; Hohm, Karl-Heinz, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, *Op. cit.*, p. 3110.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los menores, sino sólo la posibilidad de contemplar legalmente incapacidades específicas, derivadas de la conjunción entre el ejercicio del derecho fundamental y el mandato constitucional de protección del menor.[26] Del silencio constitucional no es posible, pues, deducir una regla normativa restrictiva de la eficacia de los derechos fundamentales. Por supuesto que para el ejercicio de los derechos es precisa una determinada capacidad natural o fáctica, que de faltar, ha de ser tenida en cuenta por el ordenamiento a la hora de regular el ejercicio de los derechos fundamentales y a la hora de delimitarlos o limitarlos en atención a otros bienes constitucionalmente protegidos, como el mandato de protección del menor (Art. 39 CE) o el de respeto a la seguridad jurídica (Art. 9.3 CE). Pero ello no conduce a una presunción de incapacidad de éste para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales, de modo que sean ellos quienes prueben la posesión de la capacidad de querer y entender suficientes para un ejercicio, que, de otro modo, les estaría constitucionalmente excluido ejercer por sí mismos. Al contrario, ha de ser el legislador el que, cuando establece determinadas condiciones para el ejercicio de un derecho fundamental o cuando lo delimita, excluyendo del mismo determinadas conductas en aras de la protección del menor o de otros bienes y derechos constitucionales, justifique suficientemente la conformidad constitucional de estas limitaciones o delimitaciones. De no existir éstas debe presumirse la capacidad de obrar iusfundamental del sujeto menor.[27]

III. El ejercicio de los derechos fundamentales por los menores de edad

La afirmación de una genérica capacidad de obrar iusfundamental del menor que éste adquiriría gradualmente, dependiendo de la facultad que trate de ejercer, así como de su concreta capacidad legal, sólo hace referencia a uno de los aspectos del ejercicio de los derechos fundamentales, el ejercicio autónomo de los mismos por parte del menor. Sin embargo, ya se ha visto, cómo tanto la estructura normativa de los derechos fundamentales, como la función que éstos cumplen respecto del individuo, en su capacidad para producir comunicaciones sociales, permiten entender que el menor pueda ejercer sus derechos fundamentales no sólo de forma autónoma sino también a través de un representante.

[26] Cfr. STC *141/2000, de 29 de mayo, F.J.5º* y STC *154/2002, de 18 de julio, F.J. 9º a).*
[27] En un sentido semejante, Hohm, Karl-Heinz, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, *Op. cit.*, pp. 3111-3112.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Que ello sea posible depende de tres elementos bien distintos entre sí: de una parte, de que la facultad, parte del contenido del derecho fundamental, que se pretende ejercer mediante persona interpuesta, sirva al concreto interés propio del menor de edad. Por ello, ni todos los derechos fundamentales ni todo su contenido, por muy personalísimos que se puedan considerar, impiden su ejercicio indirecto; pero, a la inversa, tampoco todas las facultades en que se puede descomponer un derecho fundamental pueden ser ejercidas en cualquier momento a través de un representante, como sucedería con el derecho de propiedad. En segundo lugar, que el menor pueda ejercer autónomamente sus derechos fundamentales también depende de que haya adquirido la capacidad de obrar necesaria, lo cual obliga al análisis de los criterios con los que el legislador puede concretar esa abstracta condición de ejercicio. Por último, dicho ejercicio autónomo también depende de la ponderación que el legislador haya realizado de la presunción de capacidad de obrar del menor y de la necesidad de protección que el mismo tiene, o lo que es lo mismo, dependerá de la ponderación que el legislador haya hecho entre autoprotección y heteroprotección, respecto del ejercicio de los derechos por el menor y la eficacia que éstos tengan en las relaciones paterno-filiales o tutelares. A todo ello se dedicarán los epígrafes siguientes.

III.I. Modalidades de ejercicio

1) Ejercicio directo por el menor (autoejercicio)

Como regla general, el menor puede ejercer por sí mismo todos los derechos fundamentales, aunque no todas las facultades que constituyen su contenido constitucional. En efecto, hay facultades del contenido de un derecho fundamental que, por su propia naturaleza fáctica y por el efecto que tienen sobre el logro del interés constitucionalmente protegido, sólo pueden ser ejercidas personal y directamente por el titular del derecho. Pero también existen otras facultades del mismo y de otros derechos fundamentales, que, aun siendo ejercitables por el guardador o representante legal del menor, éste puede ejercerlas por sí mismo alcanzada determinada capacidad.

En el primero de los ámbitos (actos naturales) se encuadran todos aquellos actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental.[28] El padre o tutor del menor no puede vivir,

[28] Cfr. Gustav Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, Luchterhand, Neuwied a.R./Berlin, 1965, pp. 38ss.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pensar, hablar y expresarse, desplazarse físicamente, o, incluso reunirse, por ejemplo, en nombre y representación de aquél.[29] Ciertas facultades naturales del derecho a la vida, la libertad personal, la libertad ideológica y de conciencia, el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen, la libertad de expresión y de información, de creación artística, el derecho de reunión y manifestación o del derecho de huelga sólo pueden ser ejercitadas por el menor, puesto que el interés al cual sirve su garantía como parte del contenido de esos derechos fundamentales únicamente se ve satisfecho si es el propio menor el que realiza las acciones en que consisten. A ello no obsta que el menor no posea la capacidad física o psíquica necesaria para el desarrollo de dichas facultades, cuando, por ser demasiado pequeño, no puede aún desplazarse y expresarse libremente, ni siquiera tener una ideología propia. Eso es una circunstancia fáctica que afecta tanto al menor como al mayor de edad y que no constituye una limitación jurídica de la capacidad de obrar iusfundamental del primero, que en este caso posee desde su nacimiento y adquiere simultáneamente con la titularidad del derecho, dado que no es posible unificar jurídicamente el momento de adquisición de esa capacidad natural ni para todos los menores de edad ni para todos los derechos fundamentales.[30] Y tampoco constituye un obstáculo jurídico para el ejercicio de cualquiera de esas facultades iusfundamentales por parte del menor de edad, el hecho de que el mismo pueda venirle legalmente restringido en aras de su protección o de la tutela de derechos o intereses de terceros,[31] incluso, en su caso, con el establecimiento de los correspondientes mecanismos de responsabilidad jurídica del menor.[32]

El segundo de los ámbitos de ejercicio directo por parte del menor de sus derechos fundamentales es el de las facultades que conllevan la realización de actos jurídicamente relevantes (actos o negocios jurídicos). En

---

[29] *Ibid*., pp. 39-40.

[30] *Idem*., Röll, Monika, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährigen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 38-39; en un sentido diverso, Dürig, Günther, *Art. 19 III GG*, *Op. cit*., p. 13 y Kirchhof, Paul, *Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht*, *Op. cit*., pp. 177-178; también en un sentido contrario, aunque sin disociar titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, Pace, Alessandro, *Problematica delle libertà costituzionale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990 (2ª edición), p. 140.

[31] Cfr. Gustav Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, *Op. cit*., pp. 39-40; Röll, Monika, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährigen*, *Op. cit*., pp. 38-39.

32 Véanse, con carácter general, la responsabilidad extracontractual directa (Art. 1902 CC) e indirecta (Art. 1903 CC) del menor, según proceda, su responsabilidad penal (Art. 19 CP y Arts. 1 y 3 y 61.3 LORPM) y su responsabilidad administrativa-sancionadora (regulada de forma específica por diversas normas administrativas).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este sentido, el reconocimiento que realiza la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) de una serie de derechos fundamentales al menor de edad, no ha de ser visto como una reiteración baladí de las abstractas disposiciones constitucionales del Título I, sino una expresa confirmación legal de su capacidad para ejercerlos, con el único requisito adicional de la presencia de madurez suficiente. Respecto a los *actos que implican el ejercicio material o procesal* del derecho fundamental, presupuesta una determinada capacidad de querer y entender del menor, esto es, una determinada autonomía volitiva, producto de su madurez, la tradicional presunción legal de limitación de la capacidad de obrar del menor debe ser sustituida por la presunción constitucional que le atribuye esa capacidad cuando el negocio jurídico sea necesario para el disfrute del objeto del derecho fundamental, y no exista una expresa limitación legal de dicha capacidad de obrar iusfundamental constitucionalmente justificada. Allí donde el legislador ha guardado silencio y no ha limitado la capacidad de obrar iusfundamental del menor de edad, esto es, donde no ha excluido su autoejercicio de los derechos fundamentales, debe operar la regla general de la capacidad del menor siempre que tenga suficiente madurez; a una interpretación tal obliga la nueva LOPJM, cuyo artículo 2 establece la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones de su capacidad de obrar,[33] y en la que se regula el disfrute por parte del menor de una buena parte de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados. Consciente de ello, el artículo 162.2 1ª CC excluye de la potestad de representación paterna o materna aquellos "actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo",[34] mientras que el artículo 30 LRJAPyPAC prevé que los menores tendrán capacidad de obrar para el ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Del mismo modo, a *sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (en adelante LRAP), el menor con suficiente madurez (capa-

[33] En un sentido semejante, véase el Art. 133.3 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, de la Generalidad de Cataluña, del Código de Familia.

[34] En el ámbito foral, véase el Art. 155.2 a) del Código de Derecho de Familia de Cataluña, que utiliza también el criterio de la madurez; el Art. 5 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón, que utiliza el criterio de la edad para eximir al menor de esa representación legal; idéntico criterio al utilizado por la Ley 63.2 en relación con la Ley 50 de la Compilación de Derecho foral de Navarra.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cidad para querer y comprender el sentido y alcance de la intervención) puede consentir una determinada intervención quirúrgica necesaria para salvaguardar su vida o su integridad física, sin necesidad del concurso de la voluntad de sus guardadores legales, ejerciendo, con ello, el derecho del artículo 15 CE.

2) Ejercicio indirecto, a través de un tercero (heteroejercicio)

Como ya se tuvo ocasión de poner de relieve, los padres o tutores de los menores, en contra de lo que se puede pensar, no sólo asumen una posición de guardadores de los intereses del menor, sino que pueden llegar a ejercer en nombre de éste algunas de las facultades que forman parte del contenido de sus derechos fundamentales[35] con la finalidad de dotarles de la máxima efectividad posible, extendiendo no sólo su dimensión objetiva sino también este aspecto de su dimensión subjetiva. Es más, tanto la legislación estatal[36] como la autonómica[37] encomiendan a los representantes legales, o a quienes tienen legalmente atribuida la protección del menor, el ejercicio de ciertas facultades que forman parte del contenido de los derechos fundamentales del menor, lo que pone de relieve, una vez más, la estrecha relación que existe entre la consideración del menor como sujeto de derechos fundamentales y el proceso de protección del que es beneficiario. Desde este punto de vista, dado que la necesidad de heteroprotección del menor conduce a que el legislador haya limitado su capacidad de obrar iusfundamental en muchos ámbitos, queda un campo abierto relativamente extenso dentro del cual la función de heteroprotección de los representantes legales del menor les convierte en instrumentos a su servicio para el ejercicio de buena parte de las facultades que configuran sus derechos fundamentales.

Sólo cuando se pueda satisfacer el interés del menor a través de la actuación del tercero, cabe esa modalidad de ejercicio indirecto. En este

[35] Cfr. Paul Kirchhof, *Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht*, *Op. cit.*, p. 178.
[36] Cfr. Art. 4.5, Art. 6.3, pero, sobre todo, el Art. 10 LOPJM y el Art. 162 CC, que confieren respectivamente a los menores el derecho a recabar de las administraciones públicas "la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos...", y a los padres la representación legal de los hijos, salvo en los derechos de la personalidad que, "de acuerdo con la Ley y sus condiciones de madurez pueda ejercer por sí mismo".
[37] Véase, por todos, el Art. 18.1 g) de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor (en adelante LPAPM), que considera un mecanismo de protección a ejercitar por la Administración del Principado, cualesquiera acciones penales o civiles que puedan corresponder al menor.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sentido, las facultades iusfundamentales que consisten en actos naturales dirigidos a la realización del ámbito de libertad constitucionalmente protegido no parecen aptas para esa interposición de un tercero en el ejercicio de las mismas. El pensamiento libre, el movimiento de un lugar a otro, la decisión de reunirse en un espacio físico, la expresión de ideas u opiniones, pero también la comunicación secreta, sólo pueden ser realizadas por el mismo sujeto que se beneficia de la libertad ideológica, la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de expresión o el secreto de las comunicaciones, por poner algunos ejemplos.

Fuera de aquellos supuestos en los que la actuación personal del menor es insustituible es posible e, incluso, obligada la intervención de los representantes o guardadores legales del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Como tales se han de considerar los padres del menor, actúen conjunta o individualmente,[38] el defensor judicial nombrado *ad hoc* (Art. 163 CC),[39] el tutor o curador (Art. 267 CC), en su caso a la correspondiente institución autonómica de menores cuando los menores se encuentren en situación de desamparo[40] y al Ministerio Fiscal.[41] Este heteroejercicio puede tener lugar tanto con respecto a facultades de naturaleza material, como con respecto a facultades de naturaleza procesal, y, dentro de las primeras, tengan éstas carácter negocial o no. Así, por ejemplo, cuando el menor, dada su falta de madurez, no puede prestar su consentimiento para la celebración de un negocio jurídico a cuyo través se ejerce una facultad iusfundamental, como por ejemplo ejercer su derecho de asociación formando parte de una sociedad civil o mercantil, o ejercer su derecho a la propia imagen, cediendo su explotación comercial a un tercero, sus padres pueden ejercer esa facultad en su nombre (*sensu contrario* del Art. 162 CC en relación con el Art. 1263 CC). Lo propio cabe decir de las facultades de ejercicio del derecho fundamental que se manifiestan en la relación del menor con la Administración Pública. En el ordenamiento español los padres pueden prestar en nombre del menor su consentimiento para una operación quirúrgica que conlleve una injerencia en su integridad física o que implique la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo, un ensayo clínico o una técnica de reproducción asistida (Art.

[38] Cfr. Arts. 154.1, 156, 162 y 163 CC; Art. 14 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón; Art. 155 del Código de Familia de Cataluña; Ley 63.2 de la Compilación de Derecho foral de Navarra.
[39] Y la Junta de Parientes, conforme al Art. 5.2 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón.
[40] Véase, por todas las disposiciones autonómicas, el Art. 14 LPAPM.
[41] Conforme al Art. 10.2 b) LOPJM.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

9.3.c) y 9.4 LRAP)[42] y, del mismo modo, deben reclamar del Estado, en su nombre, su escolarización obligatoria, dando, con ello, efectividad a su derecho a la educación, por poner dos ejemplos significativos.

3) Criterios para el autoejercicio de los derechos fundamentales por el menor: su gradual autonomía volitiva

a) La edad, la capacidad natural y la madurez

En el epígrafe anterior se ha realizado una clasificación de los supuestos de ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor, a partir de que éste los ejerciese por sí sólo o de que el ordenamiento estableciese su incapacidad de obrar iusfundamental y encomendase su ejercicio a su representante legal. El legislador ha utilizado diversos criterios heterogéneos en función del sector del ordenamiento del que se trate y del ámbito de la realidad en el que se debiera desarrollar la actividad iusfundamental del menor, para determinar el momento en el que cabe uno u otro tipo de ejercicio. Si, como se ha dicho, la posesión de capacidad de obrar iusfundamental por parte del menor ha de ser considerada la regla, puesto que sólo de este modo se da satisfacción a la conjunción que debe existir entre su heteroprotección y su autoprotección, es preciso analizar ahora la constitucionalidad de los criterios utilizados por el legislador para el reconocimiento de su capacidad para ejercitar autónomamente sus derechos fundamentales. Los principales criterios que los diferentes ordenamientos jurídicos suelen utilizar para delimitar la capacidad de obrar iusfundamental del menor son tres:[43] la adquisición de una determinada edad, bien sea general para todos los derechos,[44] bien sea específica según de qué derecho o facultad se trate;[45] la presencia de una determinada capacidad

---

[42] Más allá de los supuestos de heteroejercicio previstos por la legislación básica estatal en materia de autonomía del paciente, diversas disposiciones legales autonómicas extienden, con dudosa constitucionalidad, la capacidad de heteroejercicio por parte de los padres y tutores de la facultad de autodeterminación sanitaria de todo individuo menor de 16 (Navarra y Valencia) o 18 años (Baleares, La Rioja), recluyendo la voluntad del menor a un mero derecho a ser oído.

[43] Pieroth y Schlink, *Staatsrecht II - Grundrechte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987 (3ª edición), p. 37, hacen referencia sólo a dos de los criterios, la madurez y la edad, aunque el primero parece incluir el de la capacidad natural del menor.

[44] Véase Ursula Fehnehmann, *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter*, *Op. cit.*, pp. 38ss; véase también la jurisprudencia de la House of Lords británica, *Parker LJ ([1985] 1 All ER 533 at 540, [1985] 2WLR 413 at 423.*

[45] Cfr. Günther Dürig, *Art. 19 III GG*, *Op. cit.*, p. 13; Stein, Ekkehart, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, *Op. cit.*, pp. 30 y ss; véase también el § 5.1 y 2 de la Ley alemana sobre

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

natural para el ejercicio de los derechos;[46] o, por último, la exigencia de una determinada madurez intelectual.[47] Es posible una combinación de todos o varios de ellos[48] dentro del mismo ordenamiento, aunque siga siendo predominante el más rígido de la exigencia de una determinada edad (la mayor edad) por el individuo.[49]

El Código Civil en sus artículos 154ss combina los criterios de la edad y la madurez[50] e impregna con ellos una buena parte del resto de sectores del ordenamiento jurídico. La capacidad de obrar laboral, determinante de la capacidad para ejercer ciertas facultades de los derechos de huelga y sindicación, se adquiere, según el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), a los 16 años para los menores emancipados o con la autorización de sus padres o tutores. Y también en lo que se refiere a la capacidad necesaria para ejercer la libertad de elección de centro docente, vinculada a la libertad ideológica y de conciencia, y al derecho a la educación, el artículo 4.1.b) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación y el artículo 2.2 del Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección del centro educativo, habilitan sólo a los mayores de edad a decidirlo por sí mismos, correspondiendo, en caso contrario, esta competencia a los padres o tutores del menor de edad. En el ámbito procesal es donde, como se ha visto, la aplicación del criterio de la edad es, en general, más rígida y donde plantea más problemas de constitucionalidad. La LEC es la más inflexible en el uso del criterio de la edad, e impide por completo al menor ejercer la acción penal por sí mismo en defensa de sus derechos fundamentales;[51] mientras que el artículo 16.2 del Real Decreto

formación religiosa de los niños, que considera los 14 años edad suficiente para el ejercicio de la libertad religiosa por parte del menor.

[46] Cfr. Günther, Dürig, *Op. cit.*, p. 13; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *Op. cit.*, p. 1069.

[47] Cfr. Albert Bleckmann, *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, *Op. cit.*, p. 421; igualmente en la jurisprudencia británica: House of Lords, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 3 All ER 402*.

[48] Véase, por ejemplo, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *Op. cit.*, pp. 1068-1069.

[49] Sobre el criterio de la edad como "semisospechoso de inconstitucionalidad", Cfr. Tribe, Lawrence H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1985 (2ª edición), p. 1592.

[50] Un ejemplo modélico de esta misma combinación lo ofrece el Art. 133 del Código de Familia de Cataluña, que impone la obligación de ejercer la patria potestad *para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad del menor* y obliga a *oír al mayor de 12 años, en todo caso, y al menor si tuviere suficiente conocimiento*, con una modélica combinación de los criterios edad y madurez.

[51] Véanse Arts. 102 y 271 LECr.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL) reproduce el criterio de los 16 años fijado en el ET. Por su parte, la LEC utiliza también la edad, combinado con el de la madurez, como criterio determinante del autoejercicio de las facultades procesales por parte de los menores, en la medida en que les permite ejercerlas con la asistencia, autorización o habilitación de su representante legal o tutor en los casos en que legalmente sea posible (Art. 162.2.1ª CC). Igualmente, como ya se dijo, el legislador sanitario ha previsto (Art. 9.4 LRAP), con dudoso apoyo constitucional en la necesidad de protección del menor,[52] el criterio de la mayoría de edad para la prestación del consentimiento en prácticas abortivas, ensayos clínicos o técnicas de reproducción asistida.

El criterio de la capacidad natural se encuentra habitualmente implícito en la necesidad de suficiente madurez del menor, por lo menos para el ejercicio de ciertas facultades de los derechos fundamentales. Así, como ya se dijo, el artículo 162.2.1ª CC exige la presencia de una determinada madurez intelectual en el menor para la realización de actos relativos a derechos de la personalidad sin el concurso de su representante legal. Esta madurez y la previsión legal reconocen al menor la capacidad de obrar necesaria para celebrar contratos a través de los cuales ejercitar un derecho fundamental. A ella se refiere, respecto del ejercicio del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y el artículo 9.3.c) LRAP, respecto del derecho a la integridad física. También el artículo 9.2 de la LOPJM utiliza el criterio de la madurez al referirse al derecho del menor a ser oído en los procedimientos administrativos que le afecten —y a través de los cuales ejerce sus derechos fundamentales—, cuando tenga suficiente juicio. Una solución muy parecida es la adoptada por el artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que reproduce el criterio de la madurez utilizado por el ordenamiento administrativo material (Art. 30 LRJAPyPAC). Y el artículo 21.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por poner un último ejemplo, vuelve a obligar a los estados a tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, en los procedimientos

[52] Como ha puesto de relieve la Corte Suprema de los Estados Unidos en su decisión Planned Parenthood vs. Danforth, 428 U.S. 52, 74 (1976), respecto de la necesidad de consentimiento paterno para que la menor sea sometida a un aborto.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que le afecten. La madurez y suficiente juicio del que hablan los preceptos mencionados es claro que sólo se alcanza presupuestas unas determinadas capacidades naturales, pero no se puede identificar con éstas.

4) La gradual autonomía volitiva del menor

El criterio adoptado por el legislador o por cualquier otro poder público para enervar la inicial presunción de capacidad de obrar iusfundamental del menor tiene que ser compatible con la posición constitucional de éste, conforme a los artículos 10, 12 y 39 CE. En este sentido, la necesidad de que la heteroprotección deje paso paulatinamente a la autoprotección obtiene un mayor reflejo mediante un criterio como el de la madurez que mediante la fijación de una o varias edades a las que se adquiere la capacidad para ejercer ciertos derechos, pues se adecua mejor a la diversidad de situaciones psicológicas de madurez que experimenta el individuo en el periodo de su vida denominado minoría de edad.[53] Por ello, sea cual fuere el criterio utilizado por el legislador, el mismo sólo encuentra justificación constitucional, por lo que se refiere a la limitación de la capacidad de obrar iusfundamental del menor, si tiene en cuenta su gradual autonomía volitiva como criterio para que sea desplazada en el tiempo por su autoprotección. Ello no conduce necesariamente a la inconstitucionalidad de los criterios que, como la edad, le rinden más difícilmente tributo, pues los mismos, además de definir la capacidad de obrar del menor, pueden reflejar también una limitación del ámbito de ejercicio de sus derechos fundamentales en aras de la tutela de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, como la seguridad jurídica. Semejante criterio interpretativo, derivado de la propia concepción dogmática que la CE de 1978 tiene de sus preceptos sobre derechos fundamentales y sobre la minoría de edad, tiene no pocas consecuencias a la hora de clarificar los problemas que plantea la selección de la norma aplicable en determinadas situaciones. Piénsese, por ejemplo, cómo de lo dicho se desprendería constitucionalmente más adecuado considerar derogado por la Disposición Derogatoria de la LRAP el artículo 4.a) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, por seguir requiriendo la mayoría de edad y oponerse al criterio de la madurez del menor para consentir la intervención

[53] Sobre esta pluralidad de responsabilidades y de madurez del menor, Cfr. Commite on Child Psychiatry (Group for the Advancement of Psychiatry), *How old is old enough? The ages of rights and responsibilities*, *Op. cit.*, pp. 19ss.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

médica consistente en la donación de órganos y que compone el derecho a la integridad física y moral, en lugar de considerar, siguiendo los cánones de la hermenéutica clásica, que el mencionado precepto de la Ley 30/1979 permanecería vigente como *lex specialis* en la materia.

Pero, ¿cuándo adquiere el individuo la suficiente autonomía volitiva como para que predomine su autoprotección y quede relegada su heteroprotección? A pesar de que en teoría el ordenamiento pueda utilizar diversos criterios para su determinación, lo cierto es que el de la madurez es el criterio que mejor parece adaptarse a su gradual y evolutiva adquisición de autonomía volitiva. Por ello, parece conveniente acudir a él cuando el legislador no haya clarificado de forma indubitada por qué criterio se ha inclinado. Éste sería el caso, por ejemplo, de la prestación del consentimiento en intervenciones quirúrgicas, que *sensu contrario* del artículo 9.3.c) LRAP podrá ser realizado por el menor cuando posea suficiente capacidad para adoptar esa decisión.

Con todo, para utilizar el criterio de la madurez, como concreción de la gradual autonomía volitiva del menor, es preciso saber en qué ha de consistir aquélla, pues sólo de esa forma será posible saber cuáles son sus límites y el necesario ámbito de extensión de la heteroprotección del menor. Hay una frecuente tentación a considerar que el menor sólo es maduro si es capaz de adoptar decisiones como lo haría si fuese mayor de edad, esto es, con la racionalidad propia del mayor de edad. Frente a este criterio se colocarían quienes consideran que esa madurez se adquiere cuando el individuo es capaz de decidir por sí mismo libremente con las características propias de la minoría de edad. Entre ambas posturas existen otras múltiples intermedias que hacen mayor hincapié en uno o en otro aspecto. Así, por ejemplo, ante la decisión del menor de 16 años de afiliarse a una asociación ecologista o de tomar la píldora anticonceptiva, ¿qué madurez se requiere del menor para que las pueda adoptar por sí mismo?

Exigir al menor una capacidad de decidir conforme a criterios propios del mayor de edad equivale a negarle la capacidad de autoprotegerse y a considerar que la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde, en último extremo a seres racionales, esto es, mayores de edad o menores que sean capaces de actuar como mayores, pero no en su calidad de menores. Sin embargo, ya se ha visto cómo los menores también son sujetos de los procesos de comunicación social por sí mismo, también son personas y, por ello, se hacen acreedores del reconocimiento de los derechos fundamentales, no sólo para su disfrute futuro, sino también para su

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

disfrute actual. Por ello, no es posible utilizar únicamente la racionalidad de la decisión como criterio para definir la adquisición de madurez o de suficiente autonomía volitiva para ejercer por sí mismos sus derechos.[54] El menor que decide irracionalmente puede tener suficiente madurez y, no obstante ello ser insuficiente para permitirle en todos los casos ejercer sus derechos fundamentales; pero, a la inversa, tampoco toda decisión racional del menor, aunque refleje un grado suficiente de autonomía volitiva, permite siempre el libre ejercicio de sus derechos. Además de la madurez, el ordenamiento puede requerir del menor que no perjudique el ejercicio actual o potencial del resto de sus derechos y que no origine menoscabo en los derechos fundamentales de terceros ni en bienes o valores constitucionalmente protegidos, todo ello a través de la delimitación y limitación del ejercicio de los derechos fundamentales.[55]

La madurez del menor, como requisito para poseer la capacidad de obrar iusfundamental y pretender el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales, lejos de estar vinculada a la racionalidad, debe estarlo a la capacidad de querer y de entender el significado de sus actos —en particular de los relativos a los derechos fundamentales— dentro de un proyecto vital propio,[56] asumiendo, de igual forma que los individuos mayores de edad, el riesgo de errar en su decisión. Así lo parece haber entendido el artículo 9.3.c) LRAP, que a la hora de describir limitar la capacidad de obrar iusfundamental del menor para ejercer, mediante el otorgamiento de su consentimiento informado a una intervención médica, su derecho a la integridad física y moral, sólo excluye la de quienes carezcan de la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención, presumiendo que, en todo caso, los mayores de 16 años la poseen.

[54] En un sentido semejante, véase Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, *Op. cit.*, pp. 221-222.

[55] Así, por ejemplo, un menor de 17 años puede tener suficiente autonomía volitiva como para decidir si desea ceder su imagen desnudo y, sin embargo, el ordenamiento permite al Ministerio Fiscal instar de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados, cuando sea contraria a sus intereses (Art. 4.2 y 3 LOPJM).

[56] En este sentido Catherine Lowy, *Autonomy and the appropriate projects of children: a comment on Freeman*, en Alston, Parker, Seymour (Edits.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 74-75.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. La minoría de edad como objeto de protección constitucional: incidencia en la delimitación del ejercicio de los derechos fundamentales

IV.1. La protección de la minoría de edad a través del "interés del menor" y su sentido constitucional

Conforme a lo dicho hasta ahora, el individuo, de un lado como persona, posee capacidad jurídica iusfundamental y es titular de diversos derechos fundamentales que puede ejercer directamente o a través de un tercero; pero, por otro lado, junto a ello, el artículo 39.2 y 3 CE, en relación con el artículo 12 CE, ha considerado la minoría de edad como un periodo vital durante el cual aquél no se basta para la tutela de sus derechos e intereses y precisa la adopción de instrumentos de heteroprotección de aquél. La necesaria compatibilidad entre heteroprotección y autoprotección del menor halla su expresión legal en el concepto "interés del menor", habitualmente utilizado por la doctrina,[57] la legislación[58] y la jurisprudencia.[59] Este concepto jurídico indeterminado[60] se ha identificado en muchas ocasiones con la heteroprotección, pero desde un punto de vista constitucional únicamente puede reflejar auto y heteroprotección al mismo tiempo. Un interés que, como pone de relieve la jurisprudencia constitucional sobre la jurisdicción penal de menores,[61] no ha de descuidar ni la heteroprotección ni la autoprotección del menor, so pena de estar viciada de inconstitucionalidad por desconocer bien el mandato de protección del menor, bien su condición de persona cuya dignidad se basa en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales.[62] La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría

[57] Véase, por todos, Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, *Op. cit.*

[58] Véase, entre muchas disposiciones legales, la LOPJM, en especial su "Exposición de motivos" y la referencia en el Art. 2 al "*interés superior del menor*"; y, de entre las disposiciones de protección del menor de ámbito autonómico que también utilizan el principio del interés del menor como criterio rector de su protección, véase, por todas, el Art. 2 LPAPM.

[59] Véanse la STC 141/2000, de 29 de mayo; la STS de 18 de junio de 1998; la STS de 24 de abril de 2000, entre muchas.

[60] En este sentido, Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, *Op. cit.*, pp. 191ss.

[61] Véase el asunto de la Corte Suprema de los Estados Unidos In re Gault, 387, U.S., 1 (1967); en nuestro país, STC 36/1991, de 14 de febrero, F. J. 7º; STC 233/1993, de 12 de julio, FF. JJ. 2º y 3º.

[62] Inconstitucional resultaría, pues, la idéntica aplicación del régimen penal de los mayores a los menores, desconociendo el mandato constitucional de protección que impone el Art. 39 CE (STC 233/1993, de 12 de julio de 1993, FF. JJ. 2º y 3º); pero también aplicarles un régimen reeducativo-sancionador que desoyera las exigencias constitucionales de los procedimientos sancionadores (derecho de defensa, principio de legalidad, etc.), de los que se beneficiaría cualquier individuo con independencia de su edad (STC 36/1991, de 14 de febrero, F. J. 7º; STC 61/1998, de 13 de marzo, F. J. 4º).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de edad, y, en particular, de la que afecta a sus derechos fundamentales.[63] El ordenamiento se halla sujeto al mandato de optimización establecido en el artículo 39.2 y 3 CE a la hora de disciplinar las relaciones paterno-filiales, las relaciones tutelares y de desamparo, las relaciones escolares u otras situaciones de sujeción general y especial en las que se puede ver inmerso el menor, y éste equivale a la realización del interés del menor.

Dado que el menor pasa la mayor parte de su tiempo en el seno del hogar familiar, o por lo menos bajo dependencia personal y patrimonial de la familia, es de especial relevancia la recepción legal de este concepto en las disposiciones sobre patria potestad del Código Civil, cuyo artículo 154.2, sin referirse expresamente al mismo, dispone que aquélla ha de ejercerse siempre en *beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad*, a consecuencia de lo cual les obliga a oírlos en las decisiones que les afecten a partir de los doce años.[64] En lo que se refiere a la incidencia de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por el menor, el legislador únicamente puede utilizar como criterio para delimitar autoejercicio y heteroejercicio de los derechos, el del interés del menor en los términos expuestos, sin perjuicio de que otros elementos, como la protección de otros bienes o valores constitucionales o los derechos y libertades fundamentales de terceros, puedan ser la causa de una delimitación o limitación ulterior, como lo podrían ser también respecto del mayor de edad.

Sin embargo, la vinculación normativa que la CE impone a los sujetos públicos y privados a través del interés del menor no es siempre igual, ni desde un punto de vista personal, ni desde un punto de vista material. Desde el punto de vista subjetivo, los padres, los tutores y los entes públicos que pueden tener encomendada la guarda y custodia del menor, o disponer sobre ella, se hallan sometidos a una más intensa vinculación a la hora de perseguir su interés, que los educadores u otros sujetos, que tienen una vinculación jurídica menos intensa con aquél. Los primeros han de tener en cuenta todos los ámbitos vitales del menor sobre los que es preciso tutelar su interés mediante la actuación o la inactividad, me-

[63] Es el concepto en el que se integran la heteroprotección y la autoprotección del menor. No tiene, pues, un significado opuesto a la autonomía volitiva del menor o a la función paterna de salvaguardia y cuidado del menor, tal y como, sin embargo, se ha pretendido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en Bellotti vs. Baird, 443, U.S., 622, 633 (1979).

[64] Mucho más explícito es el Art. 133 del Código de Familia de Cataluña, que impone la obligación de ejercer la patria potestad *para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad del menor* y obliga a *oír al mayor de 12 años, en todo caso, y al menor de edad si tuviere suficiente conocimiento*, con una modélica combinación de los criterios edad y madurez.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

diante la heteroprotección o la autoprotección, mediante el autoejercicio o el heteroejercicio de sus derechos fundamentales, mediante la limitación o mediante la permisividad. Los segundos, por el contrario, suelen tener legalmente delimitados los ámbitos vitales del menor sobre los que pueden y deben actuar, por lo que la realización del interés del menor debe reducirse a ellos.

Desde un punto de vista objetivo, a su vez, la extensión del contenido normativo del interés del menor es también distinta dependiendo del ámbito vital sobre el que haya de proyectarse. Padres, educadores, instituciones tutelares y centros de menores, sujetos privados y sujetos públicos, obtienen diversas respuestas del interés del menor a la hora de procurar su protección, según la esfera vital de que se trata. Si la misma tiene carácter personal, y específicamente por lo que aquí interesa se refiere al ejercicio de los derechos libertades del menor, la tutela de su interés exige una muy rigurosa ponderación entre heteroprotección y autoprotección, que viene regida, como antes se dijo, por la vigencia del criterio de la gradual autonomía volitiva del menor. Por el contrario, si la esfera vital tiene una naturaleza patrimonial, o incluso personal pero desvinculada del ejercicio de derechos y libertades fundamentales del menor, el criterio con el que el legislador orienta la realización de su interés es distinto y produce unos efectos normativos también diferentes. Piénsese, por ejemplo, que mientras en la esfera personal de los derechos fundamentales la gradual autonomía volitiva del menor conducía a que su interés se centrase tanto en el futuro como en el presente, con una especial relevancia de este último; en la esfera patrimonial, sin embargo, el legislador puede haber permitido la persecución del interés del menor a través fundamentalmente del aseguramiento de su posición futura. De igual forma, mientras en la esfera personal de los derechos la madurez no puede quedar a expensas únicamente de la racionalidad de la decisión, en la esfera patrimonial esa racionalidad se convierte en criterio dirimente de la adopción de decisiones por parte del representante legal en beneficio del menor.

IV.II. Atribución de potestades constitucionales y legales para la protección del menor

A fin de garantizar que el menor reciba protección mediante el ejercicio por sí mismo o a través de un tercero de sus derechos fundamentales, pero también, en su caso, mediante la adopción de medidas limitativas o

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

delimitativas de éstos, el artículo 39 CE impone una serie de obligaciones subordinadas al cumplimiento de esta función protectora. Destinatarios de dichas obligaciones son de un lado, los padres, y de otro, los poderes públicos, de forma acumulativa y no subsidiaria.[65] La imposición de estas obligaciones plantea la cuestión de si las mismas conllevan la atribución constitucional y, en su caso, legal de las potestades necesarias para su cumplimiento.

En lo que se refiere a los poderes públicos, a salvo de los supuestos excepcionales en los que se ha admitido su capacidad para ejercer algunos derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva, lo cierto es que los mismos son titulares de diversas potestades públicas necesarias para el cumplimiento de aquella función constitucional de protección del menor. En este sentido, tanto el legislador, a través de la regulación de las relaciones paterno-filiales en el Código Civil (Arts. 154ss.)[66] o de los derechos del menor en la LOPJM, de las leyes autonómicas de protección del menor y de diversos instrumentos legales de carácter sectorial, como, sobre todo, la Administración Pública y el poder judicial, a través de los distintos institutos y competencias que les han conferido las disposiciones legales antes mencionadas, ordenan, supervisan y complementan la protección de los menores de edad. Y lo hacen en el marco de las relaciones jurídico-privadas y administrativas de sujeción general o de sujeción especial. Las potestades otorgadas a los poderes públicos para cumplimiento de este fin, sin ser subsidiarias de las atribuidas a los padres, tienen por objeto complementarlas allí donde aquéllas no alcancen, institucionalizarlas y reforzarlas, para que tengan mayor efectividad,[67] pero también, en su caso, supervisarlas para velar por el interés del menor.[68]

Más problemático resulta el papel de los padres en la realización del mandato constitucional de protección del menor. La afirmación de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor vino a alterar la configuración de la patria potestad. La naturaleza jurídica de la patria potestad ya no es la de un poder sobre una cosa o sobre un sujeto, sino la de un conjunto de facultades y deberes orientado al cumplimiento

[65] Diego Espín Cánovas, *Artículo 39*, *Op. cit.*, p. 59.
[66] Y en las disposiciones de derecho foral de Aragón (Arts. 9ss de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), Cataluña (Arts. 132ss del Código de Familia) y Navarra (Leyes 63ss de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).
[67] En este sentido, Cfr. Hogdson *vs.* Minessota, 88 U.S. 1125 (1990).
[68] Como ponen de relieve, por ejemplo, los Arts. 17ss LPAPM.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de una función constitucional.[69] Como consecuencia de lo anterior, cabe preguntarse si los padres, en virtud de su posición constitucional de garantes de los derechos del menor, no han pasado de ejercer un poder de naturaleza meramente privada a ejercer un poder de naturaleza jurídica semipública, que asemeja la relación paterno-filial a una relación administrativa de sujeción especial.[70] Ello no quiere decir que ciertos aspectos de la relación paterno-filial durante la minoría de edad no sigan conservando naturaleza jurídico-privada,[71] sino solamente que esta última perspectiva no basta para comprender las funciones de guarda y de representación que tienen los padres respecto de los hijos, así como la incidencia normativa de los derechos fundamentales de estos últimos sobre aquéllas.[72] Aunque la polémica categoría de las relaciones de especial sujeción debe, sin duda, ser objeto de una interpretación restrictiva, dado que fue un pretexto para diversos abusos de poder por parte de la Administración y mermas en la vigencia de los derechos fundamentales,[73] en el caso de los menores la posible extensión de algunos de los principios constitucionales, que rigen en estas últimas relaciones, más que una merma de garantías para el individuo menor pasaría a ser un refuerzo de las mismas. Con ello, sus derechos fundamentales pasarían a tener eficacia directa frente a quienes ejerzan la patria potestad y no sólo indirecta a través de la configuración legislativa de las potestades paternas.[74]

---

[69] Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de derecho civil*, Vol. IV, *Op. cit.*, pp. 569, 571ss; Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, T. V, Vol. 2, Reus, Madrid, 1985, p. 204.

[70] En este sentido, Jan Anders, *Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt. Zugleich ein Beitrag zur freiwilligen Erziehungshilfe*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrechts*, 1960, p. 476; Robert A. Burt, "Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños", en Gargarela, Roberto (Comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 195.

[71] Así, por ejemplo, las relaciones internas de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad (Art. 156 CC), las obligaciones de los hijos de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares (Art. 155.2 CC) y en general, todos aquellos aspectos de la relación paterno-filial durante la minoría de edad que no conllevan capacidad de los padres para imponer unilateralmente obligaciones a los hijos.

[72] Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 182ss, ve un fenómeno semejante en relación con los servicios públicos cuya prestación se ha descentralizado en sujetos privados, concluyendo que la relación jurídica entre el usuario y la empresa concesionaria es una relación jurídico administrativa, a pesar de que ambos sujetos sean sujetos jurídico-privados, pero no una relación de sujeción especial, dada la desigual intensidad con la que se manifiesta la sujeción existente entre ambos.

[73] Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 204ss.

[74] Cfr. Robert A. Burt, "Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños", *Op. cit.*, pp. 194-195.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Buena parte de los elementos característicos de una relación jurídico-administrativa de sujeción especial[75] se encuentran presentes en la relación paterno-filial durante la duración de la patria potestad. En primer lugar, los padres o tutores poseen, conforme a los artículos 154ss, y 267ss CC, una potestad sobre los hijos o tutelados para imponerles unilateralmente obligaciones, de la que es correlato el deber de obediencia de éstos (Arts. 154.4, 155 y 268 CC). En segundo lugar, es cierto que ni el padre ni el tutor reúnen todos los requisitos del moderno concepto de poder público, pero la relación jurídica que existe entre ellos y los menores que se encuentran bajo su responsabilidad se corresponde más con una función pública que con un derecho subjetivo, que es la característica propia de la actuación de los entes públicos.[76] En tercer lugar, la capacidad de los padres y tutores para imponer obligaciones a sus hijos o tutelados en su interés no es ajena al derecho, sino que se inserta en el seno de una relación jurídica, con independencia de si la misma en su conjunto puede ser calificada de pública o ha de ser calificada de relación jurídico-privada. En cuarto y último lugar, los derechos fundamentales del menor o tutelado tienen vigencia también en el interior de esa relación, aunque su eficacia se vea debilitada como consecuencia de la indeterminación de las cláusulas que permiten su delimitación y su limitación, lo que se tendrá ocasión de analizar más adelante. Por supuesto, no están presentes en la relación paterno-filial otros elementos de la relación administrativa de sujeción especial, como la inserción del menor dentro de una organización administrativa de la que ni el padre ni el tutor forman parte, o la necesidad de autoorganización, presupuesto de la existencia de las intensas potestades de sujeción del padre o tutor sobre el menor.

Por ello, sin pretender ubicar la relación paterno-filial o tutelar dentro de la categoría de las relaciones administrativas de sujeción especial, quizás sí sea posible asimilarlas a éstas como *relaciones privadas de sujeción especial*, en las que la especialidad de la sujeción unilateral de un sujeto privado por otro también privado permite publificar muchos aspectos de esa relación y equiparar parte de la actuación del padre o tutor sobre el menor a una actividad estatal. Ello plantea el interrogante de si la relación paterno-filial puede seguir siendo contemplada desde el prisma de

[75] Sobre ellos véase Mariano López Benítez, *Op. cit.*, pp. 171ss.
[76] Favorable también a esta tendencial aplicación analógica del concepto de función pública, pero sin considerar, por ello, a los padres como un órgano del Estado, Fritz Ossenbühl, *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 52.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la eficacia indirecta de los derechos fundamentales, o, por el contrario, la naturaleza semipública de dichos actos, derivada de la especial sujeción que implica imponer a los padres la obligación de respetar y promover el disfrute de los derechos fundamentales por parte del menor, como si se tratase de una administración pública, permite hablar de una eficacia directa, atribuyendo a los menores, o a terceros como el defensor judicial o el Ministerio Fiscal en su nombre, la capacidad para reaccionar frente a las injerencias de los padres en dichos derechos.

IV.III. La posibilidad de delimitación y limitación de los derechos fundamentales durante la minoría de edad como consecuencia del ejercicio de las potestades de protección

La atribución legal de una serie de potestades para la protección del menor trae consigo no sólo la posibilidad de suplir la falta de capacidad de obrar iusfundamental del menor y ejercer sus derechos fundamentales en su nombre, sino también una serie de limitaciones en el contenido o en el ejercicio de esos derechos fundamentales. Aunque la delimitación y la limitación de los derechos fundamentales pueden provenir de la protección de bienes y derechos constitucionales distintos de la protección del propio menor, esta última, con mucho, es la fuente de límites que tienen una incidencia más intensa sobre sus derechos fundamentales, sobre todo si se tiene en cuenta que el menor se encuentra sometido a una heteroprotección especial a la que, con carácter general, no se encuentra sometido quien es mayor. La propia CE de 1978 ha sido consciente de ello de forma implícita en el mandato de protección del artículo 39 en relación con el artículo 12, que fija la mayoría de edad de los españoles a los 18 años, pero también de forma explícita en diversos preceptos constitucionales aislados. Así, por ejemplo, el artículo 27.3 CE, en lo que se refiere a la posibilidad de los padres para decidir la formación religiosa y moral, acorde con sus propias convicciones, que deben recibir sus hijos; de igual forma, el artículo 20.4 CE, al establecer los límites a la libertad de expresión e información, de creación artística, científica y técnica y de cátedra, configura la protección de la infancia y la juventud (dentro de las que se desarrolla la minoría de edad) como un límite al ejercicio de los mismos, que afecta no sólo a los mayores de edad, sino también a los menores que los pretendan ejercer.

El legislador orgánico al desarrollar parte del contenido de los derechos fundamentales durante la minoría de edad prevé que la protección

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del menor opere como una delimitación o como un límite a su ejercicio. En este sentido, son diversas las disposiciones de la LOPJM que, aun reconociendo la capacidad de ejercicio del derecho fundamental por parte del menor, restringen su ámbito en atención a su necesidad de heteroprotección, como parte de la tutela de su superior interés.[77] También las diversas disposiciones legales estatales y autonómicas, aprobadas para la educación, protección y asistencia a los menores, aun reconociendo la vigencia de sus derechos fundamentales, restringen su autoejercicio cuando el mismo es pernicioso para el superior interés del menor.[78] Pero, dado que la mayor parte del tiempo efectivo de vida del menor éste lo disfruta, de forma decreciente a medida que se aproxima a la mayoría de edad, en el ámbito familiar bajo la dependencia de sus padres, son las disposiciones del Código Civil o de las compilaciones de derecho foral las que han de ser tenidas más en cuenta desde el punto de vista de la delimitación y limitación de los derechos, habida cuenta que los padres son los primeros destinatarios del mandato constitucional de protección del menor. En este sentido, la cláusula general del artículo 154 CC, en lo relativo al deber de los padres de velar por sus hijos o a la facultad de corregirlos razonable y moderadamente,[79] constituye un claro ejemplo de la habilitación legislativa para incidir sobre los derechos fundamentales del menor, aunque como tales delimitaciones y limitaciones deban respetar el contenido esencial del derecho fundamental (Art. 53.2 CE). ■

Volver al Índice >>

[77] Véanse, entre otros, el Art. 4.2 y 3 LOPJM, en relación con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen; el Art. 5, respecto al derecho a recibir información; el Art. 6.3, en relación con la libertad ideológica; el Art. 7.2, respecto a los derechos de reunión y asociación; el Art. 8.1, respecto a la libertad de expresión; y el Art. 9.2, en lo que se refiere al derecho a ser oído en los procedimientos judiciales para la tutela de sus intereses legítimos.

[78] En lo que se refiere al ámbito escolar, Cfr. el Art. 6. 2 LODE y los Arts. 35ss RD 732/1995. Por lo que se refiere a la guarda y amparo administrativo de los menores, véanse dentro de las leyes autonómicas sobre protección de menores los Arts. 31ss LPAPM y el Decreto 48/2003 del Principado de Asturias, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores.

[79] En relación con la tutela, véanse los Arts. 268 y 269 CC.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IUS

LOS DERECHOS SEXUALES DE LAS Y LOS JÓVENES EN EL CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

Yuriria A. Rodríguez Martínez*

SUMARIO

I. Introducción
II. Sexualidad de jóvenes y derechos humanos
III. Derechos sexuales de las y los jóvenes en el contexto jurídico mexicano
IV. Educación sexual integral: avances del derecho sexual de las y los jóvenes en México
V. Consideraciones finales

RESUMEN

El presente artículo aborda las referencias jurídicas nacionales e internacionales que fundamentan el debate sobre los derechos sexuales. Sobre esta intención se relacionan los documentos más importantes que han abordado el tema y que van desde la Conferencia sobre Derechos Humanos de Teherán de 1968, en donde se estableció por primera vez el derecho de las parejas para decidir el número de hijos y su espaciamiento, hasta la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, que fue el primer tratado internacional que aseguró la igualdad de acceso a los servicios de planificación familiar. Profundiza en los avances en materia de educación sexual en el país como derecho y hace

ABSTRACT

The present article approaches the national and international juridical references that base the debate on the sexual rights. On this intention is related the most important documents that have approached the topic and that they go from the Conference it has more than enough Human rights of Teheran 1968, where settled down the right of the couples for the first time to decide the number of children and its spacing, until the Convention on the Elimination in all the ways of Discrimination against the Woman of 1979, that the first international treaty that assured the access equality to the services of family planning was. It approaches in the advances as regards sexual education in the

* Doctora en ciencias sociales, en la especialidad mujer y relaciones de género, por la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

algunas consideraciones en cuanto a la necesidad de desarrollar más amplia y específicamente el marco jurídico mexicano vigente y la construcción de más herramientas jurídicas que posibiliten la protección de los derechos humanos en el campo de la sexualidad. La autora concluye que el derecho sexual a la educación sexual científica, confiable y laica, en México se ha impulsado y desarrollado en un trabajo colaborativo interinstitucional entre organizaciones gubernamentales, civiles y académicas, especialistas en el rubro.

country like right and he makes some considerations as for the necessity of developing wider and specifically the Mexican norms and the construction of more juridical tools that facilitate the protection of the human rights in the field of the sexuality. The author concludes that the sexual right to the scientific, reliable and lay sexual education, in Mexico has been impelled and developed in a collaborative work among government, civil and academic organizations, specialists in the item.

El ser cada una/o sujetas y sujetos de derecho lleva implícito el respeto hacia las demás personas, es decir, podemos ejercer nuestras libertades y garantías individuales en tanto no violentemos el derecho de las y los demás. Ninguna persona debe atentar contra nuestros derechos.

Cartilla de los Derechos Sexuales de las y los Jóvenes,
Comisión Nacional de los Derechos Humanos
y más de 80 organizaciones civiles**

I. Introducción

El presente artículo tiene el objetivo de establecer las referencias jurídicas nacionales e internacionales que fundamentan el debate sobre los derechos sexuales de las y los jóvenes en México. Para ello, resulta necesario delinear las ideas que fundamentan a las sexualidades de las y los jóvenes como un campo de derechos humanos en el que se condicionan y determinan diversas posibilidades de la configuración de los individuos como

** Publicada en enero de 2003 como parte de la Campaña Nacional por los Derechos Sexuales de las y los Jóvenes, que impulsó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y más de 80 organizaciones civiles de todo el país dedicadas a la defensa y promoción de estos derechos. Véase en http://infouam.blogspot.com/2005/03/cartilla-de-los-derechos-sexuales-de.html [visitada el 20 de junio de 2007].

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sujetos de deseo, pero también de derechos. Particularmente se profundiza en los avances en materia de educación sexual en el país, siendo éste un derecho sexual de las y los jóvenes del cual se cuenta con diversas fuentes del derecho que lo sustentan y que han permitido desarrollarlo de alguna manera como parte de las políticas públicas educativas. Finalmente, se hacen algunas consideraciones en cuanto a la necesidad de desarrollar más amplia y específicamente el marco jurídico mexicano vigente y la construcción de más herramientas jurídicas que posibiliten la protección de los derechos humanos en el campo de la sexualidad de las y los jóvenes, y el correspondiente ejercicio de sus derechos sexuales, indispensable para atender las complejas problemáticas que enfrentan las y los jóvenes, como son los embarazos no deseados y los abortos inducidos en condiciones de riesgo, así como la transmisión del VIH/SIDA y otras infecciones de transmisión sexual.

La articulación del debate de la sexualidad humana, la salud y la reproducción, como parte de los ámbitos de protección de los derechos humanos para el desarrollo social y poblacional, derivada de los consensos internacionales de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 y la IV Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing en 1995, dio paso a la propuesta de derechos reproductivos y derechos sexuales, derechos de tercera generación, cuya definición ha avanzado en debates nacionales e internacionales con más claridad en lo que respecta a lo reproductivo, integrándose propuestas específicas de leyes, normas y programas de políticas públicas que pretenden promover y garantizar el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos y a tener los medios necesarios para la planificación familiar y la anticoncepción, la protección de la salud materna y perinatal y el derecho a la atención de calidad durante el embarazo, el parto y puerperio previniendo así la muerte materna, entre otros. Estos avances han sido parte del recorrido histórico de la política de población que en México se inició en términos jurídicos en la década de los años setenta del siglo pasado con la promulgación de la Ley General de Población y la creación del Consejo Nacional de Población, abriendo camino para la posterior integración de los acuerdos internacionales de la década de los noventa, relativos a los compromisos adquiridos por el gobierno mexicano en El Cairo y Beijing, a través de la creación del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1995-2000, con la respectiva Dirección General de Salud Reproductiva de la Secretaría de Salud en 1995.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En cuanto a los derechos sexuales, la apertura de los debates en la academia, las instituciones de servicios y la opinión pública en México se ha derivado principalmente de la necesidad de salud pública en términos de atender la pandemia del VIH/SIDA, desarrollar programas y acciones para la prevención y para garantizar un tratamiento de calidad a quienes viven con ese padecimiento. Además, el avance en la incorporación de algunas garantías de derechos relativos con la sexualidad, las prácticas y preferencias sexuales, se evidencia en el contexto jurídico mexicano con la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal, promulgada en noviembre de 2006, y el Pacto Civil de Solidaridad del estado de Coahuila incorporado al Código Civil de ese estado de manera oficial en enero de 2006.

Específicamente, el derecho a la educación sexual como derecho sexual de las y los jóvenes se avanzó en México a partir de los compromisos internacionales adquiridos por el gobierno en El Cairo 1994 y Beijing 1995. En el sexenio 1994-2000 el Estado mexicano integró algunos contenidos en asignaturas y libros de texto de primaria y secundaria a través de la Secretaría de Educación Pública. Además, impulsó e implantó programas de atención a la salud reproductiva para adolescentes y jóvenes en las instancias de salud pública del país, incluyendo propuestas de acciones específicas para la educación sexual integral de las y los jóvenes mexicanos. En el nivel de educación primaria, desde 1998 se incluyeron algunos contenidos de información y educación sexual en los libros de texto de 5° y 6° grado, y en el nivel de secundaria se establecieron contenidos como parte de la currícula de la materia "Formación cívica y ética". Éstos son los avances más recientes, pero en México la educación sexual comenzó a integrarse en las escuelas y los libros de texto desde 1974, cuando el gobierno tomó la seria tarea de prevenir los embarazos entre adolescentes. La política pública dirigida a la reducción de embarazos en adolescentes ha obtenido resultados positivos teniendo una disminución importante del número de embarazos en esa población en los últimos treinta años.

Los avances en materia de información y educación sexual constituyen una muestra importante y clara de los avances en el marco jurídico mexicano en torno a los derechos sexuales de las y los jóvenes. Sin embargo, éste es sólo un derecho sexual que no se puede separar de otros derechos sexuales de las y los jóvenes, como son el derecho a la autodeterminación en todo lo relacionado con el cuerpo y la sexualidad, el derecho a disfrutar de la vida sexual, a la manifestación pública de los afectos, decidir con quién compartir la vida y la sexualidad, al respeto de la intimidad y la vida

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

privada, a vivir una sexualidad libre de coerción y de violencia, libre de discriminación, a la libertad reproductiva, la igualdad de oportunidades y la equidad, así como a servicios de salud sexual y salud reproductiva de calidad y a participar en la elaboración, planeación y evaluación de las políticas públicas sobre sexualidad para jóvenes.

II. Sexualidad de jóvenes y derechos humanos

Como se ha demostrado en diferentes estudios, la sexualidad es parte de la vida de los seres humanos,[1] y como tal forma parte de la convivencia social en tanto cada cultura y sociedad define sus reglas para ejercer ciertas prácticas y prohibir otras. La sexualidad humana es una necesidad vital para la procreación de la humanidad y las formas de satisfacerla se construyen e instituyen históricamente en la convivencia sociocultural. Sin embargo, los estudios referidos a la sexualidad han demostrado que los seres humanos no sólo ejercen su sexualidad con fines de procreación. La sexualidad es una cualidad de los seres humanos y con ella se ejercen distintos tipos de relaciones, como las afectivas y de poder. Así, las conductas y prácticas sexuales generalmente tienen una variedad de funciones y fines como las de satisfacer necesidades afectivas, de comunicación, de relacionarse, de confirmación de identidades, a veces de sometimiento.[2]

La experiencia sexual de cada ser humano depende de su propia historia y sus condiciones de vida en cada caso. Por lo anterior, cuando se habla de sexualidad, se debe tener presente que existen diversas prácticas así como circunstancias y fines con que se realizan o no, con sus diferentes significados y valoraciones constituidas desde la subjetividad de los individuos en el contexto social histórico y cultural en el que viven. La sexualidad, como lo muestra Michael Foucault, es una construcción social

[1] Al respecto hay un sinnúmero de investigaciones y desarrollos teóricos en las ciencias sociales. Véase por ejemplo una colección de lecturas referidas a la sexualidad como parte fundamental de la convivencia social en Jeffrey Weeks, Janet Holland y Matthew Waites, *Sexualities and Society. A reader*, United Kindom, Polity Press, Cambridge, 2003. También véanse estudios en México en esta materia realizados desde la antropología social, como por ejemplo, la revista *Desacatos. Revista de Antropología Social*, No. 6, Primavera-Verano 2001, que contiene artículos de investigaciones realizadas en México como la de Gabriela Rodríguez, "Perdiendo los estribos. Emociones y relaciones de poder en el cortejo". O las realizadas desde la psicología social, como la de Ana Amuchástegui, *Virginidad e iniciación sexual en México. Experiencias y significados*, Edamex-Population Council, México, 2001.

[2] El estado del arte respecto a la investigación sobre sexualidad en México y las evidencias de los diferentes significados y prácticas que involucra este ámbito del ser humano se puede revisar en Ana Luisa Liguori e Ivonne Szasz, "La investigación sobre sexualidad en México", en la revista *Perinatología y Reproducción Humana*, Vol. 10, No. 2, abril-junio, 1996.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

e histórica en la que se producen y definen relaciones de poder,[3] mismas que delimitan normatividades y demandas sociales ante los sujetos y su vida sexual.[4]

Como se ha mencionado, el reconocimiento de la sexualidad como parte integral de la salud y del desarrollo se consolidó en la Conferencia de El Cairo de 1994, resultado de un proceso de transformación de conceptos y programas en torno a la población. Como lo describe José Barzelatto[5] este proceso ha ido desde los conceptos y programas de "control de la natalidad", pasando por la planificación familiar y derivando en las propuestas de salud reproductiva y salud sexual. En la primera conferencia de la ONU sobre población, en Bucarest en 1974, los gobiernos consideraron, desde una perspectiva demográfica, que el control natal era una herramienta necesaria para el desarrollo de la sociedad y se empezaron a crear los programas de planificación familiar. Durante la segunda conferencia de población, en México, en 1984 los gobiernos no lograron ponerse de acuerdo en cuanto a la relación entre el desarrollo social, el desarrollo económico y el desarrollo demográfico. Fue en la tercera conferencia, llamada Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, en El Cairo en 1994, en donde ya se consumó un cambio fundamental en los conceptos dando como resultado un nuevo estándar internacional: el de la salud sexual y reproductiva como solución a los problemas de población y desarrollo. Aunque, de acuerdo con Sonia Correa,[6] el término "derechos reproductivos" es de origen reciente y se presume que fue originado con la fundación de la Red Nacional por los Derechos Reproductivos, en Estados Unidos en 1979, fue en la reunión de El Cairo donde se aceptó de manera consensuada que la sexualidad es un tema de derechos humanos y que los derechos reproductivos son elementales para lograr la salud sexual y reproductiva. Sin embargo, no fue en ese momento, sino hasta la IV Conferencia Internacional de la Mujer en Beijing, en 1995, cuando se

[3] Véase Michel Foucault, *Historia de la sexualidad, Tomo I, La voluntad de* saber, Siglo XXI, México, 1987.
[4] Gayle Rubin, "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad", en Vance, Carole (Comp.), *Placer y peligro,* Roultdge & Kegan Paul, Boston, 1984.
[5] José Barzelatto, "Conferencia magistral Desde el control de la natalidad hacia la salud sexual y reproductiva: la evolución de un concepto a nivel internacional", *Memoria de la Reunión Nacional de Donatarios del Programa de Salud Reproductiva y Población de la Fundación Ford en México*, Cuernavaca, Morelos, julio de 1995.
[6] Sonia Correa y Rosalind Petchesky, "Los derechos reproductivos y sexuales: Una perspectiva feminista", capítulo 8 de libro de G. Sen, A. Germain y L. Chen (Eds.), *Population Policies, Reconsidered (Healdt, Empowerment, and Rights)*, Harvard University Press, USA, 1994.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

reconoce la importancia de los derechos sexuales para el bienestar social. Como tema reconocido internacionalmente como parte de los derechos humanos, los derechos reproductivos y los derechos sexuales se han ido desarrollando en las discusiones internacionales sostenidas por los estados, impulsadas principalmente por la sociedad civil organizada en torno a los temas de mujeres y salud sexual y reproductiva.

Además de estas conferencias internacionales, hay otros eventos que son parte de los antecedentes conceptuales e históricos de los derechos reproductivos y los derechos sexuales que pueden situarse como un panorama básico de la aparición y el desarrollo de estos derechos en el ámbito internacional. Sobre esto, Violeta Bermúdez señala como hitos en el desarrollo del concepto de derechos sexuales y derechos reproductivos: a) la Conferencia sobre Derechos Humanos de Teherán, 1968, en la que se estableció por primera vez el derecho de las parejas para decidir el número de hijos y su espaciamiento; b) la Conferencia de Población de Bucarest, 1974, cuyo Plan de Acción Mundial de Población reconoció el papel del Estado en asegurar ese derecho, incluyendo la información y acceso a métodos de control de la natalidad; c) la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, México (1975), en cuya Declaración se reconoció el derecho de la mujer a la integridad física y a decidir sobre el propio cuerpo, el derecho a la opción sexual y los derechos reproductivos, incluyendo la maternidad voluntaria; d) la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), que fue el primer tratado internacional que aseguró la igualdad de acceso a los servicios de planificación familiar.

Al respecto, es importante resaltar que tanto la CIPD de El Cairo, y la IV CIM en Beijing, fueron espacios amplios de reflexión e impacto mundial en torno a la concepción mundial sobre la salud, la sexualidad y la reproducción. Los acuerdos derivados de esas reuniones de los estados miembros de la ONU han surgido en gran medida como el fruto de las demandas y propuestas de la sociedad civil organizada, especialmente de las vinculadas con los movimientos feministas, gay y homosexuales, democráticos, y de derechos humanos. Los espacios de trabajo para la elaboración de esos acuerdos, además de su difusión y aplicación, han sido financiados por diversos organismos internacionales interesados en promover y atender dichas demandas sociales.[7]

[7] Para ampliar esta visión, véase Clara Jusidman, "La experiencia de la participación de México en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Pekín", en García, Brígida (Coord.) *Mujer, género y*

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el Programa de Acción de la III CIPD de El Cairo, y la Plataforma de Acción de la IV CIM se aborda el tema de la salud reproductiva y la salud sexual y los derechos sexuales y reproductivos, en el ámbito internacional. Se plasman acuerdos como prioridad para el desarrollo mundial, el logro de la salud reproductiva y el respecto de los derechos reproductivos. Específicamente, la CIPD fue un hito al llevar el debate demográfico sobre los programas de población hacia un concepto más complejo y amplio de salud sexual y reproductiva, incluyendo la planificación familiar y resaltando los intereses, las necesidades y los derechos de la mujer y de las y los jóvenes como elementos fundamentales del desarrollo.[8] Por su parte, la IV CIM resaltó la necesidad de lograr la igualdad y el potenciamiento de las mujeres en todos los ámbitos de la vida. Así, la Plataforma de Acción de Beijing retoma los conceptos de salud reproductiva y sexual, y derechos reproductivos, pero los amplía a la discusión explícita de los derechos sexuales. En ella se reconocen como derechos humanos incluyendo el derecho a tomar decisiones libre y responsablemente, y sin coacción, discriminación, ni violencia, en todo lo relacionado con la vida sexual, la salud sexual y reproductiva.

Además de resaltar la necesidad de más y mejores servicios de salud reproductiva y sexual para mujeres, y la importancia de promover la equidad y la igualdad entre hombres y mujeres, estos dos documentos enfatizan en la importancia de atender las demandas de las grandes proporciones de jóvenes en el mundo, relacionadas con la salud, la educación y el empleo. El desafío y la responsabilidad de los estados, las familias y la comunidad internacional de atender a esta población quedaron plasmados en ellos. Al no contar con información y acceso a los servicios de calidad los y las adolescentes se evidenciaron en ese momento como la población blanco de los mayores problemas como resultado de una deficiente o total ausencia de salud reproductiva. Especialmente la cumbre de El Cairo puso el dedo en la llaga en cuanto a los pocos programas dirigidos para esta población en materia de salud reproductiva y educación sexual, así como en su baja calidad; y la conferencia de Beijing confirmó la urgente necesidad de atender estos problemas. De esta manera, ambos documentos defendieron los derechos de las y los adolescentes a la privacidad, a la confidencialidad, al respeto y al consentimiento informado, haciendo un llamado a

población en México, El Colegio de México/Sociedad Mexicana de Demografía, México, 1999, pp. 483-544.

[8] Véase *Programa de Acción de El Cairo*, 1994, párrafo 7.2.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

proveerles de los recursos educativos y de servicios necesarios, basándose en el marco de los instrumentos internacionales vinculatorios como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Estos documentos internacionales firmados por el gobierno mexicano, sí representan fuertes compromisos morales que lo obligan públicamente a cumplir. Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer son instrumentos jurídicos con validez en nuestro país, al estar ratificados por el Congreso de la Unión, también han sido una herramienta fundamental para la búsqueda del cumplimiento de los compromisos de El Cairo y Beijing. De la misma manera, las jurisprudencias establecidas por los Comités de Vigilancia de ambas convenciones así como los del Pacto por los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[9] han contribuido a que países como México sean objeto de vigilancia y sustenten sus políticas públicas para el cumplimiento de los derechos reproductivos y sexuales con base en esas herramientas jurídicas. En el ámbito internacional se ha reconocido la importancia de ese marco jurídico internacional para el diseño, planeación, desarrollo y evaluación de políticas públicas abocadas a brindar condiciones para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.[10]

Como parte del desarrollo y atención de esas demandas sociales, algunos organismos civiles internacionales se han dado a la tarea de establecer algunos catálogos mínimos de lo que son los derechos sexuales y reproductivos. Es así que en 1995 la Federación Internacional de Planificación de la Familia elabora y aprueba una Carta de los Derechos Sexuales y Reproductivos.[11] Esta carta es una base del trabajo de las organizaciones de planificación familiar asociadas a la IPPF en más de 120 países del mundo. Asimismo, fue utilizada como base de la Campaña de las Naciones Unidas por los Derechos de las Mujeres, impulsada por la ONU en 1998. Por otra parte, está el catálogo de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que hace mayores especificacio-

[9] Véase Alicia Elena Pérez Duarte, "Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. Panorama internacional entre 1994 y 2001", en *Revista Jurídica Boletín de Derecho Comparado*, Instituto Nacional de Ciencias Jurídicas, UNAM. No. 105, septiembre-diciembre de 2002.
[10] Véase "Advocaci: advocacia cidadâ pelos directos humanos", *Derechos sexuales y derechos reproductivos em la perspectiva de los derechos humanos*, UNFPA, Río de Janeiro, 2003.
[11] Para más información, consulte *Carta de IPPF de derechos sexuales y reproductivos*, Federación Internacional de Planificación de la Familia, Londres, 1996.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nes en relación con la vida sexual, aunque no podemos decir que incluye todo lo referente a ella. La idea de la OMS es establecer la importancia del ejercicio libre y respetuoso de la dignidad de las personas a través del respeto a estos derechos para garantizar la convivencia y la armonía sexual entre hombres y mujeres, entre adultos y menores. Por último, podemos mencionar que la Asociación Mundial de Sexología elaboró y publicó una Declaración de Derechos Sexuales en Valencia, España, en 1997. Esta declaración parte de la idea de que la sexualidad es una condición integral de la personalidad de todo ser humano, y su desarrollo es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. En ella se reconoce que la sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales, además de que se vincula con la salud, estableciendo a la salud sexual como un derecho humano fundamental.

El eje de articulación de este tipo de documentos declarativos es precisamente la consideración de la sexualidad como campo de derechos humanos, donde se establece la protección de la salud sexual y reproductiva como parte de los derechos humanos, aun y cuando sean temáticas que motiven fuertes controversias por colocar en el centro del debate social y político elementos de la vida y las relaciones humanas poco reconocidos hasta hace unas décadas, como son las desigualdades sociales de género, de clase, de etnia y de generación, el poder ejercido por las ciencias médicas, la sexualidad como fuente de placer y no necesariamente de procreación, y la consecuente diversidad sexual en tanto deseos y prácticas así como el reconocimiento del derecho a decidir sobre la maternidad o la interrupción del embarazo.

En la actualidad, la adolescencia y juventud, como etapa de vida construida históricamente, puede ser ubicada como un momento fundamental en la creación de nuevas opciones de convivencia. Las y los jóvenes, incluyendo adolescentes, por su proceso vital y por el estado actual de sociedades como la mexicana, también están buscando y construyendo estrategias posibilitadoras de mejores condiciones de vida. Uno de los aspectos que influyen en esa búsqueda podría ser el ejercicio de su sexualidad y sus posibles consecuencias, como un embarazo no previsto[12] o el contagio de una infección de transmisión sexual, riesgos existentes en mayor grado

[12] Defna Feinholz define al embarazo no previsto como "toda concepción que resulta de una relación sexual que no la tenía contemplada como su objetivo" (1999, 113). Véase Feinholz, D., *et al*., "El dilema del embarazo no previsto: visión personal de salud", en revista *Perinatología y Reproducción Humana*, Instituto Nacional de Perinatología, Vol. 13, Número 1, 112-124, enero-marzo, 1999.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuando la práctica de relaciones sexuales está negada y/o rechazada y/o no prevista, y cuando no cuentan con las condiciones para ejercer su derecho a decidir sobre su cuerpo y su vida sexual.

III. Derechos sexuales de las y los jóvenes en el contexto jurídico mexicano

Los avances logrados hasta ahora en materia de derechos sexuales de las y los jóvenes en México son resultados del trabajo de las organizaciones civiles, así como de la voluntad del Estado mexicano, que han avanzado en la creación de programas para la generación de condiciones que posibiliten el ejercicio de estos derechos y el logro de una mayor salud reproductiva y sexual de la población en general, y de las y los jóvenes en particular. Además de los acuerdos comprometidos en El Cairo y Beijing, el gobierno mexicano se ha comprometido con los acuerdos de la Sesión Especial de las Naciones Unidas sobre VIH/SIDA, celebrada en junio de 2001. De esa sesión surgió la Declaración de Compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA "Crisis mundial-acción mundial", en la que se establece claramente la importancia del trabajo de y por las y los jóvenes para prevenir el síndrome y luchar contra él, lo que implica una ardua labor en materia de derechos sexuales para este sector de la población, incluyendo la información y educación sexual integral. Los derechos sexuales de las y los jóvenes en nuestro país han tenido aristas diversas de trabajo para su discusión, definición y difusión. Sin embargo, podemos identificar como un hito en esta cuestión, el Foro Nacional de Jóvenes por los Derechos Sexuales realizado en el año 2000. En él participaron jóvenes, especialistas y representantes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales con el fin de aprovechar ese espacio para reflexionar sobre los derechos sexuales de las y los jóvenes, sus definiciones y retos para desarrollarlos e integrarlos a las políticas públicas. Fue organizada por el Instituto Mexicano de la Juventud y la Dirección de Programas para la Juventud del Gobierno del Distrito Federal en colaboración con organizaciones civiles. Resultado de esa reunión fue la elaboración de la Declaración de los Derechos Sexuales de las y los Jóvenes Tlaxcala 2000, misma que abordó temas de información y educación, ejercicio y disfrute de la sexualidad, salud y servicios.

Como datos relevantes cabe destacar que con respecto a la educación sexual declararon su derecho a tener una educación sexual integral, objetiva, científica, temprana, laica y liberadora, que aborde el placer, la

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

reproducción, la vida afectiva y el género en todas sus dimensiones, que sea incluyente y fomente la equidad de género y que promueva la toma de decisiones responsables y libres, impartida por personas respetuosas y capacitadas. En cuanto al ejercicio y disfrute de la sexualidad se destaca la declaración de que tienen derecho a no ser discriminados por razón alguna, a la autonomía sobre su cuerpo, la equidad, la privacidad sexual y la integrad corporal, y a vivir el erotismo y la sexualidad con quien lo decidan y sin que necesariamente sea con fines reproductivos, así como que se reconozca legalmente cualquier forma de unión entre personas jóvenes de cualquier sexo que tenga el fin de compartir la vida, los afectos y el erotismo. Con respecto a la sexualidad y los servicios, declararon tener derecho a servicios integrales, oportunos, eficientes, confidenciales y de calidad, sin discriminación por edad o sexo o cualquier otra condición; a recibir trato humano y digno por parte del personal, que a su vez, debe estar capacitado y actualizado; a conocer todo lo relacionado con métodos anticonceptivos y opciones para la prevención de infecciones de transmisión sexual, VIH, embarazos no planeados, además de que se les asegure el consentimiento libre e informado, acceder a servicios de calidad para la interrupción de embarazos no planeados ni deseados, y recibir orientación, atención y tratamientos integrales en caso de VIH/SIDA, ITS, violencia de género.

Como se puede ver, esta declaración recoge las preocupaciones de las y los jóvenes por su sexualidad y sus derechos incorporando los temas de las declaraciones internacionales que se han señalado en este artículo. Como en cada proceso histórico de definición y defensa de derechos humanos, esta Declaración de Tlaxcala 2000 ha sido el antecedente inmediato para la propuesta de un listado de derechos sexuales y reproductivos. Al recordar la Declaración Universal de los Derechos Humanos se evidencia que fue elaborada previamente a la elaboración de marcos jurídicos pertinentes para su promoción y defensa que actualmente se siguen desarollando y especificando cada vez más. De la misma manera esta Declaración de Tlaxcala 2000 vino a ser el documento a partir del cual se dio mayor impulso a la ubicación de los derechos sexuales de las y los jóvenes en los marcos legales vigentes de México. Uno de los resultados más relevantes de estos esfuerzos fue la publicación de la Campaña nacional por los derechos sexuales de las y los jóvenes: hagamos un hecho nuestros derechos", la cual incluyó la publicación y distribución de la Cartilla de los Derechos Sexuales de las y los Jóvenes, y de pósters alusivos a esta temática por

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y organizaciones civiles que trabajan en la promoción y defensa de estos derechos, en el mes de enero de 2003.

La concreción de este tipo de declaraciones y campañas forma parte de los cambios en el contexto jurídico mexicano en torno a los derechos sexuales de las y los jóvenes. En especial, el fundamento jurídico básico es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[13] en su Título I, Capítulo I, llamado también "De las garantías individuales". El artículo 1 da sustento como marco general para el derecho de las y los jóvenes a disfrutar de las garantías otorgadas por la Constitución, así como para el derecho a no ser discriminado por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra causa o motivo.

Como fundamento del derecho a la manifestación pública de los afectos y a vivir libre de toda discriminación, también se cuenta con el artículo 2° constitucional, aunque se centra particularmente para el caso de las poblaciones indígenas. Respecto al derecho a ejercer y disfrutar de la vida sexual, a la información y educación científica y laica sobre sexualidad, se encuentra el respaldo en el artículo 3° que establece el derecho a la educación.

El artículo 4° constitucional versa fundamentalmente sobre la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, la organización y desarrollo de la familia, el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; la protección de la salud; la satisfacción de necesidades de las y los niños en cuanto a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral, así como el respeto a la dignidad de la niñez y al pleno ejercicio de sus derechos. De esta manera, ha sido un amplio marco de fundamento constitucional para el derecho a decidir de forma libre sobre el cuerpo y la sexualidad, a disfrutar de la vida sexual, a la manifestación pública de los afectos, a la decisión sobre con quién compartir la vida y la sexualidad, a vivir libre de violencia sexual y de toda discriminación, a la libertad reproductiva y la igualdad de oportunidades y la equidad, así como el derecho a la información y educación sexual completa, científica y laica, y a los servicios oportunos y de calidad de salud sexual y salud reproductiva. Es con base en este artículo con que se ha avanzado en México, la integración

[13] La Constitución Política mexicana vigente se puede consultar en www.cndh.org.mx/Principal/document/juridica/constitu/constitu.htm

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de elementos de educación sexual integral a la política de la educación pública en los niveles básicos, específicamente la currícula del 5° y 6° grado de primaria, y a la asignatura de "Formación cívica y ética del nivel secundaria. Además, el artículo 6° constitucional versa el tema de la libre manifestación de las ideas y el derecho a la información, por lo que también ha sido sustento jurídico para los derechos mencionados y el derecho a la participación en la elaboración, planeación, desarrollo y evaluación de las políticas públicas sobre sexualidad en tanto dicho proceso deviene un espacio de manifestación de ideas y propuestas por parte de las y los jóvenes, en tanto también está sustentado en el artículo 8° constitucional que aborda el derecho de petición de los ciudadanos del país, y el 9° que establece el derecho de asociación.

A su vez, el mismo artículo 9 y el 16 sustentan el derecho a la intimidad y la vida privada, a la manifestación pública de los afectos, así como a la libertad reproductiva la cual involucra el consentimiento informado por parte de las y los jóvenes que acuden a los servicios de salud sexual. Por su parte el artículo 20, que prohíbe la tortura, intimidación e incomunicación, el 21 que establece la seguridad pública como una función a cargo de la federación y todos los niveles de gobierno, y el 22 que prohíbe penas de mutilación, infamia o tormento de cualquier especie, se ubican como un fundamento del derecho a vivir libre de violencia sexual. Finalmente, el artículo 24 establece la libertad de profesar la creencia religiosa, lo cual también sirve como sustento del derecho a decidir de forma libre sobre el propio cuerpo y la sexualidad, el derecho a la información y la educación sexual, de acuerdo con dicha libertad y las creencias de cada joven.

A partir de estos artículos constitucionales se han desarrollado algunas leyes que respaldan algunos de los derechos sexuales de las y los jóvenes, como es el caso de la Ley Federal de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (LPDNNA), que sustenta información y métodos anticonceptivos para adolescentes, y en el mismo sentido, algunas leyes estatales que siguen la misma propuesta de esta ley federal.

En este contexto, es importante recordar que para algunos derechos sexuales de las y los jóvenes, como son el de decidir con quién compartir su vida y su sexualidad, el derecho a la libertad reproductiva y a servicios de salud sexual y salud reproductiva, algunas leyes estatales, principalmente códigos civiles y leyes en materia de salud establecen algunas limitaciones para los menores de edad. La alineación de las leyes estatales con las federales y con los pactos y convenciones signados y ratificados por

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el gobierno mexicano todavía tiene algunos rezagos y retos por superar, especialmente cuando se trata de adolescentes, quienes al ser menores de 18 años, siguen enfrentando la situación de depender de los criterios de sus padres o tutores para el acceso al ejercicio pleno de estos derechos.

En México uno de los aspectos en donde más se ha fortalecido el marco legal de los derechos sexuales de las y los jóvenes es en el ámbito de la anticoncepción y de los servicios de salud sexual para ese sector de la población. Específicamente, el ejemplo ha sido la normatividad federal en salud que incorporó en la NOM-005-SSA2-1993 el año 2003 la píldora de anticoncepción de emergencia en el marco de la obligación de los servicios de salud de brindar métodos de anticoncepción a las y los adolescentes que así lo requieran. Esta norma sustenta el derecho de todas las personas, incluyendo las y los adolescentes, a pedir y recibir información y educación, consejería, servicios y métodos anticonceptivos que requieran de parte del personal de salud. Y define para cada método que: "están indicados para mujeres en edad fértil con vida sexual activa, nuligestas, nulíparas, o multíparas, incluyendo adolescentes". Así, establece que los servicios de planificación familiar en todo lo que incluye en términos de difusión, información, educación, consejería, selección, prescripción y aplicación de todos los métodos anticonceptivos deben "ofrecerse, independientemente de la causa que motive la consulta o demanda de estos servicios, a todas las personas en edad reproductiva, incluyendo a las y los adolescentes". Y enfatizando la importancia de la consejería y el respeto al derecho del consentimiento informado, define que todos los métodos anticonceptivos, incluida la anticoncepción de emergencia, son recomendados para las y los adolescentes.

Entre los beneficios de promover y brindar la anticoncepción a las y los adolescentes[14] se reconoce que se promueve las relaciones sexuales placenteras, seguras y responsables, se previenen embarazos no planeados y la práctica de abortos inseguros, así como se facilita el logro de mejores niveles de calidad de vida para las y los adolescentes en tanto pueden realizar sus proyectos de estudios y actividades de desarrollo y esparcimiento personal y social, posponiendo la reproducción para el momento en que estén preparados emocional, social y económicamente. Además, se fomenta la participación responsable del hombre al involucrarlo en las decisiones sobre la anticoncepción; la mayor dedicación a la crianza de las y los hijos

[14] Véase D. Billings, F. Rosas y N. Gasman, *En México, sí se pueden ofrecer servicios de anticoncepción a adolescentes. Normatividad nacional e internacional*, Ipas de México, 2004.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuando éstos son deseados y planeados, y la consecuente reducción de la mortalidad materna en adolescentes y la mortalidad infantil.

La legislación de la ciudad de México también ha integrado cambios sustanciales que posibilitan la interrupción legal del embarazo antes de las doce semanas de gestación, brindando la posibilidad efectiva de que se realice en caso de que así lo decida la mujer en edad reproductiva. El 24 de abril del presente año, la Asamblea Legislativa aprobó el dictamen que despenaliza al aborto en las primeras doce semanas de gestación y obliga al gobierno de la ciudad a otorgar servicios de consejería médica y social gratuita en materia de atención a la salud sexual y reproductiva.[15] Se trató de reformas al Código Penal del Distrito Federal y la ley de salud de esta ciudad, lo que dio paso a la posibilidad de que las mujeres jóvenes que se embarazaran por violación o por alguna causa diferente a la decisión y el deseo reconocido de embarazarse, puedan acceder a la interrupción legal del embarazo antes de la semana 12 de gestación. El ejercicio del derecho a la información y a servicios de salud sexual y reproductiva seguros también se vio fortalecido con estas reformas en esta capital.

Como se puede observar, en general el sustento legal de estos servicios para las y los jóvenes se puede ubicar en la Constitución Política mexicana y las diferentes leyes federales como la Ley Federal de Salud, Ley General de Población, Ley Federal para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, así como en las respectivas leyes estatales en gran parte de las entidades federativas. Sin embargo, no todos los estados han integrado estos derechos en sus marcos legales y todavía es muy deficiente la reglamentación de procedimientos jurídicos y de servicios de salud para hacerlos efectivos.

IV. Educación sexual integral: avances del derecho sexual de las y los jóvenes en México

Los debates sobre la pertinencia de la educación sexual involucran las concepciones y valoraciones referentes a la sexualidad. Para comprender el desarrollo de la educación sexual integral como un derecho de las y los jóvenes mexicanos es importante aclarar por qué es necesaria la educación sexual integral.

[15] Véase *La Jornada*, 25 de abril de 2007, Nota periodística de Gabriela Romero y Raúl Llanos, Sección: Capital.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En México existen problemas de salud pública que requieren ser atendidos con estrategias que incluyan una educación sexual integral. Específicamente, la población joven es considerada como un sector vulnerable ante la presencia de enfermedades como el VIH/SIDA y las infecciones de transmisión sexual. De acuerdo con el Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH/SIDA (CENSIDA) las y los jóvenes a partir de 15 años son la población más vulnerada por el VIH en México.[16] La Secretaría de Salud estima que en el país hay alrededor de 92,000 personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana, de las cuales se sabe que el 91% se contagió por la vía sexual. [17]

Los datos del Programa de Acción: VIH/SIDA e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) (SSA, 2002) señalan que alrededor de 50 millones de casos nuevos de ITS ocurren anualmente en América Latina, de los cuales más de la mitad ocurren entre adolescentes y adultos jóvenes entre los 15 y 24 años de edad (SSA, 2002, 15). Según este programa de la Secretaría de Salud, en México la epidemia del SIDA se ha ampliado principalmente a través de la vía del contagio sexual. Las altas tasas de ITS y de embarazos no planeados de jóvenes muestran que las relaciones sexuales sin protección tienen un alto riesgo. "La iniciación temprana de sus relaciones sexuales representa un factor de riesgo adicional, ya que la tasa de cambio de pareja sexual es más elevada entre los jóvenes de 15 a 24 años" (SSA, 2002, 17). Asimismo, este programa gubernamental frente al VIH/SIDA establece a la población juvenil, y en particular a las mujeres y a los hombres que tienen sexo con otros hombres, como los sectores más vulnerables para el contagio de esta enfermedad.

Por otra parte, aun y cuando se han desarrollado visiones críticas, desde las ciencias sociales, con respecto a la definición del embarazo en la adolescencia y la juventud,[18] hoy en día se sabe que en México se presentan 355,000 embarazos en mujeres adolescentes, de las cuales alrededor de 9,500 son adolescentes entre los doce y los 18 años, que están en riesgo de abandonar la primaria o la secundaria por estar embarazadas o ya ser ma-

[16] Véase *Agencia Notiese*, 4 de agosto de 2005, Nota periodística de Rocío Sánchez.
[17] Véase *El Universal* (18 de mayo de 2005), Sección: México, pág. 19.
[18] Véase por ejemplo a Rosario Román Pérez *Del primer vals al primer bebé*. SEP-Instituto Mexicano de la Juventud, México, 2000; Claudio Stern y Elizabeth García, "Hacia un nuevo enfoque en el campo del embarazo adolescente", en Stern, Claudio y Figueroa, J. Guillermo (Coords.), *Sexualidad y salud reproductiva. Avances y retos para la investigación*, El Colegio de México, México, 2001, pp. 331-358; Claudio Stern, "Embarazo adolescente", en *Demos. Carta demográfica sobre México*, No. 8., 1995, pp. 11-12.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dres jóvenes, de acuerdo con la Secretaría de Educación Pública (SEP).[19] De alguna manera, la prevención de este tipo de embarazos, que en la mayoría de los casos son no previstos y muchos de ellos no deseados, forma parte de los fines con que se han planteado diferentes programas de educación sexual en este país.

La educación sexual planeada y organizada debe basarse en datos verídicos y confiables que describan la realidad de la vida sexual de las y los jóvenes. En México se han realizado algunos estudios cuantitativos confiables que han dado cuenta de algunos aspectos relevantes sobre la vida sexual de las y los jóvenes, como por ejemplo, la edad de inicio de las relaciones sexuales, el conocimiento de anticonceptivos, las prácticas sexuales más frecuentes, entre otros.[20]

Entre los más recientes se encuentran las Encuestas Nacionales de Juventud 2000 (ENJ-2000) y 2005 (ENJ-2005). Sus resultados en los temas relacionados con la vida sexual de las y los jóvenes brindan datos relevantes a considerar a la hora de formular programas e intervenciones, así como de sustentar propuestas de ley y regulación jurídica para el avance de las condiciones de posibilidad para el ejercicio de sus derechos sexuales.

Por ejemplo, en relación al noviazgo la encuesta de 2000 refleja que es una situación valorada como importante. El 85% de los y las encuestadas reportó haber tenido al menos un noviazgo. La edad en que se produce el primer noviazgo generalmente es antes de los 20 años, especialmente en el rango de edad de 15 a 19 años. Respecto a las conductas que se permiten en el noviazgo, un poco menos de la mitad respondió que sólo besos y abrazos, seguidos de los que afirmaron permitir cualquier tipo de caricia con excepción de las relaciones sexuales, las cuales sólo fueron reportadas como permitidas por el 11%. Ocho de cada diez jóvenes afirmaron haber estado enamorados alguna vez en su vida, lo que sugiere la importancia que alcanzan a tener las relaciones sentimentales de pareja en la juventud mexicana.

Respecto al conocimiento de métodos anticonceptivos y los de protección contra infecciones de transmisión sexual, en ambas encuestas la mayoría de los encuestados respondió conocerlos.

En la encuesta del 2000 el 55% de los encuestados reportó haber tenido relaciones sexuales, mientras que en la encuesta del 2005 fue el 48%,

[19] Véase el periódico *El Universal* (25 de mayo de 2005), Sección: México, p. 16.
[20] Ejemplo de ello fue la Encuesta Nacional sobre Sexualidad y Familia en Jóvenes de Educación Media Superior, realizada por el Consejo Nacional de Población en 1988.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

confirmando la aceptación de haberlas tenido en la mitad de la población joven. La edad de inicio está fundamentalmente en el rango de entre 15 y 19 años para las mujeres y entre 12 y 14 años para los hombres, según los resultados de 2005.

Tanto hombres como mujeres reportan que su primera relación sexual fue en su mayoría con su novio/a, lo que sugiere la importancia de las relaciones amorosas en el inicio de la práctica sexual en pareja. Además, en el caso de las mujeres, reportaron en segundo lugar al esposo y por último a un amigo, mientras que en los hombres en segundo lugar se ubicó a una amiga y en un rango inferior a una sexoservidora.

La encuesta del 2000 cuestionó la frecuencia con que han tenido relaciones en los últimos tres meses, dando como resultado que seis de cada diez jóvenes respondió que lo hacen entre una y tres veces por semana. Es interesante que más mujeres (46%) que hombres (36%) reportó tener relaciones sexuales de una a tres veces por semana; y por otro lado, más hombres (26%) que mujeres (19%) reportó no haberlas tenido en los últimos tres meses. Ciertamente estos datos reflejan la necesidad de profundizar más en el conocimiento de la frecuencia en las relaciones sexuales por parte de las mujeres y los hombres jóvenes, pero también de elementos que intervienen para asumirlo, declararlo, realizarlo, y sus condiciones, identificando particularidades de género que pueden estar interviniendo en el ejercicio de su sexualidad y las elecciones para ejercer sus derechos en términos de la autodeterminación y la prevención de consecuencias no deseadas, por ejemplo.

En cuanto al conocimiento de métodos anticonceptivos, la encuesta de 2005 reflejó que 9 de cada 10 jóvenes dicen conocer algún método, siendo el condón el más mencionado, seguido de las píldoras. En el caso de los hombres, en tercer lugar mencionaron a los métodos definitivos como las ligaduras de trompas y la vasectomía, mientras que las mujeres mencionaron al dispositivo intrauterino seguido por los inyectables, lo que sugiere que ellas tienen más información sobre métodos no definitivos para evitar el embarazo.

También es relevante que más del 60% de los encuestados declararon utilizar algún método anticonceptivo, dato que sugiere que la brecha entre contar con información y usarlos se ha reducido de manera importante.

Por otra parte, en relación con el tema de las infecciones de transmisión sexual, 8 de cada 10 jóvenes, tanto hombres como mujeres, declararon conocer cuáles son, además de que las dos formas para prevenir una in-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fección es el uso del condón y en pocos casos (16%) se reportó no tener relaciones sexuales.

Como se puede ver, estos datos muestran que tanto los hombres como las mujeres jóvenes que inician una vida sexual en pareja tienen encuentros sexuales de manera frecuente y requieren de información y medidas de prevención de consecuencias no deseadas, y más allá, necesitan, desde su lugar de sujetos de derechos sexuales y reproductivos, condiciones que les posibiliten el ejercicio de tales derechos en beneficio de su vida presente y futura.

Respecto a las fuentes de información, sólo la encuesta de 2000 contiene información referente a que el 33% de los hombres declaró haber aprendido de sexualidad en la escuela, el 22% de los padres y el 21% por sí mismos. Las mujeres declararon que el 34% aprendió de sexualidad en la escuela, el 27% de los padres y el 18% por sí mismas. El 70% del total de jóvenes encuestados afirmó que confía más en los médicos, el 65% en los maestros y el 58% en los sacerdotes. Así, de acuerdo con estos datos, la escuela sigue siendo el lugar más común en el que las y los jóvenes reciben información con respecto a su sexualidad.

Con estos resultados se observa que en ambas encuestas se encuentran evidencias de que más de la mitad de la población juvenil declara en este tipo de estudios estar teniendo relaciones sexuales; una vida sexual activa en la que las relaciones sentimentales son muy importantes e influyen en sus prácticas y comportamientos. La edad de inicio de vida sexual coital sigue siendo baja, lo cual apunta a la necesidad de reconocerlo de manera diferenciada para hombres y mujeres, y de brindarles información y herramientas útiles que les permitan decidir de manera responsable e informada sobre su cuerpo y sus prácticas sexuales, como parte del ejercicio de sus derechos. La valoración que hacen de su primera relación sexual y de su vida sexual en general es tan positiva que también justifica la necesidad de aceptarlo y de proveerles de actividades y materiales que les permitan reflexionar sus decisiones, sus prácticas, así como la conveniencia de tomar decisiones responsables y comprometidas con su autocuidado y su protección para prevenir consecuencias no deseadas, como pueden ser psicológicas, como sentimientos de culpa, o consecuencias en su salud y su vida como puede ser el adquirir una infección de transmisión sexual o tener un embarazo no previsto para su edad y sus condiciones de vida.

Además de encuestas como la ENJ-2000, hoy en día hay múltiples estudios cualitativos hechos en distintos países y en México, que muestran que

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la experiencia sexual en adolescentes y jóvenes es amplia y variada y que no se puede negar, por lo que es mejor reconocerla y enfrentar la necesidad que tiene la juventud de contar con información, educación y desarrollo de habilidades para vivir su sexualidad con plena responsabilidad.[21]

Lo anterior permite afirmar la relevancia de la educación sexual integral en tanto se reconoce la práctica sexual de las y los jóvenes. Las condiciones para que accedan a esta educación es parte de lo que se necesita para que ejerzan su derecho a estar informados, recibir educación con elementos científicos, veraces y laicos, y decidir de manera libre, informada y responsable cómo quieren vivir su sexualidad. En este sentido cabe comentar que los programas de educación sexual que sólo promueven la abstinencia resultan ser incompletos para el amplio abanico de prácticas y elecciones que toman las y los jóvenes en cuanto a su vida sexual.

De acuerdo con estudios e investigaciones científicas recientes, los programas de educación sexual que promueven sólo abstinencia, no han demostrado disminuir las prácticas sexuales de las y los jóvenes, y mucho menos, la ocurrencia de embarazos no previstos o de infecciones de transmisión sexual. El Center for Aids Prevention Studies (CAPS) afirma que no es suficiente enseñarles a los jóvenes que deben decir "no" a las prácticas sexuales.[22] "Una educación sexual completa comienza con la abstinencia, pero además toma en cuenta que muchos jóvenes van a decidir tener sexo, por lo tanto tienen que saber las consecuencias y la manera de protegerse a sí mismos. Estos programas incluyen la instrucción sobre el comportamiento sexual seguro, incluyendo el uso del condón y de otros anticonceptivos."[23] Los datos de las encuestas nacionales y los estudios cualitativos

[21] Véase por ejemplo Peter Aggleton, "Sexual practices, sexually transmited diseases and AIDS amongst young people", *Seminario Internacional sobre Avances en Salud Reproductiva y Sexualidad*, El Colegio de México, noviembre del 18 al 21, de 1996; Lucille Atkin, Noemí Ehrenfeld y Susan Pick, "Sexualidad y fecundidad adolescente", en Ana Langer y Kathryn Tolbert (Edits.), *Mujer: sexualidad y salud reproductiva en México*, The Population Council, 1996; Xochitl Castañeda, Raquel Castañeda, Emperatriz Delgado, Nora Brie, Elizabeht Cancino y Martín de la Cruz, "Adolescencia, género y sida en áreas rurales de Chiapas", en Esperanza Tuñón (Coord.) *Género y salud en el sureste de México*, El Colegio de la Frontera Sur-Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, s/f, pp. 55-86; Yuriria Rodríguez y Gabriel Contreras, *Monografía de la clase media alta en la colonia San Jerónimo Lídice*, Mecanograma, Proyecto de investigación: Significados e implicaciones del embarazo adolescente en distintos contextos socioculturales de la República Mexicana, Investigación auspiciada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y El Colegio de México, 1998; Gabriela Rodríguez, "Sexualidad juvenil", en Pérez Islas, José A. (Comp.), *Jóvenes: una evaluación del conocimiento. La investigación sobre juventud en México 1986-1999*, 2ª edición corregida y aumentada, Secretaría de Educación Pública-Centro de Investigación y Estudios sobre Juventud del Instituto Mexicano de la Juventud, México, 2000.

[22] Center for Aids Prevention Studies (CAPS), *Hoja Informativa 30S*, abril de 1998, Preparada por Chris Collins y Jeff Stryker, traducida por Romy Benard-Rodríguez.

[23] *Idem*.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

realizados en México en relación con la sexualidad de las y los jóvenes son contundentes al mostrar que efectivamente muchos de ellos y ellas están decidiendo tener una vida sexual activa, de manera que requieren de instrucción sobre el uso del condón y de anticonceptivos, para tener una práctica sexual segura y libre de violencia y consecuencias no deseadas.

Incluso cabe retomar datos de estudios donde se han reportado los procesos implementados en programas de educación sexual que sólo promueven la abstinencia y no brindan información confiable de métodos anticonceptivos y preventivos de infecciones de transmisión sexual, como es el caso del informe de Human Rights Watch, *The Less They Know, the Better: Abstinence-Only HIV/AIDS Programs in Uganda*,[24] donde se informa que los programas de sólo abstinencia en ese país han retirado la información amplia y crítica sobre el VIH/SIDA, incluida la información sobre condones, sexo más seguro y los riesgos de contraer el VIH en el matrimonio. Además, los materiales educativos para jóvenes de nivel de escolaridad de secundaria, incluyen información falsa respecto a que los condones de látex tienen poros microscópicos por los que puede filtrarse el VIH, y que el sexo prematrimonial es una forma de "desviación".[25] Según Jonathan Cohen, lo anterior contribuye a una disminución en la información que reciben niños y jóvenes respecto a cómo prevenir el VIH/SIDA, dejando a la población infantil y juvenil de ese país en mayor riesgo de contraer el VIH.[26]

Por su parte, Kirby reporta que se han publicado seis estudios en revistas evaluadas por expertos en la materia, en los cuales se realizó un examen a la efectividad de los programas de sólo abstinencia.[27] Según él, ningún programa de los evaluados demostró ser efectivo y eficaz para el logro de la prevención de embarazos en la adolescencia y juventud. Asimismo, en su evaluación de los programas de educación sexual que sí fueron eficaces, Kirby resalta aquellos que fueron diseñados de acuerdo con la edad y la experiencia de la población joven, con un enfoque en el comportamiento sexual de riesgo, con bases teóricas bien fundamentadas, con información sobre cómo evitar tener sexo sin protección, así como con prácticas de

[24] Traducción: Cuanto menos sepan mejor: los programas de sólo abstinencia contra el VIH/SIDA en Uganda.
[25] Human Rigths Watch, Noticias: Uganda, Los "programas de sólo abstinencia" se apropian del éxito de la lucha contra el SIDA. Véase en www.hrw.org [recuperado el 8 de agosto de 2005].
[26] Jonathan Cohen, investigador del Programa de VIH/SIDA de Human Rights Watch y uno de los autores del informe, en *Idem*.
[27] Véase D. Kirby, *No Easy Answers: Research Findings on Programs to Reduce Teen Pregnancy*, National Campaign to Prevent Teen Pregnancy, Washington, DC, 1997.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

comunicación, negociación y formas de decir "no" cuando así lo decidan. Los estudios que han evaluado este tipo de programas de educación sexual integral demuestran su eficacia, en tanto han podido lograr el retraso del inicio de las relaciones sexuales, una disminución en la cantidad de parejas, y un aumento en el uso de anticonceptivos.[28]

Otro estudio que ha mostrado la ineficacia de los programas de sólo abstinencia es el realizado por investigadores de la Texas A&M University.[29] Para el Dr. Buzz Pruit, aun y cuando los adolescentes de 29 escuelas de nivel bachillerato han recibido cursos de educación sexual de sólo abstinencia, su actividad sexual no ha disminuido, y por el contrario, ha ido en aumento. Desde el gobierno de George Bush como gobernador del estado de Texas, se ha dado una fuerte inversión en programas de educación sexual de sólo abstinencia hasta el matrimonio. Sin embargo, hay datos preocupantes respecto a la falta de eficacia de este tipo de programas, como el hecho de que en Texas alrededor de 200 adolescentes de entre 15 y 19 años de edad se embarazan diariamente, siendo uno de los estados junto con Nevada, California, Arizona y Florida, con una alta taza de embarazo adolescente. Asimismo, Texas es uno de los estados con altos números de casos de infecciones de transmisión sexual, como la gonorrea y la clamidia y el VIH/SIDA.[30] El estudio de la Texas A&M University demuestra que hablar solamente de la abstinencia y no de las otras alternativas útiles para prevenir un embarazo o el contagio del VIH/SIDA, no logra los objetivos de evitar que las y los jóvenes tengan prácticas sexuales vaginales, orales y anales, así como tampoco logra disminuir los riesgos para su vida y su salud.

La organización Advocates for Youth realizó una compilación comparativa de estudios científicos que evaluaran programas de educación sexual y de prevención, con el fin de resaltar aquellos que realmente fueran exitosos en sus procedimientos y objetivos para prevenir embarazos en la adolescencia y contagio de infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA.[31] De los 19 estudios evaluativos de programas de educación sexual, 16 se referían a programas de educación sexual integral y comple-

---

[28] *Idem*.
[29] Reuters (ebruary 1, 2005): "Teen sex increased after abstinence program. Texas study finds litle impact on sexual behavior, en www.msnbc.msn.com/id/6894568 [Recuperado el 11 de agosto de 2005].
[30] Véase Advocates for Youth, *Transitions*, Vol. 12, No. 13, March 2001, p. 10.
[31] Véase Advocates for Youth, *Science and Success. Sex education and other programs that work to prevent teen pregnancy, HIV & sexually transmitted infections*, Advocates for Youth, Washington, DC, 2003.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ta, los cuales incluían tanto a la abstinencia como la información sobre el uso del condón y de métodos anticonceptivos. La eficiencia de estos programas se evidencia en la reducción de los riesgos en el comportamiento sexual de las y los adolescentes, en la posposición de la edad de inicio de prácticas sexuales coitales, la reducción de prácticas sexuales sin protección, y el aumento en el uso de métodos anticonceptivos, el aumento de elecciones seguras para tener prácticas sexuales con protección, el aumento de prácticas monogámicas junto con un mayor uso de condón, incluso la reducción del número de embarazos en adolescentes y de contagios de VIH/SIDA.[32]

En México se han realizado muy pocos estudios comparativos serios que permitan evaluar el impacto de los programas de educación sexual que se desarrollan en el país. Un ejemplo fue el estudio realizado por Cristina Pizzonia, José Aguilar y Luis Botello (1995) respecto al impacto del curso de educación sexual llamado "Gente Joven" que ofrece la Fundación Mexicana para la Planeación Familiar desde hace más de diez años.[33] En ese estudio se encontró que "en cuanto al curso, cuando se verificó impacto, éste nunca fue espectacular" (Pizzonia, Aguilar y Botello, 1995, 23). Aunque sí se encontró que los mayores efectos se producen en dos ámbitos: en cuanto a las expectativas de vida, trabajo y postergación de la paternidad y la maternidad y en los niveles de conocimiento e información de los jóvenes. Una conclusión importante de este estudio es que "existe una desproporción enorme entre los objetivos de los proyectos en su conjunto y los logros de sus instrumentos" (1995, 23). Lo anterior enfatiza la relevancia de hacer más estudios de evaluación de impacto que permitan mejorar los programas de educación sexual en México.

Según Rodríguez *et al.* (1995), algunos estudios evaluativos de programas de educación sexual muestran que como uno de sus principales resultados se obtiene un aumento de la información. Estos autores señalan que cuando los programas de educación sexual contienen prácticas interactivas, el desarrollo de habilidades y ensayos sobre los comportamientos preventivos se ha mostrado que los adolescentes disminuyen su actividad

[32] El estudio documental incluye las referencias completas de los programas y las evaluaciones realizadas a cada uno, así como los criterios de selección de los programas y los indicadores de evaluación de efectividad. Véase nota anterior.

[33] José Aguilar, Luis Botello y Cristina Pizzonia, "El impacto del curso de educación sexual 'Gente Joven' en conocimientos, percepciones, actitudes y comportamiento de los jóvenes", Ponencia presentada en la v Reunión Nacional sobre la Investigación Demográfica en México, realizada en la ciudad de México del 5 al 9 de junio de 1995.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sexual y el número de parejas sexuales; aunado a esto, se reportan mejores intenciones para el uso del condón o un uso más continuo, sobre todo si se aumenta la autoestima y se propician expectativas placenteras en las mujeres, por el uso del condón. También se ha visto que si se promueve el sexo "más seguro" junto con el posponer la actividad sexual, en vez de la sola abstinencia, no aumenta la promiscuidad sexual. Se ha mostrado además que hay mayor uso del condón cuando los grupos a los que se les dio la educación sexual son de menor edad o entre los que aún no habían iniciado relaciones sexuales.[34]

Como se pude observar, las evaluaciones realizadas a programas de educación sexual integral han demostrado ser eficaces en brindar herramientas a las y los jóvenes en beneficio de su bienestar y la toma de decisiones en el ejercicio de sus derechos en torno a su vida sexual. Las actividades y programas iniciados desde el gobierno federal de Ernesto Zedillo de alguna manera continúan desarrollándose actualmente y tienen su fundamento legal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 3° afirma: "Todo individuo tiene derecho a recibir educación." En su contenido, los párrafos de este artículo establecen la obligación del Estado de impartir educación que permita desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano, su amor a la patria y su conciencia de la solidaridad en la independencia y la justicia. En las fracciones de este artículo se dispone que la educación debe ser laica y deberá estar basada en el progreso científico. Asimismo, el artículo 4° constitucional postula: "El varón y la mujer son iguales ante la Ley" y que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, así como tiene derecho a la protección de la salud. Este artículo afirma que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de salud y educación para su desarrollo integral.

El marco legal nacional que sustenta el derecho a la educación sexual integral también se localiza en la Ley General de Educación, la Ley General de Salud, así como la Ley General de Población, Ley Federal para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. En el marco jurídico de la educación impartida por el Estado se define que la educación debe

[34] Véase Gabriela Rodríguez, Ana Amuchástegui, Martha Rivas y Mario Bronfman, "Mitos y dilemas de los jóvenes en tiempos del sida", en *Sida en México. Migración, adolescencia y género*, Información Profesional Especializada, México, 1995, pp. 91-201.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contribuir al desarrollo integral del individuo, para que ejerza plenamente sus capacidades humanas, con lo que la educación sexual integral es compatible en la medida en que posibilite el desarrollo de la persona y la prevención de situaciones que lo limite.[35] Particularmente, la Ley General de Educación establece que la educación impartida por el Estado debe orientarse a desarrollar actitudes solidarias en los individuos, para crear conciencia sobre la preservación de la salud, la planeación familiar y la paternidad responsable.[36]

Por su parte, el marco jurídico de los servicios y la atención a la salud establece que el derecho a la protección de la salud tiene varias finalidades, entre las cuales incluye "la del bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y el mejoramiento de la calidad de la vida humana".[37] Si la salud reproductiva ha sido definida como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos",[38] la educación sexual integral es un elemento fundamental para su protección. En el artículo 3, la Ley General de Salud define como materia de salubridad general la educación para la salud, la planificación familiar, así como la prevención y el control de enfermedades transmisibles, por lo que fundamenta legalmente el derecho a la educación sexual integral.

En su artículo 67, esta ley federal establece que la planificación familiar es prioritaria y en sus actividades deberá incluir información y orientación educativa para adolescentes y jóvenes, además de que confirma la obligación de informar a las mujeres y los hombres sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años y después de los 35, ofreciendo información oportuna, eficaz y completa sobre métodos anticonceptivos. En el artículo 68, esta ley señala que los servicios de planificación familiar involucran el desarrollo de programas en esta materia.

En el ámbito legislativo federal también la Ley General de Población determina que la Secretaría de Gobernación deberá realizar programas de planeación familiar a través de los servicios educativos y de salud pública, vigilando que se desarrollen con total respeto a los derechos fundamenta-

[35] Véase Ley General de Educación, artículos 2, 5, 6, 7.
[36] Véase, Ley General de Educación, artículo 7 fracción x.
[37] Véase Ley General de Salud, artículo 2.
[38] María José Alcalá, *Compromisos para la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todos. Marco de acción*, Family Care International, Nueva York, 1995, p. 16.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

les y preserven la dignidad de las familias, incluidos todos sus miembros. Asimismo, deberá desarrollar programas para promover la plena integración de la mujer al proceso económico, educativo, social y cultural.[39] Como herramienta fundamental para el mayor éxito de programas con estos fines, la educación sexual integral resulta indispensable y necesaria.

El derecho a la educación sexual integral abarca más allá de la sexualidad y la reproducción, incluyendo la necesidad del cuidado de sí mismo y de la prevención de situaciones perjudiciales para la persona, como pueden ser enfermedades, embarazos no previstos, etc. Al contribuir al pleno desarrollo de las facultades del ser humano, así como a la satisfacción de sus necesidades, la educación sexual es un derecho que posibilita el bienestar de las personas en toda su vida en tanto es la vía para proveerles información y herramientas para el desarrollo de habilidades y capacidades necesarias para tener una vida sexual libre y responsable. Así, como derecho humano, la educación sexual integral encuentra su basamento jurídico en el primer capítulo de la Constitución Política mexicana y las leyes federales de población y de salud y educación.

Violeta Bermúdez dice que los derechos humanos son "un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas" (Bermúdez, 1996).[40] Como parte de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, la salud sexual y reproductiva resulta indispensable para el mejor desarrollo del ser humano y de su calidad de vida. Por eso la educación sexual integral también tiene fundamentos legales en los compromisos internacionales jurídicos que el gobierno mexicano ha contraído al haber firmado y ratificado en su Congreso de la Unión.

Es el caso del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 13 confirma el derecho de toda persona a la educación dirigida hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad. Los estados firmantes de este pacto acuerdan que la educación debe habilitar a las personas y su participación social, promoviendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los grupos sociales independientemente de la raza, la etnia y la religión. La educación sexual integral contribuye al desarrollo del ser humano y al respeto de su dignidad. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y

[39] Véase Ley General de Población, artículo 3, fracciones II y V.
[40] Véase Violeta Bermúdez, "¿Qué son los derechos sexuales?", en *Salud, derechos sexuales y reproductivos. Desde la perspectiva de los profesionales de la salud*, Manuela Ramos, Lima-Perú, 1996.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Culturales, que vigila el cumplimiento de este pacto, ha establecido que la educación es fundamental para la protección de las niñas y las mujeres frente a la explotación sexual y la explotación en el trabajo, así como en la promoción de la democracia y los derechos humanos. Además, ha establecido que el derecho a la educación tiene efectos positivos a lo largo de la vida del ser humano y potencializa el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos.[41]

Por otra parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Mujeres (CEDAW) determina, en su artículo 5, la necesidad de garantizar la educación familiar que incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en el entendido de que el interés de los hijos será la consideración primordial en todos los casos. Si el interés de los hijos considera responsablemente su necesidad de información y educación sexual para un mejor desarrollo, la CEDAW obliga a los estados parte a garantizarla y promoverla. Los estereotipos de género basados en la discriminación y desvalorización a las mujeres en todos los ámbitos de la vida, incluida la sexualidad, se pueden atacar y transformar a través de la educación sexual. Es por ello que el Comité que vigila la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Mujeres establece que los estados parte tienen la obligación de eliminar estos estereotipos de género que limitan el acceso a la educación de niñas y mujeres,[42] por lo que la educación sexual integral resulta fundamental para el cumplimiento de esta ley internacional.

De igual manera, establece en su artículo 10 que los estados parte deben tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, asegurándole la igualdad de derechos con el hombre en cuanto a la educación. En particular, el inciso b) de este artículo confirma que el Estado debe garantizar el acceso a material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y la asesoría para la planificación familiar.

Un tercer instrumento convencional internacional que fundamenta el derecho a la educación sexual es la Convención de los Derechos del Niño

[41] Véase, "Advocacy: advocacia cidadá pelos direitos humanos", *Derechos sexuales y derechos reproductivos en la perspectiva de los derechos humanos*, Río de Janeiro, Brasil: Advocacy-Fondo de Población de Naciones Unidas, 2003.
[42] Véase, "Advocacy: advocacia cidadá pelos direitos humanos", *Op. cit.*, pp. 92-93.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(CDN). En el artículo 28 esta convención reconoce el derecho de niños y niñas a la educación y la obligación de tomar las medidas necesarias para impartirla. Asimismo, en el artículo 29 afirma que la educación impartida por el Estado debe garantizar el máximo desarrollo de la personalidad, las aptitudes y las capacidades mentales y físicas de las y los niños, además de inculcarles el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. También debe contribuir a la preparación del niño y la niña para llevar una vida responsable con comprensión, tolerancia, igualdad de los sexos, paz y amistad entre los pueblos y los diferentes grupos religiosos y étnicos, lo cual implica preparar a los niños y las niñas para ser personas respetuosas y tolerantes ante las diferentes preferencias, no sólo religiosas y culturales, sino también sexuales.

De acuerdo con el Comité que controla la CDN, la educación debe apoyarse en los principios de la no discriminación, particularmente en relación con la igualdad de género, así como en el de la participación del niño y la niña en la vida escolar. En el ámbito de los derechos sexuales, el Comité de la CDN ha dado diversas recomendaciones a estados miembros para que planifiquen y realicen campañas de educación dirigidas a promover la salud sexual y reproductiva, además de recomendar que la educación sexual se introduzca en las currículas nacionales escolares.[43]

La CDN también confirma el derecho del niño y la niña a la libertad de expresión, y establece que ese derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.[44] De esta manera, los estados parte están comprometidos a garantizar a niños y jóvenes el ejercicio de ese derecho, asegurando su libertad de buscar y recibir información relativa a su cuerpo, su sexualidad, su autocuidado, la reproducción humana, la planificación familiar, la prevención de enfermedades, en suma, la información necesaria para su bienestar y desarrollo pleno.

La educación sexual integral desde la infancia también contribuye a la prevención de abuso sexual y de explotación sexual. Los gobiernos que han firmado y ratificado la CDN están comprometidos a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (Art. 34), lo que les obliga a realizar acciones para impedir estas problemáticas, incluyendo programas y acciones de educación sexual.

[43] *Ibid.*, pp. 93-94.
[44] Véase Convención para los Derechos del Niño, artículo 13.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como parte del marco legal que fundamenta el derecho a la educación sexual, también se encuentran los documentos convencionales regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, donde se confirma el derecho a la libertad de expresión y pensamiento, incluida la libertad de buscar, recibir y difundir información de todo tipo; además de que establece que para el desarrollo progresivo los estados parte se comprometen a tomar las medidas y acciones necesarias para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.[45]

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado Protocolo de San Salvador, confirma el derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, y compromete a los estados parte a reconocerla como un bien público y a adoptar medidas que garanticen ese derecho, como es el caso de la educación de la población para la prevención y tratamiento de los problemas de salud, que incluyen los relacionados con la salud sexual y reproductiva. Asimismo, reconoce el derecho a la educación y el derecho a los beneficios de la cultura, y compromete a los estados parte a orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la persona y garantizar que todas las personas gocen de los beneficios del progreso científico y tecnológico, lo que incluye a los beneficios que otorgan los métodos modernos de anticoncepción y prevención de ITS. Este protocolo también reconoce el derecho a la constitución y protección de la familia, en el que incluye la obligación de los estados parte a adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes buscando garantizar la plena maduración de sus capacidades físicas, intelectuales y morales, para lo cual es necesaria la educación sexual integral.[46]

Finalmente, también se considera como marco jurídico de la educación sexual a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada Convención de Belem do Para. Al igual que la CEDAW, esta convención establece en sus artículos el derecho a la no discriminación y la no violencia, y la obligación de los estados parte a garantizar las condiciones para erradicar, prevenir y sancionar la violen-

[45] Véase Pacto de San José de Costa Rica, artículos 13 y 26.
[46] Véase Protocolo de San Salvador, artículos 10, 13, 14 y 15.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cia contra las niñas y las mujeres, con acciones en el ámbito de la salud y la educación, incluida la relativa a la sexualidad y la reproducción.

Tanto los instrumentos de derechos humanos internacionales como los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos previamente citados, son fuentes de los derechos sexuales y los derechos reproductivos que avalan y protegen los derechos de las y los niños, adolescentes y jóvenes, de recibir información y educación sexual.[47] Este marco legal fundamenta el derecho a la educación sexual integral en México, aun y cuando resulte necesario ampliarlo y adecuarlo a las necesidades de la población en esta materia, especialmente las de niñas, niños, adolescentes y jóvenes.

Actualmente la educación sexual integral no es una política pública generalizada en el gobierno mexicano. Sin embargo, los programas nacionales en materia de salud reproductiva, equidad de género, infecciones de transmisión sexual y VIH/SIDA reconocen la necesidad de la educación sexual integral y establecen objetivos específicos para desarrollarla. Es tarea pendiente la evaluación de los logros, alcances y limitaciones de dichos planteamientos, así como la planeación y desarrollo de más y mejores acciones de política pública en materia de educación sexual como parte de la educación general impartida por el gobierno.

V. Consideraciones finales

El derecho sexual a la educación sexual científica, confiable y laica, en México se ha impulsado y desarrollado en un trabajo colaborativo interinstitucional entre organizaciones gubernamentales, civiles y académicas, especialistas en el rubro. Se ha fundamentado a través de estrategias basadas en estudios científicos, materiales de vanguardia producidos y validados en América Latina, para brindar una educación sexual efectiva a niños, adolescentes y jóvenes. En colaboración permanente se ha avanzado en que el tema se incorpore poco a poco como parte de las políticas públicas para el ejercicio de sus derechos sexuales en el campo de la educación sexual y prevención, así como de atención integral a la salud sexual de adolescentes y jóvenes.[48] Así, las escuelas públicas incorporan en sus programas algunas actividades de información y educación sexual, sobre

[47] Véase, "Advocacy: advocacia cidadá pelos direitos humanos", *Op. cit.*
[48] Al respecto, véase el texto de Gabriela Rodríguez, *¿Cuáles son los beneficios de la educación sexual? Carpeta informativa sobre los beneficios de la educación sexual en México*, Red Democracia y Sexualidad, México, s/f.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

todo, aquellas basadas en los contenidos de los libros de texto de primaria y secundaria. Por su parte, algunas escuelas privadas de todos los niveles educativos se están interesando cada vez más en ofrecer a sus estudiantes una educación sexual de calidad y eficiente aunque es un asunto que no está lo suficientemente documentado, investigado y evaluado en términos de impacto. Siendo la escuela uno de los espacios fundamentales para que las y los adolescentes y jóvenes reciban educación sexual, se pueden delinear algunas ideas a considerar para planear y desarrollar un programa escolar acorde con los adelantos científicos y el marco de los derechos humanos de este sector de la población.[49]

Fernando Savater dice: "El arte de poner el placer al servicio de la alegría, es decir, a la virtud que sabe no ir a caer del gusto en el disgusto, se le suele llamar desde tiempos antiguos Templanza. Se trata de una habilidad fundamental del hombre libre pero no está muy de moda: se le quiere sustituir por la abstinencia radical o por la prohibición policiaca."[50] La educación sexual integral puede contribuir al desarrollo de la templanza de manera que las y los jóvenes vivan como seres humanos libres y responsables de sus decisiones en torno a su vida sexual.

Además, más allá de las valoraciones individuales respecto a la propia sexualidad, la realidad de la vida sexual de las y los jóvenes impone la responsabilidad de atender sus necesidades con educación sexual integral y con condiciones que les permitan el ejercicio libre de sus derechos sexuales, y en ese sentido vale hacer la consideración de que en México queda un gran recorrido por realizar en el campo de la legislación y reglamentación de servicios dirigidos a posibilitar el pleno ejercicio de los derechos sexuales. Está claro que las decisiones individuales en el ámbito de la vida sexual son personales, privadas y propias de cada sujeto, pero las condiciones para el ejercicio de las prácticas sexuales libres, responsables, respetuosas y sin repercusiones y perjuicios para nadie, constituyen el campo de trabajo para el Estado en tanto garante de los derechos sexuales y reproductivos, como derechos humanos, y en ese sentido, el marco legal actual resulta amplio y vasto como marco de sustento aunque se ve reducido y limitado en tanto no se avance en la elaboración de procedimientos

[49] En México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos avala como derechos de las y los jóvenes, el derecho a la información completa, científica y laica sobre la sexualidad, así como el derecho a la educación sexual y a servicios de salud sexual y salud reproductiva. Véase *Cartilla de los derechos sexuales de las y los jóvenes* de la CNDH y firmada por más de 80 organizaciones civiles.
[50] Fernando Savater, *Ética para Amador*.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y reglamentos que sostengan la práctica efectiva de estos derechos en términos de educación, prevención, servicios de salud adecuados y calificados para las y los jóvenes, acceso efectivo a información veraz, laica y confiable sobre sexualidad, a métodos de anticoncepción y prevención de infecciones de transmisión sexual.

Asimismo, está en frente el reto de homologar las legislaciones estatales y locales en términos de lo avalado por la Constitución Política mexicana y lo avanzado por las leyes federales y los compromisos vinculatorios internacionales firmados y ratificados por el gobierno mexicano, en el campo de los derechos sexuales de las y los jóvenes. Como señala la Secretaría de Salud en el folleto *Conoce tus derechos sexuales y reproductivos ¡Ejércelos!*, los derechos sexuales y reproductivos son parte de los derechos humanos y tanto la Constitución Política mexicana como la Ley General de Salud son sustento legal y los establecen de manera congruente con los tratados y acuerdos internacionales firmados por México, por lo que corresponde seguir desarrollando instrumentos jurídicos y normativos para que las y los jóvenes puedan conocerlos ampliamente y ejercerlos efectivamente. ■

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IUS

BIOÉTICA ESCRITA CON "M" DE MUJER

Laura Adriana Albarellos González*

SUMARIO

I. Introducción
II. ¿Bioética femenina o feminista?
II.I. La bioética del cuidado
II.II. La bioética de la libertad de la mujer
III. Volviendo con la igualdad y la diversidad accidental inicial
IV. ¿Ginecoética?
IV.I. La mujer "maravilla"
IV.II. La mujer climatérica

RESUMEN

El presente artículo centra su atención en la mujer desde el punto de vista de género y la postura discriminatoria que ha sufrido en la historia de la civilización humana. En relación con esto valora las corrientes feministas surgidas en contracorriente, destacando en el campo bioético y biojurídico. Dentro de este último analiza la bioética del cuidado, cuyo objetivo es poner en el "banquillo del acusado" a la bioética humana general de tipo individualista, machista, neutral y abstracta, estando lo relevante no en la consideración de si el individuo es persona o no, sino más bien que ese individuo se encuentra en relación con

ABSTRACT

The present article centers its attention in the woman from the gender point of view and the discriminatory posture that it has suffered in the history of the human civilization. In connection with this it values the arisen feminist currents, highlighting one in the field of the biology and the ethics and another in the field of the biology and the juridical thing. Inside this last it analyzes the focus of the care whose objective is to accuse the vision human general of individualistic, macho type, neutral and abstract, being not the outstanding thing in the consideration of if the individual is person or not, but

* Dra. miembro de la Sociedad Internacional de Derecho Genómico y Bioética.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

otro, cuestión con que se asocia con la experiencia maternal o femenina del cuidado (procrear, alimentar, cuidar, educar) como eje de razón totalmente diferente captado por el sexo masculino. También valora la bioética de la libertad de la mujer que trata de establecer una reivindicación, entendida ésta no sólo como una emancipación, sino con niveles que alcanzan la liberación femenina del dominio patriarcal, logrando un acceso igualitario a los medios técnicos que rompan con las subyugaciones biológicas y reproductivas que impiden la consideración de una igualdad de géneros en la sociedad; aquí entran aspectos como: el poder de decisión de la mujer sobre su propio cuerpo que incluye el derecho al aborto, el derecho a la renta de vientres a través de una relación contractual de subrogación, la disociación de la dación de semen por un hombre y adjudicación de paternidad a otro, el derecho a la reproducción en solitario, prescindiendo de la heterosexualidad, el derecho femenino a la elección entre los embriones para seleccionar el que considere genéticamente más apto, una especie de hijos a la carta, etc.

rather that individual is it is in connection with other, question with which he associates with the maternal or feminine experience of the care (to procreate, to feed, to take care, to educate) as axis of completely different reason captured by the masculine sex. It also values the focus of the woman's freedom that tries to establish a recovery, expert this I don't only eat an emancipation, but with levels that they reach the feminine liberation of the patriarchal domain, achieving an equitable access to the technical means that break up here with the biological and reproductive subjugations that impede the consideration of an equality of goods in the society, aspects enters like: the power of the woman's decision on their own body that includes the right to the abortion, the right to the rent of stomaches through a contract relationship, the right to the reproduction in solitary, doing without of the heterosexuality, the feminine right to the election among the embryos to select the one that considers genetically more capable in kind of a children to the letter, etc.

I. Introducción

Durante muchos siglos la mujer se ha visto relegada de ámbitos tales como políticos, económicos, sociales e incluso dentro de ámbitos nucleares como el familiar, siendo de recientes épocas la posibilidad de ser considerada como centro de imputación de derechos que, si bien eran suyos, nunca había podido hacerlos valer.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A poco que se examina la literatura del siglo que hace poco abandonamos, encontramos la conquista del derecho político dicotómico —elegir y ser elegida—, al acceso a cargos públicos, a la posibilidad de educarse, a la posibilidad de ser titular de un comercio, a decidir si porta o no el apellido del marido, a compartir con él la patria potestad de sus hijos.

En muchos países se encuentran ante nuestros ojos estos derechos en tramos que eran impensados para nuestras abuelas: posibilidad de decidir la maternidad, incluso, en estado de soltería por inseminación artificial, mujeres ejerciendo la presidencia de un país, en cargos públicos de alto nivel e incluso —como en el caso de España— con la posibilidad de que sus hijos lleven primero su apellido en lugar del paterno. Quizás algunos de estos comentarios parezcan superfluos, pero en realidad conllevan todo un telón detrás, que es el símbolo de muchas luchas por el ejercicio de una igualdad jurídica.

El rezago femenino se pierde en los tiempos, sólo en muy contadas ocasiones mujeres se han destacado en la historia. En el mundo griego, Aristóteles sostenía que el varón era destinado a la libertad y a la vida pública; mientras que las mujeres tenían por misión la obediencia y el silencio. Sabido es también que este mismo filósofo consideraba a los espermatozoides como "pequeños homúnculos" —hombrecillos en desarrollo— y que cuando nacía una niña era porque los "homúnculos" habían sido débiles. Platón se encontraba en similar tesitura. También pensadores influyentes hasta nuestros días, como Santo Tomás de Aquino, Immanuel Kant, Hegel y Sartre, entre muchos otros.

El conocimiento y la ciencia carecen de sexo, si bien la manera en que se aborda son diversas para cada género, puesto que la escala de valores morales que cada uno de ellos posee es distinta en orden y, por supuesto, tan válida en un caso como en el otro.

Ésta no ha de ser la única diferencia existente: biológicamente es perceptible que no se trata de una igualdad en términos absolutos. La complexión genética de la mujer, si bien tiene 46 cromosomas como el hombre, tiene en el último de ellos la composición XX, mientras que en el varón ha de ser XY. Esta diferenciación cromosómica da lugar a diversidades en el sistema óseo, en el sistema reproductor, hormonalmente e incluso psicológicamente.

Pues bien: ¿cómo podemos relacionar lo dicho con el mundo del derecho y la bioética?

La legislación mexicana contiene en su artículo 4 un precepto que se

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

alza, aparentemente, de manera incondicional: "El varón y la mujer son iguales ante la ley."

Si bien es cierto que esta igualdad legal ha de ser aceptable —y muy recomendable, luego de las discriminaciones padecidas hasta el reciente siglo pasado— también es verdadero el hecho de que esas diferencias que marcábamos como ejemplificativas, hacen de compresiones y contemplaciones específicas no tan sólo para la mujer, sino también para el mismo hombre. Entonces, esas diferenciaciones son más bien basadas en la diversidad humana y no en razones de un género u otro.

En otras palabras, debe existir igualdad jurídica, pero basada en atención a las diversidades accidentales que la naturaleza —indomable compañera de la humanidad— ha querido presentar; y es que estas diversidades son altamente específicas.

Tomemos otra situación normativa mexicana para analizar lo dicho. El mismo artículo 4 constitucional reza: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos." ¿Significa esto que la mujer, entonces, tiene derecho a poder interrumpir su embarazo? No, pues el mismo cuerpo normativo supremo de la nación, tiene garantizado el derecho a la vida de los hijos, como tampoco importaría la posibilidad de la comisión del homicidio calificado de los hijos ya nacidos. Se refiere —en el particular caso de la mujer— al derecho a la planificación y empleo del propio cuerpo; es decir, se trata —ahora en ambos casos—, además, de la libertad de elección de ejercicio sexual, su ocasión y cuándo éste trasunte en la posibilidad de convertirse en padres, en función al logro del plan y proyecto de vida.

Nótese que también el texto legal anterior no se refiere solamente a la mujer, sino que —acertadamente— emplea los vocablos "todas las personas". Por ende, y en contexto, todos aquellos que tengan la posibilidad sexual de convertirse en padres, es decir, el varón y la mujer, situándolos —tal y como decía mi maestro Jorge Amado Gutiérrez— en posición de "igualdad entre iguales", pues en este caso específico —y por necesidad biológica— lo son. Sólo que en el caso de la mujer, podría incorporarse el plus del empleo de su cuerpo y su psiquis para la preservación de la especie y convertirse en padres, lo que hace al tramo de la diversidad accidental.

Pero volvamos con este último acápite que analizamos del artículo 4 constitucional: ¿existe un derecho al hijo o se trata del ejercicio de una libertad para concebir?

Evidentemente, estando de por medio un individuo —el hijo— no po-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

demos sostener que se trate de un *ius ad rem*, es decir, un derecho a la cosa, pues eso sería producir un reduccionismo biológico de la vida que se avecina. Entonces, se trata con toda claridad de un derecho de libertad para elegir el momento en que la concepción ha de tener lugar.

II. ¿Bioética femenina o feminista?

En el ámbito bioético y biojurídico, aparecen nuevas teorías respecto de las nuevas tecnologías, analizadas desde la perspectiva estricta de la mujer. De esta manera, y por su especial intervención en el ciclo vital de la humanidad, la contribución del pensamiento femenino es vital desde el punto de vista integral de la problemática de las intervenciones vitales, tanto en el tramo incipiente como en la faz terminal.

Por otro lado, y tomando en consideración la diversidad accidental, se ha sostenido que carece de sentido hablar de una bioética general, pues ello conlleva a una discriminación que no contiene —siquiera etimológicamente— un sentido de especificidad en cada uno de los géneros destinatarios de las actividades de las ciencias de la vida. Esta postura parte de la idea de que, al considerar a la bioética como el lugar de reflexión de las actividades de las biociencias en el ser humano, asociando esta terminología con lo masculino, lo femenino quedaría absorbido, con lo que se anularían las diferencias propias y específicas de la mujer, en especial las sexuales, llegando a una verdadera neutralización.

Dentro de esta tesitura, encontramos dos teorías feministas, una en el ámbito puramente bioético, y la otra en el campo biojurídico: la primera, responde al nombre de bioética del cuidado; mientras que la segunda propuesta por Rosie Tong— es llamada bioética de la libertad de la mujer.

II.I. La bioética del cuidado

En la bioética del cuidado se parte de los principios de distinción psicológico-morales entre el hombre y la mujer, establecidos por Carol Gilligan[1] —quien contrapone esta bioética con la de la justicia—. El objetivo principal de esta postura, es poner en el "banquillo del acusado" a la bioética humana general, a quien se acusa de ser individualista, machista, neutral y

[1] Carol Gilligan, *In a different voice: psychological theory and women's development*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1982.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

abstracta. Aquí lo relevante no sería la consideración de si el individuo es persona o no, sino —más bien— que ese individuo se encuentra en interferencia intersubjetiva; en otras palabras, que este individuo se encuentra en relación con otro. A partir de ello, se considera fundamental esta relación concreta, la que se asocia con la experiencia maternal o femenina del cuidado —procrear, alimentar, cuidar, educar— como eje de razón totalmente diferente captado por el sexo masculino. Es por ello que se considera que ése ha de ser el eje que bioéticamente debe tomarse como sentido de lógica bioética, y que debe ser aplicado a todo individuo —humano o no— y por todos los seres humanos sin distinción de género.

Por otra parte, fundados en el cuidado como cualidad femenina, como cualidad maternal que profiere cuidados responsables y empáticos, sería posible aprender a desarrollar los sentimientos necesarios para una conducta ética en las áreas de las ciencias de la salud. Esto es así toda vez que la relación profesional de la salud-paciente, es desigual, generando una asimetría entre el "cuidador" (médico) y el "cuidado" (paciente).

No obstante lo dicho, el feminismo bioético va más allá: la dimensión femenina del cuidado, tradicionalmente considerada del ámbito privado, debería trascender también al campo público, desde el ámbito jurídico-político. Como en general la mujer ha experimentado la maternidad, y si aún no lo ha hecho al menos ha experimentado el cuidado de alguien, ella ha de ser el verdadero sujeto de la bioética, pues es quien conoce y sabe de la preocupación y del cuidado. Ergo, se debe maternizar y feminizar la bioética a partir de esos valores maternales, pero con trascendencia pública ya que cualquiera, sin distinción de género, puede tener la actitud tuitiva hacia alguien, tal como una mujer la tiene para con su hijo.

Presentada la bioética del cuidado, tomemos en cuenta algunas reflexiones:

1) ¿Qué sucede en los casos en que la madre abandona al hijo? No es que se consideren dentro del comportamiento habitual, pero innegable es que estas situaciones suceden de cotidiano. Entonces, ¿qué reflexión dentro de la bioética del cuidado merece esta situación?
2) Considerando que los valores femeninos se trasladen a una bioética de las ciencias de la salud, ¿es análoga la situación del médico que decide no aplicar más métodos de encarnizamiento terapéutico para mantener con frágil vida al paciente, con la de la madre abandónica?

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3) Si los únicos valores a tomar en cuenta son los femeninos y su sistema de reacción frente a los estímulos, ¿en qué posición quedan los derechos humanos?
4) Si carece de importancia la consideración de la persona, si no solamente la relación intersubjetiva, ¿estamos personalizando cosas o cosificando personas?
5) Como la consideración en la axiología femenina, indudablemente, estamos ante una situación fáctica de valoración moral subjetiva, entonces, ¿no se trata de subordinar la relación a un "estatuto del otro"? ¿Cuántos "estatutos del otro" pueden existir, si la escala axiológica termina, en definitiva, siendo absolutamente subjetiva?
6) ¿Esa generación de "estatutos del otro" no trasunta en una verdadera bioética del poder individual, aplicable al "otro" que no se encuentra en posibilidades de decidir por sí mismo? ¿No se trataría, entonces, de "un cuidado del otro", a una "disposición del otro"?
7) Si la bioética feminista nace de un movimiento radical en protesta por las diferencias discriminatorias sexistas, ¿esta exaltación de "lo femenino" no es una nueva forma de discriminación?
8) Recordando nuestras primeras líneas, donde recorríamos históricamente una visión de mujer destinada al cuidado y a la obediencia, ¿no se trata esta consideración de un nuevo rezago de la mujer, paralizándola a la crianza y atención, tal y como se esperaba de ella en la antigüedad? ¿No se trataría, entonces, de resaltar —y utilizar— solamente su faz intuitiva castrándole su capacidad racional?
9) ¿Estereotipar a la mujer no es pasar por alto las diferencias naturalmente existentes dentro del propio género?
10) Si bien es cierto que las actitudes de cuidado son más frecuentes en las mujeres, ¿habilita eso para establecer una conducta generalizada exclusivamente femenina que pruebe la existencia de una moral diferente —y hasta superior— a la de los hombres?
11) ¿El hecho de ser mujer, habilita a un estándar en el que pueda sostenerse una respuesta absoluta en la resolución de cada conflicto? ¿Acaso eso existe en la moral masculina?
12) ¿Es posible extrapolar la relación materno-filial a todo tipo de relación? ¿No se trataría de estandarizar un vínculo especial y

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desconsiderar que cada tipo de interferencia intersubjetiva es única e irrepetible? Sabido es por quienes somos madres, que hasta la misma relación con un hijo es diferente con el otro, y no por ello, ambas especiales en sí mismas, pero, sí diversas entre sí.

13) ¿Qué sucede con los "ejemplos" de las relaciones materno-filiales opresivas? ¿Son también de consideración de la bioética?
14) ¿Qué sucede con los casos de padres que, abandonados por sus mujeres, crían solos a sus hijos? ¿Son deleznables para la toma de un criterio de valores éticos por ser masculinos?

II.II. La bioética de la libertad de la mujer

Como en un principio veíamos, las corrientes feministas plantearon dos posibilidades de "nuevas" bioéticas: la del cuidado —que acabamos de analizar— y la de la libertad de la mujer.

Esta corriente, que ahora analizamos, trata en realidad de establecer una bioética de la reivindicación, entendida ésta no sólo como una emancipación, sino con niveles que alcanzan la liberación femenina del dominio patriarcal, superando el androcentrismo y logrando un acceso igualitario a los medios técnicos que rompan con las subyugaciones biológicas y reproductivas que impiden la consideración de una igualdad de géneros en la sociedad. En otras palabras: porque la mujer es diferente al hombre, psicológica, sexual y fisiológicamente, debe tener el poder de decisión sobre su propio cuerpo, incluso, valiéndose de las nuevas biotecnologías para combatir el patriarcado, generando derechos tales como a la no procreación, empleando esas tecnologías para controlar la natalidad y la esterilización voluntaria, separando de esta manera la libertad de sexualidad de la procreación. De esta forma, aparecen derechos derivados como el del acceso al aborto, derecho a decidir el destino del feto que es —bajo esta concepción— propiedad privada de la mujer, *ergo*, objeto. Asimismo, se desprende el derecho a la renta de vientres a través de una relación contractual de subrogación, basada en un reclamo de igualdad con el hombre: la disociación de la dación de semen por un hombre y adjudicación de paternidad a otro. De igual manera, se propugna por el derecho a la reproducción en solitario, prescindiendo de la heterosexualidad. A continuación —y con los nuevos avances— se plantean como derecho el acceso a la clonación reproductiva de la propia mujer, lográndose este método con absoluta prescindencia del hombre, toda vez que el proceso clónico se logra con

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un óvulo que se desnucleariza y en cuyo lugar se inserta el núcleo de otra célula no sexual —por ejemplo, el núcleo de una célula de piel— que puede ser de la misma mujer, para luego insertarse el producto en el útero de esta mujer que proporcionó el óvulo y la otra célula no germinal, generando una copia exacta de su ser. También se brega por el derecho femenino a la elección entre los embriones que de ella se produzcan, para seleccionar el que considere genéticamente más apto e incluso la obtención de hijos *á la cárte*, seleccionando cualidades raciales entre las muestras de semen donadas.

Por otro lado, y bajo los mismos criterios que bregan por un derecho "asexuado", se tratan temas tales como libertad de intercambiabilidad de órganos sexuales —femeninos y masculinos— y la posibilidad de la ectogénesis a través del desarrollo de un útero artificial.

Son algunas de las sostenedoras de esta postura autoras tales como Donna Haraway[2] y Françoise D'Eaubonne,[3] entre otras.

Luego de expuesta la bioética de la libertad de la mujer, podemos también efectuar algunas consideraciones, las que a continuación se listan:

1) De igual manera que la bioética del cuidado, produce una exaltación masiva de lo femenino, con lo cual en nada se avanza en las propias quejas de la dicotomía "machismo/feminismo", al poner como bandera la otra cara de la moneda, es decir, nuevamente más de lo mismo. Con ello, no cabe más que afirmar que se trataría de una sustitución del patriarcado por el matriarcado.
2) Más que un aprovechamiento de las biotecnologías en pro de la mujer, se está bregando por una tecnificación absoluta y social, donde las cuestiones básicas de interrelación humana se encuentran alteradas y suplantadas por la mecanización, empleadas con la excusa de la igualdad como derecho.
3) Considerando este mismo tópico anterior, la tesitura se vuelve en contra del mismo ideal de lucha: la mujer termina cosificada por el mismo empleo indiscriminado de tecnología en su propio cuerpo.
4) La idea de sexualidad femenina y su experiencia, quedan relegadas, o mejor dicho, absolutamente abrogadas.

[2] Donna Haraway, "A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century", en *Simians, Cyborgs and Women: The Reinvention of Nature*, Routledge, Nueva York, 1991.
[3] Françoise D'Eaubonne, *Les femmes avant le patriacat*, Payot, Paris, 1976; y *Le feminisme ou la mort*, Pierre Horay, Paris, 1974.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

5) Las ideas de separación de la sexualidad y reproductividad, y las tecnologías que para ello se empleen, están simplemente destinadas a un sector social pudiente, toda vez que las técnicas que para ello se emplean son altamente costosas, así como los medicamentos que deben consumirse *a posteriori* de la intervención, con lo cual se genera otro tipo de discriminación, de otra especie, pero discriminación al fin.
6) La cuestión de la selección de los embriones producidos, no es más que un repudiable reduccionismo genético de la especie humana.
7) No puede aceptarse la subrogación de vientres y su juridización a partir de cualquier tipo de figura contractual, mucho menos aún cuando ello conlleve un interés lucrativo entre las partes.

Considerando expuestas las posturas de estas nacientes bioéticas, podemos concluir que se trata, evidentemente, de tesituras radicalmente feministas, que distan mucho de ser femeninas, cuando ambas palabras, sabido es, tienen implicaciones y alcances muy diferentes. Una bioética feminista, implica una lucha de poder, un enfrentamiento por mostrar quién es superior y cuyos valores deben prevalecer. En cambio, una bioética femenina, implica un reconocimiento a las diversidades accidentales —otorgadas por la naturaleza— y a las particularidades racionales y fisiológicas de la mujer, propugnando por la construcción de una sociedad comprensiva.

Nuestra especie es sexuada, complementaria, igualitaria —y dentro de ella, diversa— y dependiente. Ésa es la claridad que debe iluminar el pensamiento en el análisis de las particularidades.

III. Volviendo con la igualdad y la diversidad accidental inicial

En un principio, arrancamos esta marcha analizando la igualdad jurídica entre hombre y mujer. También, dejamos en claro que si bien esa "igualdad entre iguales" era jurídica, existen diversidades accidentales entre ambos sexos.

Ahora bien: ¿en función a esa diversidad, particular en cada uno de los casos, existen diferencias entre valores humanos femeninos y masculinos o se trata de la existencia de valores humanos —sí, en general— y derechos humanos? Nuestra idea plantea que se trata de un conjunto de valores humanos y derechos humanos. Dentro de ellos puede considerarse que la especificación de la existencia de cada género, con su estructuralidad

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

particular, requiere de una división específica dentro de ellos. Esta división existe en los derechos humanos —prueba de ello son los documentos internacionales que así los avalan, evitando discriminaciones por sexo— pero en cuanto a los valores, éstos requieren de un transporte hacia la factibilidad, es decir, hacia el mundo de lo fáctico, de los hechos.

En cuanto a la realidad particular de la mujer, claro es que en el mundo de la bioética, por su papel trascendental en cuanto a la maternidad y a su propia anatomía, es importante establecer parámetros específicos y éticos de su tratamiento esperable, máxime considerando la inobjetable carretera histórica recorrida.

El tratamiento de una mujer requiere de ciertos parámetros que hacen, más que a su "debilidad sexual", a su "delicadeza sexual" y a sus patologías particulares.

La problemática femenina se centra en una raíz, no tan sólo de índole sexual, sino que su psicología está íntegramente entrelazada con ese ámbito propio del placer y la reproductividad. Ése es el ámbito particular donde encontrar una verdadera bioética femenina, y aplicarse en su auxilio a las ciencias de la salud.

IV. ¿Ginecoética?

Pereciera, entonces, que esta diversidad merecería un nuevo capítulo bioético a inaugurar, una rama que se destine exclusivamente a lo femenino, mas no a lo feminista. Lo femenino entra dentro del campo de la bioética filosófica y jurídica; lo feminista, a lo psicológico.

De esta manera, se puede hablar de una ginecoética, que introduce el concepto bioético en ginecología, haciendo una consideración del *bios* (vida) y el *ethos* (estatus) de la mujer en el tratamiento de sus enfermedades a que suele reducirse la especialidad.

La perspectiva moral humanizadora que caracteriza a la bioética, si bien no debe ser ajena, requiere de cuestiones más específicas para que se considere una ginecología bien entendida, profundizada en cuanto a la visión de la anatomía, patología, sexo y genitalidad de la mujer. Un caso ejemplificador, en cuanto a lo que sostenemos, sería el tratamiento del climaterio, que se presta particularmente a un ejercicio paradigmático de esta ginecoética.

El primer paso bioético, sin duda, ya ha sido dado y se constituye en dejar de considerar a esta etapa como una enfermedad. Antes de este reco-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nocimiento, la medicalización indiscriminada de la menopausia ha sido un palmario ejemplo de antibioeticidad. Es entonces propicio, asistir, prevenir y tratar sus complicaciones con la especificidad que esta particular declinación de la sexualidad, condición de la vida, se presenta en la mujer.

Sin lugar a dudas estamos en el ámbito de una llamada "medicina del deseo", donde no puede prescindirse de la participación femenina, en esta cruzada por la desmitificación de problemas de la mujer, puesto que —más allá del ejemplo propio que empleamos del climaterio— este escenario posmoderno de la condición femenina nos plantea retos específicos, como lo es la reproducción asistida, entre otros.

De esta manera, el discurso bioético en ginecología presenta dos aspectos que constituyen ambas caras de una misma moneda: por un lado, uno de caracteres teoréticos, el discurso biomédico dominante confrontado con el discurso científico —social y biográfico—; por el otro, uno de índole política que es la causa femenina (no feminista), considerando el particular lugar ocupado por la mujer en la sociedad, propulsando la desaparición de valores tajantes y separatorios de índole sexista, pero sin caer en articulaciones manipuladoras contemporáneas del *ethos* femenino. Se trata, entonces, del juego de dos barajas: una, de carácter especulativo, y la otra, estratégica.

Así, podríamos afirmar la existencia de dos estereotipos femeninos que nutrirían el debate ginecoético: la mujer "maravilla" —reproductiva, con sus particularidades— y la mujer climatérica, ambas como centro del análisis.

IV.I. La mujer "maravilla"

Desde el renacimiento de la bioética en la década de los sesenta en los Estados Unidos, pueden distinguirse en el mundo tres etapas bien diferenciadas de esta disciplina, en su capítulo destinado a la mujer:

1) Etapa de la revolución biológica: la mujer como especial centro de imputación y análisis.
2) Etapa de la mujer como actora y autora en la gestión pública y profesional de la bioética.
3) Etapa de la característica del género asumido por la disciplina (ética femenina/feminista).

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La primera etapa —considerada entonces como revolucionaria— se ha dado en llamar también "etapa de Galatea", y tiene sus inicios en la década de los sesenta con temas tales como la contracepción, pasando en la década de los ochenta a tópicos referidos a la reproductividad (disociantes de la procreación y la sexualidad). La llamada "era de la píldora libre", conformó una bandera de liberación femenina en aquel entonces aunque su significado no era tan claro; por otra parte, la introducción de las nuevas tecnologías reproductivas conllevó a uno de los dilemas bioéticos más arduos, reconociendo su génesis en julio de 1978, con el nacimiento de la primera "bebé de probeta" (Louise Brown) bajo las técnicas aplicadas por el médico inglés Steptoe y su equipo, dilemas que actualmente siguen ocupando la función dialógica de la bioética en cuanto a sus proyecciones exponenciales. Esta fecundación extracorpórea no era el fin del sueño alquimista del homúnculo. Con la reproducción asistida se abren las puertas a un recorrido de posibilidades antropogenéticas a las que hoy asistimos, tales como la crioconservación, la producción de embriones supernumerarios, la destrucción de los mismos, la subrogación de vientres, el diagnóstico preimplantatorio, la selección de embriones, constituyendo de esta manera el vientre de Eva en un oscuro objeto del deseo.

De esta manera, infinidad de volúmenes se han escrito, pero todos ellos en torno a tres verbos fundamentales: nacer, procrear y morir. Por ejemplo: en el debate respecto al derecho al aborto, en 1973 en el caso Roe *vs*. Wade llevado en grado de apelación a la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde se logra la destipificación del aborto en los ordenamientos penales y el derecho a la libre elección respecto al mismo con rango constitucional para ese país. Respecto a la segunda etapa, destaca en Inglaterra el "Informe Warnock", correspondiente a la filósofa Mary Warnock, directora del Comité sobre Fertilización y Embriología Humanas, de 1984, en el que se establecen las consideraciones de una etapa pre-embrionaria, su posibilidad de manipulación en ese estadio y la destrucción llegado determinado periodo de crioconservación en caso de supernumerariedad de embriones cuya madre no ha dado destino. Respecto al final de la vida, encontramos dos corrientes pro-eutanásicas, entre las que se destacan los familiares de Karen Ann Quinlan, Nancy Cruzan, Elizabeth Bouvia y Terri Schiavo, con las fundaciones que en su nombre se han fundado; por otro lado, encontramos a las tanatólogas Elizabeth Kübler-Ross, Cecily Saunders y Sham Alexander.

Entonces, esta ginecoética, puede encontrar sus antecedentes en el feminismo, pero a su vez, se distingue de él.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pues bien, no sólo son temas reproductivos los que deben analizarse en esta faz de la bioética, porque también existen otras particularidades femeninas ante las cuales no pueden cerrarse los ojos. Las condiciones de las enfermedades exclusivas de la mujer son otro punto que debe tomarse en cuenta. Por ejemplo, el cáncer cérvico-uterino, el papiloma humano, el padecimiento de miomas son algunos de los trágicos ejemplos en los que podemos considerar que el tratamiento ha de ser particular y específico de las relaciones mujer-ginecología. Se trata ahora, entonces, de un estereotipo de mujer que se opone con énfasis al dominante en la historia occidental, encarnando un rol propio de la cultura finisecular.

IV.II. La mujer climatérica

Sostiene Simone de Beauvoir que "mujer no se nace, se hace", puesto que la configuración social del patriarcado ha dejado un rastro de constituir un destino biológicamente determinado, el que debe ser reconstruido y reconstruido. De esta manera, el cuerpo femenino como "fábrica de la especie" sería otra veta más en la historia genérica de la humanidad, es decir, del mismo proceso cultural y de la civilización.

Sin lugar a dudas, el cuerpo humano se encuentra destinado a cumplir procesos naturales, pero estos procesos biológicos también son parte de un mundo de la cultura, que los capta a través de símbolos, prácticas sociales y creencias. En otras palabras, el problema del cuerpo no es reducible a un objeto científico o a una fenomenología de carácter universable, generando en el actual debate político como un tema de impostergable tratamiento.

Pigmalión recuerda a la plasticidad del cuerpo humano, en especial, del cuerpo femenino. Es el cuerpo plástico de la historia de la humanidad, que desde el arte a la cirugía cosmética diseña el mito de la belleza. Pero, vayamos aún más allá: en el Paleolítico, aparecen las primeras obras de arte conocidas bajo el nombre de "Venus esteatopígicas", atribuyéndoseles poderes mágicos de fertilidad y maternidad. Con el mismo criterio, en nuestros días, el desnudo plástico conocido como de mayor belleza por la mayoría, es sin dudas, el femenino. La invención del corset representa un modelado de la mujer que es el ideal cultural de feminidad, que no es ajeno a nuestros días, cuando nos enfrentamos a problemas tan graves como la anorexia y la bulimia en modelos de pasarela que han llevado a extremos de legislar en ciertos países la prohibición de trabajar a las *mannequines*

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que no posean determinado peso, y a exigir de los fabricantes de prendas la existencia de tallas extragrandes, por considerarse un modelo cultural discriminatorio y peligroso como propaganda de la mujer culturalmente deseada.

El furor de seguir un modelo cultural —o más bien escultural— de mujer, se encuentra inserto en cada mente femenina, que sueña con la posibilidad de someterse a corregir aquello que "la naturaleza no le dio", trasuntando en una verdadera subyugación social en busca de una perfección externa. Es muy importante aclarar que no nos estamos refiriendo a las intervenciones correctivas, o mínimas, sino a seguir con estereotipos particularmente marcados por la cultura, que son incluso peligrosos para la salud.

Por otra parte, la "mujer maravilla" se opone a la "mujer climatérica", puesto que a la primera se le adjudican roles de reproductividad, de preservación de la especie, lo que genera una discriminación y deslegitimación social de la mujer "improductiva", en términos sexuales. Y esto no es una acusación al mundo masculino. Es que, culturalmente, esta discriminación ha sido social. Incluso puede verse que la cuestión se ha manejado socialmente en contra de aquellas "mujeres maravilla" que no han aportado al linaje familiares varones.

Nótese lo dicho desde las Sagradas Escrituras. La mujer "necesariamente" tiene que pasar por su rol reproductivo. Numerosas son las mujeres posmenopáusicas que, con intervención sobrenatural, logran finalmente dar a luz un hijo: Sara —estéril y nonagenaria—, quien concibe a Isaac; la esposa de Manóaj, madre de Sansón, quien había sido estéril y era ya anciana cuando su hijo nació; Isabel, madre de Juan el Bautista, mujer estéril y de edad avanzada cuando se produce la concepción. El círculo se cierra con la concepción de María —madre de Jesús—, púber, de la reconciliación de la naturaleza y el espíritu y de la redención del pecado. Es decir, la infertilidad femenina, desde tiempos ancestrales, ha sido considerada como una notoria desgracia, como un castigo, incluso, divino. Ése ha sido el estereotipo predominante del destino de la mujer a la reproductividad y a la crianza. La mujer "incompleta" carece, entonces, de atractivo sexual e interés, constituyendo el blanco ideal para la misoginia.

Pese a ello, la medicina se esfuerza por construir un ideal de mujer carente de la visión tradicionalista de "sexo débil", de actitud pasiva y relegada al género "homo".

La actual visión —mejor dicho, revisión— ginecoética pone de cara a los profesionales de esta área de la salud a una mayor sensibilidad a las

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dimensiones antropológicas-sociales y ético-políticas de los problemas en la atención de la salud de las mujeres, como es el caso de las decisiones bioéticas de contracepción, esterilización, aborto, embarazo, parto, cánceres propios, virus específicos y sus manifestaciones, e incluso, una medicina de tratamiento específico del dolor, una a la reproductividad, una destinada a la práctica del deporte femenino y una a las particulares manifestaciones psicosomáticas del climaterio, entre otras especialidades, deslindadas de todo tipo de prejuicios, destinadas a confrontar mitos y realidades, y no a contribuir a ello. La dialéctica de la feminidad en los asuntos bioéticos se expresa, entre otras cosas, por las antinomias entre patología y fisiología y de la actitud intervencionista o abstencionista a abordar, llegando a extremos de preguntarse la posibilidad de revertir el estado reproductivo de una mujer climatérica. ¿Vale la pena revertir este proceso natural? ¿Genera inaceptabilidad del género humano? Sólo cuando la evolución social y cultural comprenda y aprehenda estas revoluciones estaremos en condiciones de responderlo. Lo cierto es que, en función de este punto en particular, también podemos aceptar la existencia de una medicina del deseo, que desafía a la medicina tradicional de la cura.

Entonces, una ética de la naturaleza y una ética del deseo, se encuentran en disputa por la moral reproductiva y la "mujer maravilla" y la "climatérica" son los puntos que deben renovarse en la dialógica bioética de la feminidad.

Tres reglas de oro han de alzarse entonces, en cuanto a una ginecoética: análisis del orden antropológico, epistemológico y axiológico, manteniendo una conciencia alerta respecto de las manipulaciones aceptables e inaceptables del *ethos* (como estructura) femenino. ■

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ORIGEN Y ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD*

Carlos Rogel Vide**

SUMARIO

I. Bienes de la personalidad, introducción al tema
II. Elenco y clasificación de los bienes de la personalidad
III. Derechos y deberes sobre los bienes citados
IV. Los derechos de la personalidad sobre los bienes sociales e individuales y los caracteres predicables de los mismos (el asunto en la Ley Orgánica 1/1982)
V. Los derechos de la personalidad como categoría y los antecedentes de la misma
VI. Derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de la personalidad
VII. Diferencias entre las categorías antes citadas
VIII. La actualidad de los derechos de la personalidad y su colisión con las libertades de expresión e información
IX. Honor, personas jurídicas y publicidad
X. Derechos de la personalidad y derecho moral del autor

RESUMEN

El presente artículo aborda lo que la teoría del derecho civil ha denominado como derechos de la personalidad, los cuales se asientan sobre determinados bienes personales, derivados de bienes esenciales, entre los cuales se engloban la vida y la integridad corporal; en segundo término de bienes sociales e individuales, entre los cuales se incardinan el honor y la fama, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; y de bienes corporales y psíquicos secun-

ABSTRACT

The present article approaches what the theory of the civil right has denominated as rights of the personality that settle on determined personal goods, derived of essential goods, inside which the life and the corporal integrity are included; in second term of social and individual goods, inside which the honor and the fame, the personal and family intimacy and the own image are; and of corporal property and psychic secondary as the

* El texto que sigue es el correspondiente a la conferencia pronunciada por su autor el día 7 de noviembre de 2001 en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña.

** Catedrático de derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid y director de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

darios, como la salud física y psíquica, los sentimientos y la estima social. El autor plantea que existe una tendencia de que sobre todos los bienes citados se elevan derechos de la personalidad, entendidos como verdaderos derechos subjetivos extramatrimoniales, lo cual considera es una tendencia indiscriminada que no comparte y explica a lo largo del artículo. Aborda el empleo del término en la doctrina europea hasta su afianzamiento en la segunda mitad del siglo XIX. Establece la distinta *ratio* conceptual de los términos derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de la personalidad, y culmina haciendo un estudio de la colisión entre algunos derechos de la personalidad como intimidad *vs.* libertad de expresión e información.

physical and psychic health, the feelings and the social esteem. The author outlines that it exists a tendency that on all the mentioned goods rights of the personality rise, experts as true subjective rights, that which considers is an indiscriminate tendency that doesn't share and he explains along the article. It approaches the employment of the term in the European doctrine until their establishment in the second half of the XIX century. It establishes the differences of the terms human rights, fundamental rights and rights of the personality, and it culminates making a study of the collision among some rights of the personality like it intimidates *vs.* freedom of speech and information.

I. Bienes de la personalidad, introducción al tema

En los pueblos civilizados y democráticos, donde la regla de la igualdad reina, en compañía de la libertad y de la fraternidad, a todas las personas —y no sólo a las que integran la clase o la raza dominantes— se les reconocen bienes, atributos de la personalidad misma y trasunto de ésta por la propia naturaleza de las cosas —para muchos— por voluntad del Sumo Hacedor de todas ellas. Hablo de la vida, de la intimidad, del honor y de la fama, entre otros bienes.

En los pueblos primitivos o en aquellos que, no siéndolo, no respetan la libertad ni la igualdad de todos los hombres; en los pueblos que no predican ni practican la fraternidad, el reconocimiento de los bienes citados es parcial o no existe respecto de determinadas gentes de determinadas razas o condiciones (esclavos, siervos, judíos, etc.).

En Roma, por ejemplo, los esclavos carecían, en principio y a reserva de ciertos peculios[1], de bienes y derechos, siendo considerados, incluso

[1] A decir de Ortega y Carrillo de Albornoz, *Derecho privado romano*, Málaga, 1999, p. 31, el derecho

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y salvando las distancias existentes entre ellos y las cosas inertes, como cosas susceptibles de tráfico jurídico desde su misma gestación, lo cual posibilitaba compraventas de cosa futura cuyo objeto era el *partus ancillae* —el parto de la esclava— y en poco se distinguían de las relativas a los partos de los animales irracionales en todo momento.

Podría pensarse que eso —aberrante para nosotros— es propio de épocas muy pasadas. Craso error. No sólo conviene recordar que en España —como en los Estados Unidos de *Lo que el viento se llevó*— la esclavitud fue abolida en la segunda mitad del siglo XIX —mitad en la que, curiosamente o no tanto, alumbra, cual hemos de ver, la categoría de los derechos de la personalidad—, sino que también conviene recordar que en África, hoy, existen esclavos, miles y miles de esclavos que se compran y se venden por unos cuantos dólares. Conviene recordar, asimismo, que en 1940 y en libros de civilistas europeos de renombre que no quiero traer a colación, podría leerse que determinadas consideraciones y derechos estaban reservados a los individuos de la raza superior, no correspondiendo a otros, miembros de las que no lo eran, sobre todo a los de aquellas que se quería exterminar. Conviene recordar, en fin, que en los tiempos que corren, fanatismos, extremismos, nacionalismos exacerbados y otros muchos *ismos* desprecian la vida y la integridad física, privando de la una y de la otra, sin piedad, a personas inocentes.

II. Elenco y clasificación de los bienes de la personalidad

Sabido es que el reconocimiento de los bienes de la personalidad no es, desgraciadamente, una constante espacial ni temporal en los ordenamientos jurídicos y sabido, también, que el nuestro es modélico en el sentido de tal reconocimiento, cabe afrontar ya, con un mínimo detenimiento, el elenco de dichos bienes y la incardinación de los mismos en categorías diversas.

— Al respecto y en primer lugar, se habla de bienes esenciales, dentro de los cuales se engloban la vida y la integridad corporal, citados aquí por todos los autores, y las libertades civiles, que algunos traen a colación en esta sede y sobre las que volveremos más tarde. Dentro de las libertades dichas, el maestro Carbonnier[2] cita las libertades físicas —de locomoción,

romano admitió que el esclavo, al igual que el *filius*, pudiese administrar un pequeño patrimonio *(peculium)* con autorización de su dueño.

[2] Carbonnier, *Droit civil*, I, París, 1971, p. 252.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de hacer o no hacer, de quedarse en casa–, morales –de modo de vida, de conciencia– y profesionales –de comercio e industria, de trabajo–. Tales libertades, como puede verse, no se confunden con las libertades públicas –de expresión, reunión o información– que los ciudadanos tienen constitucionalmente reconocidas frente a los poderes del Estado, que no frente a otros ciudadanos o particulares.

– Se habla, en segundo término, de bienes sociales e individuales, dentro de los cuales se incardinan el honor y la fama, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Algunos hablan también, en esta sede, de la condición de autor y del nombre –y de los apellidos, de los seudónimos y de los títulos nobiliarios incluso.

Ha llegado a hablarse, incluso, de bienes corporales y psíquicos secundarios, como la salud física y psíquica, los sentimientos y la estima social, si bien quienes lo hacen reconocen la falta de independencia de los mismos, dado que se apoyan, a la postre, o están en relación directa con los bienes –esenciales, sociales o individuales que sean– reconocidos como principales, bienes que acabamos de referir.

III. Derechos y deberes sobre los bienes citados

Hay una cierta tendencia, una tendencia cierta a afirmar que, sobre todos los bienes citados, las personas tienen derechos de la personalidad, entendidos como verdaderos derechos subjetivos extrapatrimoniales. En mi opinión, tal tendencia indiscriminada es equivocada por lo que a continuación explicaré.

Respecto de los bienes esenciales, respecto de la vida y, con ciertas matizaciones, respecto de la integridad física, lo que existe es un deber general de respeto que vincula a todos, incluso al propio detentador de tales bienes, que no puede privarse de ellos a su voluntad, que no tiene un derecho sobre los mismos, que no tiene un poder de disposición sobre ellos.

En esta línea y hace mucho tiempo ya, un santo y gran maestro llamado Tomás de Aquino, discípulo y sucesor, en la cátedra de París, de Alberto de Colonia –San Alberto el Magno, andando el tiempo–, dijo, en civilista ortodoxo y clave de usufructo propio, que al hombre corresponde el usufructo sobre su propio cuerpo *salva rerum substantia* y correspondiendo la nuda propiedad a Dios, nuda propiedad que no es "nula", como cuenta Joaquín Rams que decía, equivocada e interesadamente, una señora aragonesa que él conoció.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Siendo ello así, el suicidio es condenable, por mucho que no pueda castigarse al culpable, desalmado y devenido cosa mueble especial y cuasi-sagrada. Condenable es también la tentativa de suicidio, como condenable puede llegar a ser la automutilación.

Otra cosa es que las personas, en determinadas situaciones, puedan poner en peligro su vida, llevando a cabo actos de heroísmo, o que puedan comprometer prestaciones de servicios u obligaciones de hacer arriesgadas —piénsese en los bomberos o en los conductores de coches de carreras, por poner dos ejemplos—, pues lo que se persigue con tales actividades no es perder la vida, sino conservarla, conservando o salvando, de paso y en ocasiones, la vida de otros.

Respecto de la vida y de la integridad física, pues, y más que un derecho subjetivo propiamente dicho, lo que hay es un deber general de respeto que a todos constriñe, incluido el detentador mismo, el usufructuario de la vida y de la integridad física. En este sentido y refiriéndose a tales bienes, sentaba De Castro[3], con toda su autoridad, "que la persona no tiene, en ellos, un auténtico derecho —*ius dominativum*—, que carece de un poder dispositivo sobre los mismos, que están fuera del comercio de los hombres (artículo 1.271 del Código Civil) y que sus facultades sobre aquéllos (impropiamente llamadas derechos), las de *custos et administrator*, se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección y, en su caso, de indemnización".

En línea con lo anterior, pero matizándolo, se ha dicho:[4] "El derecho a la vida comporta la obligación de respetar la vida ajena, que se impone a todos salvo, precisamente, a quien se defiende de una agresión injusta. Es, pues, un derecho-reflejo (el derecho llamado 'de legítima defensa') el que justifica el no-respeto de la obligación de no matar en ciertas circunstancias."

En línea con lo anterior también, pero en relación con la integridad física, cabe recordar, con Puig Brutau y Puig Ferriol[5], que ya en el *Digesto* puede leerse que "nadie es señor de sus miembros", disposición ésta que —a decir de los autores citados— priva a la persona de la facultad de disponer libremente de las partes de su cuerpo y, con mayor motivo, de la vida, "por

[3] De Castro, Temas de derecho civil, Madrid, 1972, p. 10.
[4] Villary, *La pensée juridique*, París, 1960, p. 56, citado por Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, París, 1968, p. 229.
[5] Puig Brutau y Puig Ferriol, *Fundamentos de derecho civil*, t. I, Vol. I, Primera parte: Parte general. Sujeto y objeto del derecho, Barcelona, 1979, p. 113.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cuanto, con ello –señalan–, se transmuta la esencia misma de la persona, puesto que, de sujeto de derechos, pasa a convertirse en una cosa mueble, cual es el cadáver".

Tampoco respecto de las libertades cabe hablar de derechos subjetivos perfectos, sino y cuando más de derechos "reflejos" también, de derechos "difusos", "limitados" o ni tan siquiera eso, si seguimos las enseñanzas de Carbonnier, lo cual es aconsejable por regla generalísima.

Carbonnier[6] distingue los derechos de la personalidad —que entiende como una serie de prerrogativas suficientemente precisas en relación con su objeto— de las libertades civiles, que coloca al lado de los derechos de la personalidad, más separadas de ellos.

La libertad civil —para el maestro francés— es la posibilidad reconocida a la persona de hacer cuanto le plazca, de poder actuar según su libre albedrío. En su opinión, la misma carece de un objeto lo suficientemente preciso como para constituir un derecho subjetivo, en el sentido técnico del término. La libertad —añade Carbonnier, que es un liberal—, más que un derecho subjetivo, es una virtualidad de derecho, como dice Josserand. La libertad se define por sus límites necesarios, se detiene ante la libertad de los otros y, sobre todo, ante los derechos ajenos.

IV. Los derechos de la personalidad sobre los bienes sociales e individuales y los caracteres predicables de los mismos (el asunto en la Ley Orgánica 1/1982)

Por cuanto queda dicho, los derechos de la personalidad, entendidos como verdaderos y propios derechos subjetivos constituidos por un haz unitario de facultades cuyo ejercicio y defensa se encomienda a su titular, son predicables, propiamente y sólo, de los bienes sociales e individuales y cuentan con una serie de caracteres que la doctrina les ha venido asignando y que, en los últimos tiempos, han sido revisados críticamente.

Los caracteres asignados de antiguo son los siguientes: derechos originarios e innatos, inherentes a la persona, individuales, privados, absolutos, indisponibles, intransmisibles, irrenunciables, inexpropiables e inembargables, imprescriptibles en fin. La revisión crítica de tales caracteres, con un algo de decimonónicos, no es ajena a las ideas de función social de los derechos, a la de prohibición del abuso de los mismos y a la que predica

[6] Carbonnier, *Droit civil,* I, París, p. 250ss.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la bondad de señalar, en ocasiones, límites al ejercicio de aquéllos, en aras de la buena fe o de su colisión con otros.

La revisión ha llevado a decir cosas como las siguientes:

— Los derechos de la personalidad son derechos absolutos o de exclusión en el sentido de su oponibilidad *erga omnes*, mas no son absolutos en cuanto a su contenido, pues "están condicionados —sentaba, entre otros, don José Castán—[7] por las exigencias del orden moral y las del orden público, que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común".

— Hay ciertas excepciones a la regla de la indisponibilidad, de la intransmisibilidad, resultantes de normas como las que permiten los trasplantes de órganos de personas vivas o los negocios en torno a la propia imagen de éstas.

— La imprescriptibilidad de los derechos, en fin, puede verse limitada, de hecho, por la prescripción, posible, de las acciones destinadas a protegerlos.

La tensión doctrinal, que acabamos de señalar, respecto de los caracteres asignables a los derechos de la personalidad tiene su fiel reflejo en el articulado de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En efecto y aun cuando el artículo 1.3 de dicha ley empieza diciendo que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles y que la renuncia a la protección prevista para los mismos en la ley dicha será nula, acto seguido matiza que todo lo anterior queda dicho "sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta Ley".

Dicho artículo 2, en su apartado 1, sienta que la protección civil de los derechos que venimos considerando "quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada para sí misma o su familia". El ámbito dicho, a lo que parece, puede ser mayor, menor, ínfimo o, incluso, inexistente, quedando la amplitud concreta del mismo al arbitrio de cada uno.

A mayor abundamiento y a decir del apartado 2 del artículo 2: "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la Ley —hablando de

[7] Castán Tobeñas, "Los derechos de la personalidad", *RGLJ*, 1952, julio-agosto, p. 5ss; en particular, p. 22.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

intromisiones legítimas el artículo 8 de la que venimos comentando— o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso." Esta última afirmación pone en tela de juicio la irrenunciabilidad y la imprescriptibilidad a ultranza de los derechos, y ello a pesar de que el apartado 3 del artículo 2 citado establece que el consentimiento dicho es revocable en cualquier momento, pues puede, muy bien, no haber, de hecho, revocación y, para que la haya, el renunciante ha de cumplir con una carga, que puede ser pesada y le fija el apartado 3 referido *in fine*; a saber, la indemnización de los daños y perjuicios causados, incluyéndose en ellos —expresamente por la ley y a mayor abundamiento— las expectativas justificadas de quien haya de soportar la renuncia.

La imprescriptibilidad de los derechos, en fin, es puesta en tela de juicio, a la postre, en el artículo 3.3 de la Ley Orgánica 1/82, artículo que, hablando del ejercicio de acciones de protección civil de los derechos que venimos considerando con posterioridad al fallecimiento del titular de los mismos, legitima, en ocasiones, al Ministerio Fiscal, "que podrá actuar —se dice— de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieran transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado". No puede, pues, actuar después. "El mismo plazo se observará —termina diciendo el artículo 3— cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento."

La imprescriptibilidad de los derechos de la personalidad —que poco o nada son, desprovistos de acciones que los protejan de las agresiones ajenas— es puesta en tela de juicio, también y a la postre, por el artículo 9.5 de la Ley Orgánica que venimos considerando, artículo que reza así: "Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas."

V. Los derechos de la personalidad como categoría y los antecedentes de la misma

Los derechos de la personalidad, entendidos como verdaderos y propios derechos subjetivos, van viendo la luz a partir de la segunda mitad del siglo XIX, lo cual es lógico, cuando no obligado, dado que la categoría genérica misma de derecho subjetivo —de la cual son especie singular— surge en el siglo dicho, lo cual no impide —entiéndase bien— que antes no fuesen protegidos los bienes que constituyen el objeto de los mismos.

En efecto y ya en el derecho romano —sistema jurídico de acciones, más

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que de derechos— encuentra acomodo, a decir de Bonafante[8] y al lado de la *actio legis Aquiliae,* pensada para lograr la indemnización de daños extracontractuales de índole patrimonial, la *actio iniuriarum*. "Injuria *(iniuria)*, en sentido propio y a decir del maestro italiano, es un acto que lesiona, física o moralmente, o sea, en honor, a la persona misma. Puede consistir en palabras *(verbis)* o en hechos *(re)*; puede ser grave, o sea cualificada por circunstancias agravantes de persona, lugar o tiempo, o simple. [...] Se distingue también la injuria inmediata, o sea causada directamente a la persona, y la mediata, o sea hecha a personas unidas íntimamente con ella —por ejemplo, a la novia, a la hija, etcétera—. En virtud de esto, varias personas pueden tener cumulativamente derecho a ejercitarla. [...] Las duras penas establecidas —al respecto— por las XII Tablas —entre ellas, la del Talión— dieron lugar a la *actio iniuriarum aestimatoria*, introducida por el Pretor y en base a la cual la pena se hizo pecuniaria, sometiendo la medida o *aestimatio* frecuentemente al recto criterio *(arbitrium)* del Juez."

En suma, diversas acciones en clave de daño extracontractual y una específica para los supuestos de daños morales, riqueza de matices que no llegamos a tener nosotros, con una sola acción ex 1902 del Código Civil durante muchos años y la enemiga, durante muchos también, de aceptar, en el seno del mismo, la indemnización del daño moral, aceptación que se produce, en pleno siglo XX ya, por obra y gracia de la jurisprudencia, abriendo paso ello —a decir del profesor De Castro—[9] a la consideración y protección jurídica de los bienes de la personalidad en general. No es justo, por consiguiente, que Donello —en el siglo XVII y según nos indica Oliveros Lapuerta—[10] haya reprochado a los jurisconsultos romanos el haber olvidado los derechos de la persona, dado el interés prestado por los mismos a los bienes objeto de aquéllos y a las acciones tendentes a reparar el daño que pudieran sufrir.

Como no podía ser menos y nos recuerda De Castro,[11] la pauta romana está en las Partidas, Partidas que, a imagen y semejanza de la *actio iniuriarum aestimatoria*, establecen —7, 9, 21— que la indemnización de los daños causados a los bienes de la personalidad, de los daños morales, ha de ser "enmienda en pecho de dineros".

---

[8] Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, traducción de la octava edición italiana hecha por Luis Bacci y Andrés Larrosa, quinta edición, Reus, Madrid, 1979, p. 532.
[9] De Castro, *Temas, Op. cit.*, p. 8ss.
[10] Oliveros Lapuerta, *Estudio sobre la Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, *Cuadernos de Documentación*, No. 38, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, p. 14.
[11] De Castro, *Temas, loc. ult. cit.*

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La protección de los bienes de la personalidad existe, como se ve, aunque se arbitre por la vía de las acciones, más que por la de los derechos subjetivos.

De los bienes de la personalidad se ocupó también y como sabemos Santo Tomás y se ocuparon, asimismo y muchos años más tarde, comentaristas españoles suyos tan prestigiosos como Vitoria, Soto o Molina que, con todo y como juristas-filósofos que eran, los vieron desde el prisma del pecado, del delito y de la pena, del mismo modo que en 1604 Gómez de Amescua[12] los vio, en el Palermo español, desde una perspectiva política.

La perspectiva filosófica —que no civil— y la perspectiva política del tratamiento de los bienes de la personalidad nos acercan a los derechos humanos y a los derechos fundamentales también que, como categorías y cual veremos, preceden en el tiempo a los derechos de la personalidad y tienen semejanzas con ellos, amén de tener diferencias.

VI. Derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de la personalidad

Por cuanto a los primeros respecta y con Truyol,[13] cabe decir lo siguiente: el tema de los derechos humanos, en sus orígenes, tiene mucho que ver con la intolerancia —magistralmente retratada por Griffith en una película mítica y de ese título, precisamente, que lo llevó a la ruina— y las guerras de religión, pues, no en vano y a lo largo de los siglos XVII y XVIII el problema del derecho a la libertad religiosa y de conciencia —suscitado, en Francia, por los calvinistas— fue asociándose al problema de los derechos civiles y políticos en general. El tema de los derechos humanos no implica una tensión particular/particular ni, tampoco y necesariamente, una tensión ciudadano/Estado. El tema de los derechos humanos tiene, en muy buena medida, un emplazamiento inicial filosófico, amén de unas garantías efectivas escuálidas, cuando no inexistentes —al margen del aspecto revolucionario e innovador de las Declaraciones de derechos, que propician el tránsito hacia los derechos humanos "constitucionalizados", hacia los derechos fundamentales de los ciudadanos, dotados de garantías tangibles.

Y es que el problema de los derechos humanos no está en citarlos —hay elencos cuantiosos de los mismos en documentos regionales e internacionales y universales, como es sabido— sino en hacer que sean respetados,

[12] Gómez de Amescua, *Tractatus de potestate in se ipsum,* Palermo, 1604.
[13] Truyol, *Los derechos humanos*, Madrid, 1982, p. 11ss.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo cual no suele suceder cuando los derechos son sólo "humanos" y su protección se fía a la benevolencia de los más fuertes, providencia divina al margen.

En el sentido indicado, dice Bobbio:[14] "El problema grave de nuestro tiempo respecto de los derechos humanos no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos... El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles o cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes de los mismos, sean continuamente violados."

Las garantías —por el contrario y aunque, excepcionalmente, puedan limitarse o suspenderse— son ingrediente indispensable de los derechos fundamentales —que tienen por objeto, en ocasiones, los mismos bienes que los humanos— mas son consagrados en las constituciones de los estados a partir del siglo XIX, aparejándose a los mismos acciones, procedimientos y normas que facilitan, agilizan y refuerzan la protección de los mismos, consolidando un núcleo de defensa del ciudadano, de su personalidad y de sus libertades, frente a los poderes del Estado.

Como dice Aubert,[15] cuando la Constitución proclama una libertad pública —cuando proclama un derecho fundamental— lleva a cabo una especie de reparto de competencias entre el Estado y los individuos; traza, en torno a las personas privadas, un círculo que declara infranqueable —en principio— por los poderes públicos. Las amenazas a las libertades y a los derechos procedentes de otros particulares no se contemplan en la Constitución, sino en leyes penales —en casos extremos— y en leyes civiles —en la normalidad de los casos—, incardinándose en el derecho civil a partir de la segunda mitad del siglo XIX los derechos de la personalidad que, entonces, ven la luz.

Y es que, como dice Ricardo de Ángel:[16] "Sólo cuando la persona ha conseguido un mínimo de seguridad frente al Estado, frente al poder, desplaza sus preocupaciones al terreno de las relaciones privadas." Es así que, al margen de precedentes anteriores —que conocemos— y cual señala

[14] Norberto Bobbio, "Presente y porvenir", *Op. cit.*
[15] Aubert, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, II, Neuchatel, 1967, p. 627ss.
[16] De Ángel, "Protección de la personalidad en el derecho privado", *RDN*, enero-marzo, 1974, p. 7ss, en particular, p. 25.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

don José Beltrán de Heredia,[17] "los derechos de la personalidad en sentido técnico, es decir, entendidos como protección de la libre actuación de la persona como tal —frente a otras personas, habría que precisar— son una conquista del siglo XIX."

Más concretamente y a decir del señor Decano Carbonnier,[18] la noción de los "derechos de la personalidad" es de origen germánico, introduciéndose en Francia a través de la obra del suizo Roguin titulada *Las reglas jurídicas*, publicada el año 1889 en Lausana y de la que existe una traducción española debida a José María Navarro de Palencia y editada en Madrid. Tal noción, a decir siempre de Carbonnier, se consolida, después, en el país vecino por mediación de autores como Boistel (*Filosofía del derecho*, 1889), Perreau ("Los derechos de la personalidad", 1909) y Nerson (*Los derechos extrapatrimoniales*, tesis leída y publicada en Lyon el año 1939).

Por lo que a Alemania se refiere y sin olvidar a Puchta y a Windscheid, parecen ser Kohler y Gierke —contemporáneos de Jellinek— los autores que rompen sus lanzas a favor del reconocimiento de derechos de la personalidad o derechos sobre la propia persona. Gierke —no se olvide— publica el tomo I de su *Derecho privado alemán* en el año 1895, publicando Kohler sus trabajos por esas fechas.

En Italia ha de hacerse referencia a Campogrande —autor de un trabajo titulado "Los derechos sobre la propia persona" que publicó nuestra nunca suficientemente bien ponderada *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en 1896—, a Chironi y, sobre todo, a Fadda y Bensa, comentaristas y anotadores de Windscheid.

En España y como Ricardo de Ángel nos recuerda,[19] los civilistas españoles del XIX no se ocuparon del tema de los derechos de la personalidad. Incluso parecía verse la categoría con cierta desconfianza, hecho que explicaría la nota que la *Revista General* inserta al final del artículo de Campogrande a que me he referido, nota que dice así: "La Dirección de la Revista no se halla conforme con las ideas expuestas en el artículo inserto por tan notable escritor jurídico, si bien juzga oportuno darle a conocer a sus abonados." Si no me equivoco, dirigía la revista entonces nada menos

[17] José Beltrán de Heredia, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad,* Madrid, 1976, p. 31.
[18] Carbonnier, *Droit civil*, I, París, p. 258.
[19] Ricardo de Ángel, "Protección de la personalidad en el derecho privado", *RDN*, enero-marzo, 1974, p.7 ss; la cita corresponde a la página 125.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que don José María Manresa y Navarro, diputado, senador, subsecretario de Gracia y Justicia, fiscal, magistrado del Tribunal Supremo, vocal de la Comisión de Códigos durante la gestación del Civil y, sobre todo, primer y mejor comentarista del que, durante muchos años, fue llamado nuestro primer cuerpo legal. Yo, que con menos merecimientos y en compañía de Joaquín Rams, la dirijo ahora, no comparto, en el XXI, la opinión del maestro Manresa, por mucho que ésta pudiera parecer plausible en el XIX.

Bien iniciada ya la primera mitad del XX y por cuanto me resulta, aparecen los primeros autores, los primeros civilistas que se ocupan, siquiera sea sucintamente, de los bienes y derechos de la personalidad, haciendo referencia expresa, al hacerlo y por cierto, a Kohler y Gierke. Se trata, en primer lugar de Valverde, catedrático y rector de Valladolid, amén de autor de un *Tratado de derecho civil español* cuya primera edición data de 1909. Se trata, en segundo término, de Sánchez Román, que escribe, por las mismas fechas, la *Parte general* de sus *Estudios de derecho civil*. Se trata, en tercer término y sobre todo, de Clemente de Diego, cuya *Parte general* del *Curso elemental de derecho civil español común y foral* está fechada en el Madrid de 1923.

Desgraciadamente, las tesis de Clemente de Diego sobre los derechos de la personalidad, tesis dotadas de mucha modernidad, no se consolidan en la doctrina patria, como lo demuestra el hecho de que, bastantes años más tarde, en 1943, Pérez y Alguer han de recurrir —como antes había hecho Valverde— al artículo 1902 del Código Civil y a la indemnización por daño moral para justificar, de algún modo, la existencia de bienes y derechos de la personalidad, carentes, aún, de asentamiento preciso en la parte general del derecho civil, si bien es verdad que Pérez y Alguer se ven, de algún modo, obligados a seguir la pauta del texto contenido en la *Parte general* del *Tratado de derecho civil* de Enneccerus y Nipperdey, texto que traducen y comentan.

En suma y con la salvedad representada por Clemente de Diego, hay que esperar a don José Castán —que también y tan bien dirigió la *Revista General*— y al comienzo de la segunda mitad del siglo XX para tener, en España, una visión moderna y actual de los derechos de la personalidad, manifestada en el trabajo titulado *Los derechos de la personalidad* que se publicó, precisamente, en las páginas 5 y siguientes del número correspondiente a julio y agosto de 1952 de la dicha *Revista General*. Las ideas allí expresadas son trasladadas a un capítulo específico destinado a los derechos de la personalidad, dentro del volumen segundo de la octava edi-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ción de la *Parte general* de su *Derecho civil español, común y foral*, octava edición fechada asimismo en el Madrid de 1952.

Ahora bien, por encima de los avatares históricos y de los emplazamientos fluctuantes dentro de la disciplina, una cosa es cierta: el tema de los bienes y derechos de la personalidad es tema de derecho civil que implica tensión entre particulares y ello lo distingue —como hemos de ver y por diversas razones— de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

VII. Diferencias entre las categorías antes citadas

— Las categorías antes dichas tienen, como hemos visto y teniendo objetos similares, cuando no idénticos, *orígenes históricos diversos*, que permiten hablar, en primer lugar, de derechos humanos y, después, de derechos fundamentales y, por último, de derechos de la personalidad.

— Las categorías antes dichas tienen *emplazamientos diferenciados dentro del derecho*, incardinándose los derechos humanos en la filosofía del derecho o el derecho internacional, los fundamentales en el derecho constitucional y los de la personalidad, fundamentalmente, en el derecho civil.

— Las categorías antes dichas se mueven en *ámbitos no exactamente coincidentes*. Así, los bienes y derechos de la personalidad se mueven en un ámbito más reducido —amén de distinto, en ocasiones— que el señalado a los derechos humanos o a los derechos fundamentales.

En efecto y por lo que a los derechos humanos respecta, tanto en las clasificaciones de los mismos propuestas por la doctrina como en las contenidas en las declaraciones internacionales, hay un amplio y, en ocasiones, variopinto elenco de derechos muchos de los cuales —derechos procesales y políticos y relativos a ciertas libertades— nada tienen que ver con los clásicos derechos de la personalidad.

Comparando, por otra parte, derechos fundamentales y derechos de la personalidad y utilizando terminología de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández,[20] los derechos de la personalidad vendrían a corresponderse con las que ellos —siguiendo pautas de los *status* acuñados por Jellinek—[21] llaman libertades-autonomía y distinguen tanto de los derechos cívicos o políticos —o libertades-participación— como de los derechos económicos o sociales, o derechos-prestación.

[20] García de Enterría, y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, II, Madrid, 1982, p. 55ss.
[21] Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subjettivi*, traducción italiana, Milán, 1912, p. 96ss.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Una cosa es cierta: dentro de los derechos de la personalidad y por muy ampliamente que se formule el elenco de los mismos, no tienen cabida todos aquellos que, desde otra perspectiva, son considerados como derechos fundamentales o, en otra terminología y llegando el caso, como libertades públicas. Como resulta patente y además de aquellos que tuvieran objeto coincidente con los derechos de la personalidad, hay muchos otros derechos y muchas otras libertades en nuestra Constitución que, sin embargo, carece de una referencia específica a la fama, como bien distinto del honor sobre el que pueden recaer derechos, siendo más que discutible que en el artículo 20.1.b) de la misma encuentre acomodo el llamado derecho moral de autor y obvio que no se habla, en aquélla, del derecho a la identidad personal, dentro del cual se han encuadrado cuestiones tales como el nombre, los apellidos, los seudónimos y los títulos nobiliarios.

Derecho a la fama, derecho moral de autor y derecho a la identidad personal, todos ellos encuadrables en los derechos de la personalidad. Ámbito diverso, pues, y no exactamente coincidente entre los distintos derechos, como ha quedado dicho.

— Incluso cuando el bien protegido es el mismo y como hemos apuntado ya, la *perspectiva es distinta* según se trate de derechos de la personalidad o de derechos fundamentales. Como dice Carbonnier,[22] al referirse a los atributos de la persona física, "bajo esta fórmula se comprenden ciertas prerrogativas que pertenecen a toda persona 'comme par droit de naissance'; una especie de derechos del hombre, en el sentido de la Declaración de 1789, pero en el plano del derecho privado, que no en el derecho público; derechos del hombre oponibles a otros hombres, no siendo asunto propio del derecho civil el oponerlos al Estado. La teoría civilista de los derechos de la personalidad —sienta el gran maestro francés— juega exclusivamente en las relaciones entre particulares".

En la misma línea, es muy clarificador el siguiente texto de Tomás de la Quadra-Salcedo:[23] "Todo derecho fundamental consiste en un derecho subjetivo reforzado... Ahora bien, ese derecho fundamental es, además, un derecho subjetivo como cualquier otro... El que un determinado interés o posición subjetiva se proteja frente al legislador y frente a la Administración y el que, en esa protección, adquiera su carácter fundamental, no significa que, frente a los demás, frente a los particulares no exista; existe

[22] Carbonnier, *Droit civil*, I, París, 1971, p. 250.
[23] De la Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pp. 66-67.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como un derecho subjetivo más, aunque, en todo caso, prevalente."

— Por lo dicho y aun tomando como punto de referencia unos mismos bienes protegidos, cabe hablar, respecto de ellos, de *distintos tipos de protección y garantías*, compatibles entre sí, en el ámbito estricto del ordenamiento jurídico español.

Hay, en primer lugar, una protección, una *garantía constitucional* plasmada en diversos artículos de la Constitución y de leyes que la desarrollan, como la Ley Orgánica 3/81, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo o la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Hay, además, una protección, una *garantía penal*, contenida en diversos artículos del Código del mismo nombre.

Hay, a mayor abundamiento, una *garantía administrativa*, en la que pueden incluirse los derechos de réplica y de rectificación, tratados en la Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo.

Hay, en fin, una *garantía civil*, que gira en torno al artículo 1902 del Código del mismo nombre y, más singularmente, en torno a la Ley Orgánica 1/1982, que ya conocemos.

Hay, en fin, una específica *garantía jurisdiccional civil*, comprendida dentro de las previstas en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Ello hace, en mi opinión y en la de muchos otros, que, en el caso de violaciones de bienes o derechos de la personalidad realizadas por particulares, no quepa el recurso de amparo constitucional ante el tribunal del mismo nombre —pensado para otros menesteres—, como no cabe tampoco, en tales casos, el acudir en queja al defensor del pueblo ni el que éste inicie una investigación de oficio sobre el particular, cual se deduce de la lectura de los artículos 1 y 9.2 de la Ley Orgánica 3/81, del defensor del pueblo.

No creo, por consiguiente, en la posibilidad de lo que —usando la propia y genuina terminología alemana— ha dado en llamarse *unmittelbare Drittwirkung* o *eficacia inmediata* de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aceptando, tan sólo y en su caso, la *mittelbare Drittwirkung* o *eficacia mediata* de tales derechos en tales relaciones o, en terminología distinta y consecuencias prácticamente idénticas, la *Ausstrahlungskraft* o *fuerza de irradiación* de los derechos dichos en las relaciones señaladas. Ésta es, por otra parte y por cuanto me resulta, la creencia generalizada en Alemania sobre el particular, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional de dicho país.

No cabe, en fin, que en el ámbito estricto de las relaciones entre parti-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

culares, pueda pensarse en una supresión o privación de los derechos de la personalidad, a diferencia de lo que puede suceder, llegado el caso, con derechos fundamentales o libertades públicas con objetos idénticos a los de alguno de aquéllos.

VIII. La actualidad de los derechos de la personalidad y su colisión con las libertades de expresión e información

Los derechos de la personalidad, con las características propias y singulares que hemos venido identificando, gozan en la actualidad de enorme predicamento y respeto, lo cual no impide el que, en muchas ocasiones y en nombre de las libertades de expresión e información —altamente valoradas en los tiempos inmediatamente posteriores a la Constitución, en contrapartida a lo poco que lo habían sido en otros—, tales derechos se vean afectados más allá de las intromisiones legítimas permitidas por la Ley Orgánica 1/82 de protección civil de los mismos.

Se produce, entonces, una tensión entre los derechos y las libertades dichas, una pretendida colisión entre unos y otras, asunto de mucha importancia en el que ha terciado, como no podía ser menos, el Tribunal Supremo, asunto en el que ha terciado también y con criterios no siempre coincidentes con el primero, el Tribunal Constitucional.

Yo he estudiado la jurisprudencia del uno y del otro y el parecer de los autores sobre la materia[24] y creo lo siguiente al respecto:

En el caso de colisión entre derechos y libertades no es de aplicación una reducción proporcional de unos y otras, colocados todos a nivel de igualdad, ni es procedente un "balanceo" ni una ponderación de ambos para decidir lo que haya de hacerse. En el caso de colisión pretendida entre unos y otras, privan los primeros sobre las segundas, por ser jerárquicamente superiores a ellas tanto en el ámbito constitucional como en el estrictamente civil, que es, dicho sea de paso, el ámbito en el que se plantean los conflictos.

Tal opinión mantiene nuestro Tribunal Supremo y, a la postre y también —con menos virulencia— el Tribunal Constitucional, si bien, en los primeros tiempos de su actuación y en defensa de las libertades recién

[24] Rogel Vide, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985; y también "El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional", en *Estudios de derecho civil en homenaje a Lacruz*, Vol. II, Barcelona, 1993, p. 1913ss.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estrenadas, llegó a sostener lo contrario, siguiendo pautas norteamericanas importadas por algunos autores patrios sin tener en cuenta que nosotros carecemos de enmiendas a la Constitución en las que se encumbre la libertad de expresión, gozando de artículos como el 20.4 en el que, expresa y tajantemente, se afirma: "Estas libertades —entre las que se encuentran las de expresión e información— tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente —en línea con el sentir del pueblo español, no necesariamente coincidente con el sentir de otros—, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia."

Explica muy bien la cuestión mi buen amigo Luis Humberto Clavería cuando apunta[25] que, en principio, el conflicto entre libertades y derechos se resuelve a favor de los segundos, lo cual no impide que el ámbito de protección de éstos se estreche en presencia del ejercicio de aquéllas, como se infiere del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/82, a decir del cual y con carácter general, no se reputarán intromisiones ilegítimas en los derechos protegidos las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni aquellas en las que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Dicha regla general es explicada así por Clavería: si bien la libertad de expresión e información halla su límite en el respeto al honor y a la intimidad de los demás, es conforme a derecho dañar dicho honor o dicha intimidad si el interés público lo requiere, pero —y aquí está el matiz crucial— sólo hasta la medida en que lo requiera.

No se olvide, por otra parte y en justa contrapartida, que la libertad de información, en su correcto ejercicio y como nos recuerda María Jesús Blanco Quintana,[26] ha de versar sobre hechos noticiables, de trascendencia pública, habiendo de ser ciertas las noticias facilitadas, veracidad que no se requiere para las opiniones manifestadas y juicios de valor emitidos al amparo de la libertad de expresión. En cualquier caso, ni el ejercicio de una libertad ni el de la otra justifica el empleo de términos insultantes o vejatorios.

---

[25] Clavería Gosálvez, "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo", *ADC*, 1983, p. 1243ss.

[26] Blanco Quintana, "El derecho al honor y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 93 (Anuario), p. 49ss; la cita corresponde a la página 70.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Decir, en otro orden de cosas y con pautas de comportamiento correctas en la mano, que difícilmente los derechos de la personalidad —entendidos en sus justos términos y sabidos los límites que ayudan a definirlos— pueden determinar impedimentos o trabas a las libertades de expresión e información —más bien pensadas a favor del ciudadano y frente a los poderes públicos—, del mismo que difícilmente el recto ejercicio de dichas libertades —sensacionalismos aparte— puede lesionar los derechos cuyo estudio nos ocupa y a los casos juzgados por los tribunales me remito, para acreditar la bondad de las afirmaciones precedentes.

IX. Honor, personas jurídicas y publicidad

En realidad, plantearse el tema del honor de las personas jurídicas es un contrasentido pues, en puridad, el honor, en cuanto valoración de uno mismo, en cuanto sentimiento, sólo puede ser propio de las personas físicas. Otra cosa es la fama, lo que los demás piensan de una persona o institución, con hipotéticas repercusiones económicas en empresas, colegios, corporaciones, productos o servicios, fama que puede predicarse, sin dificultad, de las personas jurídicas, de las empresas, hablándose, entonces, de renombre, de buen nombre, de prestigio, de reputación.

El honor y la fama no son exactamente coincidentes, como ha quedado apuntado ya. Una persona puede ser honorable, tener un alto concepto de sí mismo y un código moral que respetar sin ser famoso ni quererlo. Por el contrario, una persona puede ser famosa, siendo deleznable y gozando, con toda justicia, de mala fama.

Los especialistas en derechos de la personalidad distinguieron entre honor y fama, mas la Constitución y la Ley Orgánica 1/82 no lo hicieron, lo cual lleva a los tribunales a predicar un concepto de honor lo suficientemente amplio como para comprender, en su seno, a la fama, aunque ello no sea enteramente ortodoxo.

Se habla, así, del aspecto subjetivo del honor —que se identifica con el sentimiento de la propia dignidad— y también del aspecto objetivo del mismo —que se identifica con la estimación ajena—, aspecto, este último, referible a las personas jurídicas.

Al honor en sentido objetivo, cuando no a la fama, parecen hacer referencia los números 3 y 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82, al considerar intromisiones ilegítimas, respectivamente, "la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

buen nombre" y "la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena".

El campo de acción del honor —de la fama, si se quiere— en relación con las personas jurídicas ha sido ampliado al de la publicidad denigratoria respecto de las mismas en una tesis doctoral, interesante e inédita, de la que es autor José Sánchez Parra y director Carlos Lema Devesa. La lectura de la misma, calificada de apto *cum laude* por un tribunal del que formé parte, tuvo lugar el día 27 de septiembre de 2001 y, en la exposición como en el texto, el doctorando defendió la bondad de traer a colación el derecho al honor y la indemnización por daños morales en el campo de la publicidad denigratoria como único medio para lograr, además de la cesación de tal actividad, propugnada por las normas relativas a publicidad y competencia desleal, el resarcimiento de los perjuicios causados, de los daños emergentes y de los lucros cesantes también.

La tesis interesó al tribunal hasta tal punto que, en el seno del mismo, se produjeron opiniones divergentes sobre algunos particulares. En opinión, así, de los profesores Galán y De la Cuesta, la publicidad denigratoria y las normas especiales que la castigan y a las que habrá que estar, persiguen que el mercado no sea alterado, que no sea distorsionado torticeramente, interés público superior al privado de los empresarios a mantener su reputación, razón por la cual el recurso de las normas reguladoras de los bienes de la personalidad —si es posible— ha de hacerse con mucha cautela, dada la existencia de normas mercantiles específicas contra la publicidad denigratoria.

Distinta —amén de más galaica— era la opinión de Otero Lastres y de un servidor de ustedes, al entender que lo primordial es la protección del buen nombre del empresario y no tanto el mantenimiento de un mercado impoluto, cual demuestra el hecho de que no estén previstas actuaciones de oficio contra la publicidad denigratoria, estando, a la postre, en manos del perjudicado el actuar contra la misma, perjudicado que puede muy bien no hacerlo, ya sea porque menosprecia la tal publicidad —no hay mayor desprecio que no hacer aprecio— ya sea porque, sin despreciarla, juzga que, a la postre, el propio mercado y los consumidores pondrán a cada uno en su sitio y volverán la publicidad denigratoria contra quien la hizo.

En todo caso, una cosa es cierta: el campo de acción del honor se amplía a las personas jurídicas y a todas las actividades que giran en torno a las mismas, incluida —y es novedoso, por mucho que ello se discuta— la publicidad denigratoria, del modo y manera que ha quedado dicho.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

X. Derechos de la personalidad y derecho moral de autor

Es por todos sabido que el autor de una obra del espíritu tiene, sobre la misma, facultades de índole patrimonial como las de distribución y comunicación pública; es por todos sabido también que, al margen de las mismas y aunque se hayan cedido éstas, el autor tiene y se reserva facultades de índole moral sobre la obra en cuestión, cual las de inédito, paternidad e integridad.

Autores sobresalientes —De Castro, Castán— han sostenido que dichas facultades integran un derecho moral incardinable, con todo merecimiento, dentro de los clásicos derechos de la personalidad.

Otros autores igualmente sobresalientes —Beltrán, Lacruz— han sostenido, por el contrario, que, aun siendo personalísimo y de ejercicio muy restringido, el derecho de autor no es incardinable dentro de los derechos referidos.

Fundamentando tal afirmación, decía don José Beltrán de Heredia, en su discurso de ingreso en la Academia:[27] "Los derechos de autor, en sus diversas manifestaciones, implican una exteriorización que no afecta al ingenio en sí, ni a la posibilidad o libertad de su actuación, sino a sus expresiones concretas. Suponen una creación que, como la literaria o la artística, salen fuera de nuestro ser personal."

En la misma línea y muy bellamente, señalaba Lacruz:[28] "El autor, en cada obra intelectual que saca a la luz, no incorpora algo a su persona, sino que acrece su circunstancia; es decir, cada obra supone una proyección adicional de la subjetividad, que no es parte de tal subjetividad, mas existe como procedente de ella."

Es posible que la mayor proximidad física y afectiva a los dos últimos haya hecho que yo, en épocas no muy pasadas, me apuntara a sus tesis, pero también lo hacían Rodrigo Bercovitz y Luis Díez-Picazo —discípulos de don Federico— y otros autores como Puig Ferriol o Gullón, representando, todos ellos, a la mayoría de la doctrina española, allá por 1985.

Poco después, con todo, ve la luz la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ley que hace un amplio tratamiento de las facultades o derechos morales del autor —inédito, divulgación, paternidad, integridad, modificación, arrepentimiento y acceso, en fin, al ejemplar único o raro de la

[27] Beltrán de Heredia, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976, p. 55.
[28] Lacruz Berdejo, "Prólogo" a la *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información,* de Bondía Román, Madrid, 1988, p. 15.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

obra—, entendiendo que tales derechos son irrenunciables e inalienables (artículo 14) y admitiendo que algunos de ellos sean ejercidos por terceros, con posterioridad al fallecimiento del autor (artículos 15 y 16).

Tales connotaciones expresas me han llevado a pensar de nuevo sobre el asunto y ello hasta el punto de cambiar mi postura inicial, llegando al convencimiento de que, a la postre y si bien se mira, los más importantes derechos morales del autor no son otra cosa, en el fondo, que especificaciones, concreciones de clásicos derechos de la personalidad cuyo campo de acción se proyecta sobre las creaciones intelectuales, ampliándose, de algún modo, por ello —el inédito, por ejemplo, sería concreción de la intimidad, como la paternidad lo sería de la fama y el arrepentimiento del honor.

Este convencimiento —curiosamente— viene refrendado por lo dicho en textos doctrinales y normativos muy anteriores a 1987 y a 1985 incluso, textos que, aun conocidos, no habían sido tenidos suficientemente en cuenta por mí y con cuya cita termino.

El texto normativo es —nada más y nada menos— el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas que, en su número 1, reza así:

"Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación" (a su honor o a su fama, podría muy bien decirse también).

El texto, que traduzco del francés y no tiene desperdicio, es de un maestro alemán, Ulmer, que dice del siguiente modo.[29]

"El mérito principal de la Conferencia de Roma, de 1928, que modifica el Convenio de Berna, reside en el reconocimiento del derecho moral en el artículo 6 bis del mismo... Introducida por una proposición italiana, esta innovación es debida, principalmente, a Piola Caselli —un civilista, como no podía ser menos—. Las actas de la Conferencia dan cuenta del entusiasmo con que la mayoría de las delegaciones acogieron la proposición. La delegación alemana, por su parte, no tuvo dificultad alguna en aprobarla, dado que la protección de los intereses derivados del derecho de la personalidad estaba ya reconocida por la jurisprudencia y por la doctrina alemanas... La doctrina alemana, en efecto, se encontraba situada bajo

[29] Ulmer, "La République Fédérale d'Allemagne et l'Union de Berne", en *Le Droit d'auteur*, marzo, 1986, p. 73ss.; la cita corresponde a la p. 76.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la influencia de las tesis defendidas, sobre todo, por Gierke —de nuevo, Gierke—, según las cuales el derecho de autor era, por naturaleza, un derecho de la personalidad."

Con esta referencia a los derechos morales del autor, incardinables en los derechos de la personalidad, termino mi referencia a estos últimos. Es posible que, en lo dicho, falte algún árbol por dibujar, pero el bosque —grande y frondoso— representado por tales derechos creo que queda esbozado y asentado firmemente en terrenos —deslindados y amojonados— propios del derecho civil. ■

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

E N T R E V I S T A

En relación con el tema central de esta edición de IUS la dirección de la misma entrevistó a Arturo Hernández Davy, director del Sistema Estatal de Desarrollo Integral de la Familia (DIF) de Puebla, quien accedió a responder algunas preguntas.

—Como habrá conocido por los medios, la II Jornada Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla fue desarrollada bajo el título de "Transexualidad, homosexualidad y problemas de género en la familia del siglo XXI", misma que dedicó su primer día de actividad al tema del matrimonio entre parejas de un mismos sexo, aspecto sumamente controvertido y sobre el cual ya los legisladores de la ciudad de México y de Coahuila han dado el primer paso. La pregunta es: ¿qué opina Ud. sobre el particular?, ¿cómo evalúa la aceptación legal de la unión en pareja de personas de un mismo sexo en referencia a la visión de familia tradicional?

—Hay que señalar que los conceptos de familia han ido cambiando a través del tiempo; actualmente la familia nuclear puede estar constituida por padre y/o madre e hijo(s), de ahí que no es difícil que se inicie una aceptación social de familia con personas del mismo sexo en el rol de pareja. Sin embargo, considerando la definición legal del matrimonio ("Artículo 294 del Código Civil para el Estado de Puebla: El matrimonio es un contrato civil, por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia"), no es posible la unión matrimonial de dos personas del mismo sexo.

Quizá para no herir susceptibilidades ni de los tradicionalistas ni de aquellos que pretenden cambiar la definición de matrimonio, sería conveniente crear una nueva figura jurídica que contemple tal unión, pues si bien es una minoría la que pudiera tener interés real al respecto, también es cierto que regularían estas relaciones contemplando sus derechos y obligaciones, para evitar posteriores complicaciones por una falta de normatividad. Por otro lado, se dejaría tal cual el concepto de matrimonio civil.

—¿Qué puede comentar sobre la situación de la niñez y la familia en México?

—Es mucho lo que se podría decir acerca de la familia y de la niñez en nuestro país, pero quizá lo que más nos preocupa y nos ocupa es el maltrato que se da en el seno familiar. Desafortunadamente es mayor la violencia intrafamiliar que aquella que se da fuera de este núcleo, de ahí que consideramos importante trabajar en el rescate de los valores

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

familiares, sociales y cívicos, pues no sólo estamos convencidos de que un buen hijo será después un buen padre, sino un buen ciudadano y una persona que colabora en el bien común.

—¿Cómo evaluaría Ud. la problemática de la familia poblana, en términos de lo que se ha logrado y en qué hay que trabajar?

—Definitivamente, hay mucho por hacer en lo que se refiere al desarrollo de la familia en el estado de Puebla; sin embargo, hemos logrado en los últimos años generar una conciencia de respeto a los derechos de la niñez, de las mujeres, de los adultos mayores y de las personas con capacidades diferentes. Hoy los menores se acercan por sí o por sus representantes a instituciones protectoras de sus derechos cuando consideran que éstos han sido violentados, la mujer acude a las distintas instancias que el Estado pone a su alcance para ser protegida del maltrato, al que ya no está dispuesta a permitir como un modo de vida.

—¿Considera que los medios informativos desde una perspectiva, y la enseñanza a todos los niveles, deberían de jugar otro rol en la solución de las problemáticas que estamos comentando?

—Es innegable la importancia de los medios de comunicación en la percepción y reflexión de la problemática social que tiene la comunidad, por lo que la información debe ser responsable. Creemos que debe aportar aspectos que beneficien a la sociedad; sin embargo, no es la información, sino la información que brinda las bases para el fortalecimiento individual, familiar y social. La información debe ser veraz, oportuna, sin tendencias. Consideramos que en ese sentido, Puebla cuenta con informadores serios y profesionales.

—Como IUS *es una revista de una institución que enseña la carrera de derecho, no podemos evitar preguntarle: ¿qué le sugeriría a los académicos que imparten docencia a los futuros profesionistas del derecho en Puebla, respecto a temas como la niñez, la mujer, la violencia de género, la familia?*

—Los académicos son parte fundamental de la información individual. Creemos que gracias a ellos Puebla se está consolidando como un estado fuerte en educación, y es necesario continuar su labor robusteciendo en sus alumnos valores de respeto a los demás, de solidaridad social, de servicio. Es pues imperante que las universidades retomen asignaturas como ética y deontología, y que creen materias en donde se generen conciencia de temas como la equidad de género, el respeto a los derechos de la niñez, a los

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

adultos en plenitud y a las personas con capacidades diferentes.

—¿Cuáles serían los retos del DIF de Puebla en esta nueva etapa?

—Como todo reto, es una oportunidad de crecimiento; hemos redoblado esfuerzos para llegar a más gente con el fin de fortalecer los valores familiares y sociales, hemos intensificado nuestras actividades para generar conciencia de respeto a los derechos de las personas vulnerables, estamos convencidos de que la mejora de nuestros servicios no es estática; debe ser continua y en eso nos hemos ocupado sin interrupción. ■

Volver al Índice >>

O P I N I Ó N

¿Son legítimos los matrimonios homosexuales?

Caridad Valdés Díaz

Las opiniones vertidas en este texto, resumen la conferencia ofrecida por la autora, doctora en derecho y profesora titular de derecho civil y de familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba, en el Centro de Ciencias Jurídicas de Puebla, como parte del ciclo de Conferencias Magistrales otoño-invierno 2006-2007.

Los cambios sociales acaecidos en la humanidad, desde la antigüedad hasta nuestros días, han incidido, indudablemente, en el matrimonio como institución fundamental del derecho de familia. Su naturaleza jurídica, los requisitos para contraerlo, sus fines y efectos, son sólo algunos elementos en torno a los cuales se han emitido disímiles opiniones en las diferentes épocas históricas, controversia que lejos de extinguirse o paliarse en la actualidad, se mantiene latente y adopta nuevas manifestaciones frente a los nuevos modelos familiares que se van imponiendo.

En el derecho romano el matrimonio era entendido como un hecho social de connotación jurídica, que sólo cuando se realizaba *cun manus* exigía formalidades. Los contrayentes debían ser de diferente sexo, púberes y, por supuesto, dada la esencia de la sociedad esclavista romana, se requería que gozaran del *status libertatis*, el *civitatis* y el *familiae*. Sólo los ciudadanos libres poseían el *ius connubii*, y aunque se necesitaba el *maritales affectio* para la celebración de justas nupcias, el consentimiento no tenía que ser personal, podían brindarlo los padres o tutores de los que se casaban. El matrimonio en sí mismo no constituía la base de la familia romana, patriarcal y monogámica, sino simplemente una vía para la adquisición de la *patria potestas*, que se manifestaba como poder ab-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

soluto del padre sobre los hijos. Por tanto, su finalidad fundamental era la procreación de hijos legítimos, de ahí que no se permitiera el matrimonio a los impúberes, a los castrados, ni a los ancianos o enfermos que no tuvieran posibilidades de reproducirse. Si luego de consumado el matrimonio no se engendraban hijos, ello podía conducir a su extinción, por simple repudio del marido a la mujer.

En la sociedad medieval, bajo el influjo de la ideología cristiana, el derecho canónico extiende la idea del matrimonio como sacramento, unión indisoluble también de carácter heterosexual, encaminada a la perpetuación de la especie humana. Si bien las bodas eran comúnmente concertadas entre las familias por razones de la más diversa índole, casi siempre tomando en cuenta premisas económicas o vinculadas al poder, se establece como requisito *sine qua non* para la celebración del matrimonio la anuencia de los contrayentes, que debía manifestarse en el consentimiento personal que prestaban en el momento del oficio sacramental. Se perfecciona la técnica jurídica de los impedimentos matrimoniales, dentro de los cuales destaca la imposibilidad de concebir. Incluso, a pesar de establecerse la indisolubilidad del matrimonio, se prevé como causal de nulidad la esterilidad de cualquiera de los miembros de la pareja.

Con el advenimiento de la filosofía de la Ilustración y el triunfo de las ideas liberales burguesas, especialmente a partir de la revolución francesa de 1789, prima la concepción del matrimonio como contrato civil;[1] se regula de este modo en la codificación decimonónica, dándose de esta forma un giro a la naturaleza jurídica de la institución. A pesar de que, desde entonces, ésta es la idea que prima en la doctrina civilista, mucho se ha discutido en torno al tema y, a mi juicio, es válida la posición teórica que entiende que el matrimonio, por su trascendencia en el orden social, como base de la familia, no es simplemente un contrato. Entre otros elementos diferenciadores, pueden señalarse, escuetamente: una misma persona puede obligarse frente a diferentes acreedores por medio de diferentes contratos, pero sólo puede casarse con un solo cónyuge; en los contratos civiles prima el principio espiritualista de libertad de forma, mientras que el matrimonio sólo es válido cuando se perfecciona con las solemnidades exigidas por la ley; los contratos civiles se caracterizan por su temporalidad, mientras que el matrimonio está signado por la idea de la durabilidad más o menos extensa, pues si bien se admite ya sin reservas la posibilidad del divorcio como causa de extin-

[1] Ésta es la posición seguida por el legislador poblano, que califica al matrimonio como contrato, según se establece expresamente en el artículo 294 del Código Civil.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ción del mismo, lo cierto es que la motivación que une a los cónyuges es, o debe ser, la de estar unidos a perpetuidad. Por todo ello, considero acertado calificar el matrimonio como acto jurídico familiar, más que como contrato civil.

Junto al matrimonio formalizado, en todas las épocas han existido las uniones de hecho, de personas de diferente o igual sexo que han establecido una comunidad de existencia a veces, incluso, con más estabilidad y amor que las uniones consagradas por el derecho, si bien en otros casos han sido muestra de la posición dominante del género masculino en la sociedad, pues muchas veces la unión no es resultado del acuerdo de voluntades, al menos para su iniciación, sino del rapto, la violencia, la manipulación o el engaño del hombre. Han recibido esas uniones diferentes denominaciones, desde el derecho romano hasta la actualidad, tales como concubinato, barraganías, unidad convivencial, etc. Durante larga data se consideraron uniones "de segunda", propias de personas que no gozan de adecuada moral ni se apegan a las "buenas costumbres", difundidas sólo en países subdesarrollados o entre individuos de baja categoría social. Sin embargo el mundo moderno, más amplio de miras y menos apegado al rigorismo pasado, está siendo testigo de un indiscutible cambio: la convivencia de parejas fuera del matrimonio ha dejado de ser marginal, se ha extendido y es aceptada por la mayoría de la población mundial. En Europa, por ejemplo, pueden señalarse tres grupos de países en cuanto a la incidencia del fenómeno: los países nórdicos, donde la convivencia de hecho está fuertemente consolidada, los países del centro donde constituye un fenómeno emergente y los países del sur europeo, donde comienza a propagarse rápidamente.

El tratamiento jurídico de las uniones de hecho también va cambiando. Se atribuye a Napoleón la histórica frase que establece: "si los concubinos se desentienden de la ley, la ley se desentiende de los concubinos", expresión que alude al desdén que provocaban estas formas de convivencia que del mismo modo fueron reguladas por los códigos civiles hasta fecha reciente, que cuando más, establecían algunas regulaciones que pretendían cierta equiparación respecto a los efectos que producía el matrimonio. Sin embargo, frente a la extensión del fenómeno y la exigencia de las personas, que esgrimen el derecho a casarse, en sentido negativo, establecido por casi todas las constituciones modernas, la situación ha comenzado a revertirse. La pareja de hecho ha sido objeto de creciente atención por parte de los legisladores, siguiéndose en su regulación dos modelos fundamentales: el modelo fáctico, que parte de una situación de convivencia estable que produce

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

efectos jurídicos, especialmente en caso de ruptura, y el modelo formal, que parte de una declaración de voluntad de las partes, de la que se hacen depender efectos análogos al matrimonio. No faltan también las clásicas mixturas, que combinan elementos de ambos sistemas o van más allá. En Cuba, por ejemplo, el Código de Familia iguala totalmente los efectos jurídicos de la unión de hecho al matrimonio formalizado, siempre que aquélla cumpla los requisitos de singularidad, estabilidad y los miembros de la pareja gocen de la aptitud legal para ello, requisitos que debe verificar el Tribunal para su reconocimiento judicial, particular que se produce casi siempre cuando se extingue dicha unión.

El problema de las uniones de hecho ha encontrado nuevas aristas polémicas frente a las reivindicaciones esgrimidas por los grupos homosexuales, que exigen mayor y mejor protección jurídica para las convivencias de pareja que establecen, con fundamento en derechos tales como la identidad personal, que incluye la identidad de género, la libertad, la igualdad y el derecho a casarse y a formar una familia. Hasta hace poco, la solución más avanzada había sido, siguiendo el modelo formal, el establecimiento de leyes que regulaban el registro de tales parejas con el reconocimiento para ellas de efectos similares a los del matrimonio, pero con reservas en cuanto a las relaciones paterno-filiales. En los últimos tiempos se han promulgado normas que van más allá, permitiendo que todas las parejas, con independencia de su orientación sexual, puedan optar entre la mera convivencia, el estatuto de pareja registrada o el matrimonio. Tal es el caso, por ejemplo, de algunos estados europeos, como Holanda, Bélgica y España.

La unión convivencial de parejas de hecho, ya sea heterosexual u homosexual, generalmente exige como requisitos que sus miembros no estén casados, que no exista parentesco entre ellos hasta determinado grado previsto por las normas establecidas al efecto y que se trate de personas plenamente capaces desde el punto de vista jurídico. Su finalidad es precisamente establecer vida común y ayudarse mutuamente, y de esa unión se derivan derechos tales como recibir y propiciar alimentos, participar en la sucesión, poder ser designado tutor del compañero si éste perdiera su capacidad por cualquier causa. Si se extinguiera la convivencia, generalmente se admite la liquidación de los bienes comunes, el establecimiento de pensión alimenticia, la continuación del arrendamiento de la vivienda, la posibilidad de recibir los beneficios correspondientes de la seguridad social. En el Distrito Federal de México, acaba de aprobarse una ley denominada Ley de Sociedades de Convivencia, que se inserta en el modelo arriba expues-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

to. La norma no identifica tales sociedades con el matrimonio, incluso el legislador subraya que se trata de una figura ajena al Código Civil.

Uno de los mayores argumentos que se expone en contra de la legitimidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo, es la imposibilidad de procrear de tales parejas, destacándose que, si bien se admite que no es ésta ya la única finalidad de la unión matrimonial formalizada, no debe olvidarse que es el modo natural de reproducirse la especie humana y de establecerse la familia clásica o tradicional. Sin embargo, vale señalar que si bien la unión sexual individual entre hombres y mujeres ha sido y es el modo natural de traer hijos al mundo, actualmente las técnicas de reproducción humana asistida permiten la procreación sin necesidad de relaciones sexuales, partiendo de la voluntad procreacional y el consentimiento informado. El uso de algunas de esas prácticas médicas, como la inseminación artificial heteróloga, la fertilización *in vitro* o la maternidad subrogada, puede conducir al establecimiento de la filiación de los niños nacidos mediante el empleo de tales métodos respecto a uno o ambos miembros de la pareja homosexual. No obstante, la mayoría de las normas referidas a este particular en el derecho comparado, advierte los peligros éticos que pueden derivarse de tal situación y enervan el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a las parejas del mismo sexo, casadas o no. Esta reserva en muchos casos se extiende también a la adopción, previendo siempre, en consonancia con lo dispuesto por las normas internacionales en esta sede, lo que resulta más beneficioso para la nueva persona que viene al mundo, es decir, el llamado interés superior del niño y su derecho a no ser privado de la figura materna o paterna en su desarrollo posterior.

A mi juicio, si bien resulta discutible la legitimidad del matrimonio homosexual, es también perfectamente defendible desde el ámbito jurídico, como derecho que no debe cercenarse a ninguna persona. Pero no debe olvidarse que la ética también impone sus pautas de comportamiento. Quizás sea desde la óptica que ella ofrece que deban regularse los efectos de tal matrimonio, no en el orden patrimonial, sino en sede de derechos personales y especialmente en cuanto a los menores que se involucren con la pareja. Debe recordarse también que toda norma reguladora de este o cualquier otro problema, debe atemperarse a las verdaderas condiciones sociales existentes en el ámbito en el que va a regir, sin que sean suficientes calcos o traspolaciones que, más que coadyuvar a un desenvolvimiento satisfactorio de la convivencia en sociedad, pueden propiciar, por el contrario, un inadecuado clima que desarrolle modelos de comporta-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

miento ajenos a la fraternidad, la tolerancia, la justicia, el respeto a las diferencias y la defensa de la igualdad, como valores que el derecho debe siempre asegurar y defender. ■

Volver al Índice >>

A C T U A L I D A D E S

Un fantasma recorre europa: el fantasma de la soberanía

(actualidad política, jurídica e institucional de la Unión Europea)

*María Ludivina Valdivares Suárez**

Especialista en derecho constitucional y profesora de la Universidad de Oviedo, la autora del presente artículo analiza los avatares de la Unión Europea para lograr su consolidación formal, sobre todo a partir del "no" de los habitantes de Francia y los Paises Bajos en los referéndums de ratificación realizados en 2005.

Agotamiento del "proceso constituyente"

En el año 2005 el proceso de construcción europea se sumergió en una crisis que en gran medida muchos consideraron huérfana de precedentes, algo que, dado el conflictivo historial que ostenta dicho proceso, era indicio suficiente de la gravedad de la situación.[1] El "no" afirmado en los referéndums que habían de ratificar en Francia y los Países Bajos el *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, sumió en un estado de gran perplejidad al menos a aquellos estados miembros que podríamos llamar, informalmente, "euro-optimistas". A pesar de que las encuestas previas permitían presagiar, de forma seria, tal hipótesis, la Unión Europea no se preparó para la misma: nunca se realizó un "plan B". Cuando, tras la negativa de las ciudadanías de dichos estados a ratificar la llamada "Constitución Europea", numerosos estados se apresuraron a posponer o suspender los referéndums que tenían en sus agendas; el *impasse* en que se hallaba el proceso de integración fue más que evidente. Tanto que lo que llegó a continuación fue un gran silencio. Tanto que, en ciertos momentos, podría haberse pensado que la Unión Europea se estaba convirtiendo en una especie de tabú. Con un bloqueo tan grande a

* Agradezco sinceramente al profesor Leonardo Álvarez que me haya confiado la elaboración de esta primera aproximación a las profundas novedades que, en los próximos años, constituirán el escenario de la construcción europea.

[1] Cfr. Pedro Chaves Giraldo, "Procesos de ampliación y escenarios postconstitucionales de la Unión Europea", en *Polis*, Revista académica de la Universidad Bolivariana, Vol. 3, No. 12, 2005. El artículo a texto completo está disponible en la dirección: http://www.revistapolis.cl/12/chav.htm

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

miento ajenos a la fraternidad, la tolerancia, la justicia, el respeto a las diferencias y la defensa de la igualdad, como valores que el derecho debe siempre asegurar y defender. ■

Volver al Índice >>

A C T U A L I D A D E S

Un fantasma recorre europa: el fantasma de la soberanía

(actualidad política, jurídica e institucional de la Unión Europea)

*María Ludivina Valdivares Suárez**

Especialista en derecho constitucional y profesora de la Universidad de Oviedo, la autora del presente artículo analiza los avatares de la Unión Europea para lograr su consolidación formal, sobre todo a partir del "no" de los habitantes de Francia y los Paises Bajos en los referéndums de ratificación realizados en 2005.

Agotamiento del "proceso constituyente"

En el año 2005 el proceso de construcción europea se sumergió en una crisis que en gran medida muchos consideraron huérfana de precedentes, algo que, dado el conflictivo historial que ostenta dicho proceso, era indicio suficiente de la gravedad de la situación.[1] El "no" afirmado en los referéndums que habían de ratificar en Francia y los Países Bajos el *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, sumió en un estado de gran perplejidad al menos a aquellos estados miembros que podríamos llamar, informalmente, "euro-optimistas". A pesar de que las encuestas previas permitían presagiar, de forma seria, tal hipótesis, la Unión Europea no se preparó para la misma: nunca se realizó un "plan B". Cuando, tras la negativa de las ciudadanías de dichos estados a ratificar la llamada "Constitución Europea", numerosos estados se apresuraron a posponer o suspender los referéndums que tenían en sus agendas; el *impasse* en que se hallaba el proceso de integración fue más que evidente. Tanto que lo que llegó a continuación fue un gran silencio. Tanto que, en ciertos momentos, podría haberse pensado que la Unión Europea se estaba convirtiendo en una especie de tabú. Con un bloqueo tan grande a

* Agradezco sinceramente al profesor Leonardo Álvarez que me haya confiado la elaboración de esta primera aproximación a las profundas novedades que, en los próximos años, constituirán el escenario de la construcción europea.

[1] Cfr. Pedro Chaves Giraldo, "Procesos de ampliación y escenarios postconstitucionales de la Unión Europea", en *Polis*, Revista académica de la Universidad Bolivariana, Vol. 3, No. 12, 2005. El artículo a texto completo está disponible en la dirección: http://www.revistapolis.cl/12/chav.htm

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la que seguramente puede considerarse la apuesta más arriesgada del proceso de integración europeo tras la caída de la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea (rechazada en 1956 por la Asamblea Nacional Francesa), poco más podía hacerse que la crónica de una "muerte anunciada".

El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los pasados días 21 y 22 de junio, puso fin a ese silencio —hoy llamado "periodo de reflexión"—.[2] Los estados miembros decidieron, en el apartado décimo de sus conclusiones, convocar una nueva Conferencia Intergubernamental (en adelante CIG), a la que han encomendado la discusión y redacción de un proyecto de Tratado que habrá de reformar tanto el Tratado de la Unión Europea (TUE) como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). El primero mantendrá su nomenclatura, en tanto que el segundo pasará a denominarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión.[3] Este Tratado que ha de elaborar la CIG es llamado por el propio Consejo Europeo, simple y significativamente, "Tratado de reforma".[4] Lejos queda una vez más, en el tiempo y en las intenciones, el sueño de la unificación (o la integración, si se prefiere) constitucional europea. El mandato a la CIG que se contiene en las Conclusiones de la Presidencia del citado Consejo Europeo de Bruselas es meridiano. Como veremos a continuación, las directrices que han de guiar a la CIG desdicen algunas de las principales conquistas del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma en octubre de 2004, aplazando *sine die* en el mejor de los casos —y cancelando en el peor— el debate constitucional que a nivel político, doctrinal y de opinión pública se venía celebrando en los últimos años.

La CIG 2007 (Proyecto desconstitucionalizado de "Tratado de reforma")

La CIG se convocó oficialmente el 17 de julio del presente 2007.[5] El objetivo, según se desprende de dicha convocatoria, es el de concluir las negociaciones los días 18 y 19 de octubre, en Lisboa. En todo caso, el

[2] Véase el párrafo No. 8 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 21-22 de junio de 2007 (11177/1/07 REV 1, versiones disponibles: inglés y francés).

[3] Primer párrafo del apartado I (Observaciones generales) del Mandato de la CIG. El texto del mandato, que es una parte de las Conclusiones del Consejo Europeo, está disponible en versión española: Documento del Consejo de la Unión Europea 11218/07.

[4] El texto del Proyecto de Tratado de Reforma presentado el 23 de julio por la Presidencia a la CIG puede consultarse, al igual que el resto de documentos citados, en las páginas web de la Unión Europea (http://europa.eu), documento CIG 1/07.

[5] Nota de transmisión de la Presidencia del Consejo a los Ministros de Asuntos Exteriores, Documento 12004/07.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

plazo máximo señalado por el Consejo Europeo es finales de 2007, de forma tal que los estados miembros tengan tiempo suficiente para ratificarlo antes de las elecciones al Parlamento Europeo previstas para junio de 2009.

Por más que la llamada *Declaración de Berlín*[6] reitere casi en cada párrafo que vivimos "juntos" y "unidos" en Europa, la realidad del futuro de la Unión Europea es la que, a modo de resumen, se plantea en el párrafo tercero de las Conclusiones del Consejo:

> El TUE y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión *no tendrán carácter constitucional*. La terminología utilizada en ambos Tratados reflejará este cambio: *no se utilizará el término "Constitución"*, el "Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión" pasará a llamarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y *se abandonarán las denominaciones "ley" y "ley marco"*, al conservarse las de "reglamento" "directiva" y "decisión" actuales. Del mismo modo, *no figurará en los Tratados modificados ningún artículo que mencione los símbolos de la UE* [bandera, himno o divisa]. *En cuanto a la primacía del Derecho de la UE, la CIG adoptará una declaración* en la que se recuerde la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la UE.[7]

Tras lo dicho, no parece necesario añadir muchas explicaciones. Por más que los representantes y las instituciones de la UE se esfuercen en transmitir palabras de optimismo respecto al futuro, las Conclusiones del Consejo y el mandato a la CIG son, sobre todo, la confirmación del fracaso de un proceso con pretensiones cuasi-constituyentes que costaron mucho esfuerzo y dinero. En pocas líneas, se abandonan los principales hitos constitucionales introducidos en el proyecto anterior: el polémico término "Constitución"; el de "Ministro" en relación con uno de los ámbitos —el de asuntos exteriores— más sensibles para la soberanía de los estados, especialmente rechazada por los estados miembros llamados "euroescépticos"; el importante cambio de nomenclatura en las fuentes del derecho, al que se une la expulsión del cuerpo del Tratado del reconocimiento del principio de primacía del derecho comunitario; así como cualquier atisbo de simbología que pudiera reconducirnos a una suerte de "demos" o pueblo europeo. No parece, en cualquier caso, un prometedor comienzo para el año en que se celebran los cincuenta años de construcción europea.[8]

[6] Declaración del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2007, con ocasión del quincuagésimo aniversario de la firma de los Tratados de Roma.

[7] Las expresiones evidenciadas en cursivas son mías.

[8] Aun así, las instituciones de la UE, lógicamente, buscan la lectura más positiva: el —al menos de momento— desbloqueo del proceso europeo, en el que la desaparición de "determinados elementos, algunos de ellos simbólicos, así como los cambios que reducen la legibilidad del texto del

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estas "observaciones generales" contenidas en el mandato del Consejo se completan con la decisión relativa a la *Carta de los Derechos Fundamentales*: al igual que sucedía con el principio de primacía, el párrafo noveno del mandato dispone que el texto de la carta no se incluirá en los tratados (que simplemente contendrán una referencia cruzada a la misma en el artículo 6, relativo a los derechos fundamentales) si bien —y, obviamente, es muy importante— se ratifica que tendrá valor jurídico vinculante, idéntico al de los tratados. No deben ignorarse, en cualquier caso, la declaración unilateral efectuada por Polonia y el protocolo relativo al Reino Unido.[9]

En el marco de estas "observaciones generales", relativas a los principios comunes que rigen la Unión (podríamos decir que son sus "principios estructurales") debe hacerse, por último, una mención a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Significativa es, una vez más, la apertura de este segundo bloque del mandato, dedicado a las *Disposiciones relativas a los principios democráticos*: "Los parlamentos nacionales tendrán una función aún mayor que la acordada en la CIG de 2004." En este sentido los estados, a través de sus parlamentos, recuperan protagonismo a través del mecanismo de control reforzado de subsidiariedad. Gracias a este procedimiento, cuando un proyecto legislativo sea objetado por la mayoría simple de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales, la Comisión tendrá que examinarlo de nuevo. En el caso de que decida mantenerlo, deberá explicar a través de un dictamen motivado los motivos por los que, a su juicio, el proyecto cumple con el principio de subsidiariedad. A partir de este momento se activa un procedimiento legislativo específico, pues el legislador comunitario (Consejo y Parlamento Europeo) examinarán la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad. Y en este procedimiento se abre la puerta a que ese inicial "veto suspensivo" se convierta en un veto efectivo, siempre que una mayoría del 55% de los miembros del Consejo o la mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo consideren que la propuesta es incompatible con dicho principio. En esa situación, el proyecto legislativo será desestimado.

---

tratado, eran partes necesarias de un acuerdo global que pudiera ser suscrito por todos los estados miembros. La Comisión contribuyó activamente a este compromiso encontrando soluciones que equilibran realismo político con ambición". Cfr. el documento *La reforma de Europa para el siglo XXI. Dictamen de la Comisión Europea con arreglo al art. 48 del Tratado de la Unión Europea sobre la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los estados miembros convocada para revisar los Tratados*, de 10 de julio de 2007, documento COM (2007) 412 final, página 4.

[9] Véanse las notas al pie Nos. 18, 19 y 20 contenidas en el apartado 5) del Anexo 1 del Mandato a la CIG, relativo a las Modificaciones del Tratado de la UE. El texto del Protocolo sobre la aplicación de la Carta al Reino Unido se encuentra disponible en el Proyecto de Tratado de Reforma: Protocolos, documento CIG 2/07, Protocolo No. 7.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No debe pasarse por alto que, con este nuevo procedimiento (que obliga a modificar el protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad)[10] no sólo se refuerza la posición de los estados miembros. Es importante resaltar, asimismo, que a través de este mecanismo se desjuridifica en parte el funcionamiento del principio de subsidiariedad o, si se prefiere, se abre la puerta a una dimensión política del mismo. Gracias a este control reforzado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deja de ser la única institución con capacidad para decidir, en este caso, si la Unión vulnera los tratados al excederse en el ejercicio de sus competencias. En síntesis, puede decirse que, en lo que al principio de subsidiariedad respecta, el control deja de ser exclusivamente jurídico —a través del Tribunal y su interpretación de los tratados— dando cabida a un control "político" y, por tanto, a criterios más próximos a la oportunidad política y, en caso de eventuales mayorías, a posturas que, en este sentido, podríamos llamar "menos europeístas".

Esta redefinición de los principios de interpretación de los títulos competenciales que legitiman la actuación de la Unión se completa con las previsiones contenidas en el apartado 19 del mandato, en el que se señalan modificaciones respecto a lo establecido por la CIG de 2004. En particular se prevé la elaboración de una declaración relativa al sistema de división de competencias entre la Unión y los estados miembro, indicándose que:

> Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembro en un ámbito determinado, los Estados miembro ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla. Esta situación se plantea cuando las instituciones de la UE pertinentes deciden derogar un acto legislativo, en particular para garantizar mejor el respeto constante de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El Consejo podrá pedir a la Comisión, a iniciativa de uno o varios de sus Miembros y de conformidad con el artículo 208, que presente propuestas de derogación de un acto legislativo.

Asimismo, también se prevé el siguiente protocolo:

> Con referencia al artículo I-12.2) sobre competencias compartidas, cuando la Unión haya realizado una acción en una determinada área, el ámbito de dicho ejercicio de competencia sólo incluirá los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el área.

Así pues, a resultas de ambas previsiones, nos encontramos con que,

[10] Véase el Protocolo No. 2 del Proyecto de Tratado de Reforma, Documento CIG 2/07.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en primer lugar, una eventual competencia de la Unión —esto es, una competencia compartida que pasa a ser suya si la ejerce— revertiría a los estados miembros si la Unión decide derogar las normas que hubiera aprobado al respecto. De esta forma resulta alterado un principio que, al menos en la jurisprudencia constitucional española, ha sido afirmado con claridad en relación con la descentralización territorial y el reparto competencial: la titularidad de una determinada competencia implica la capacidad para regularla pero, también, la libertad para decidir que ése sea un espacio libre de regulación y, por tanto, no elaborar ninguna norma al respecto, esto es, para la inactividad del legislador. Así se entiende al menos, desde hace unos años, la relación entre las competencias de las comunidades autónomas españolas en relación con las competencias del Estado central y la aplicación de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal prevista por el artículo 149.3 de la Constitución Española.[11] Parece por ello que, más que hablar de competencias compartidas —es decir, áreas que se distribuyen entre dos o más sujetos— describiría mejor esta realidad la noción de competencia concurrente elaborada por la doctrina. Esta categoría pondría el acento en que realmente existen dos entes o sujetos legitimados para normar sobre una misma materia, pero gozando uno de ellos de una posición preponderante; esto es, uno de ellos tiene, además, la llave para decidir a quién corresponde legislar (posee, en este sentido, la competencia sobre la competencia), pues es precisamente su decisión de ocuparse o no de dicha materia la que decide a qué sujeto corresponde la misma. En este caso la llave pertenece a la Unión, de suerte tal que, en el momento en que decida ocuparse de una de las competencias "compartidas", pasa a ser el único sujeto habilitado a tal efecto.

Por otro lado, un segundo aspecto de la redefinición del sistema de reparto competencial lo constituyen las previsiones del protocolo. Éstas entrarían en juego una vez que la Unión haya decidido ocuparse de una de las competencias compartidas. Y aquí sí que la previsión es idéntica a la forma en que, por ejemplo, el TC español entiende el reparto competencial: la atribución de competencias debe interpretarse de manera estricta. Esto es, el título competencial no habilita para legislar sobre toda la materia o área, sino exclusivamente sobre aquellos aspectos que, en su caso, se indiquen en el mismo. Lo que, llevado al ámbito de la Unión y de esas competencias que hemos calificado de "concurrentes", significa que cuando la Unión decida utilizar esa "llave" competencial no se produce

[11] Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, Fundamento jurídico 6º.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una atribución automática de toda la materia, sino tan sólo de aquellos aspectos que hayan sido regulados.

La reforma institucional y de los procedimientos de decisión en el seno de la Unión

Junto a la desconstitucionalización de la UE y a la redefinición del sistema de reparto competencial, el tercer punto al que debe prestarse atención es el relativo a la arquitectura institucional de la Unión, tanto en su composición como en su funcionamiento, en particular en lo relativo a los mecanismos de adopción de decisiones. Como es bien sabido, el problema de la reforma institucional de la Unión no es, ni mucho menos, una novedad. Dos son los factores que avivan el debate: la profundización en la integración europea, por un lado, y la ampliación (en particular la llamada "ampliación hacia el este"), por otro.

Debe señalarse desde un primer momento que, si bien los factores citados son aquellos que avivan el debate institucional, a menudo lo hacen en direcciones opuestas, hasta el punto de que en cierta medida podría decirse que el avance de uno de ellos (significativamente los procesos de ampliación a nuevos estados) es inversamente proporcional a la parálisis que sufre el otro (la profundización en mecanismos de mayor integración entre los miembros).

En el proceso de construcción europea se enfrentan, por un lado, dos fuerzas antagónicas: aquellas partidarias de dejar la Unión Europea donde está —y en algunos casos, incluso, de revertir a los estados parte de la "soberanía" atribuida a la misma—, frente a las opciones integracionistas y, a veces, abiertamente federalistas. Estas últimas, como resulta obvio, han sufrido un fuerte revés tras el rechazo y abandono del proyecto constitucional, por lo que parece evidente que habrán de redefinir sus discursos. Al menos por el momento, la voluntad política de una parte significativa de los estados miembros no parece aproximarse —como hasta ahora podía pensarse, incluso aunque fuera a través de la política de los "pequeños pasos" o integración funcional impulsada por los padres fundadores— sino todo lo contrario.

Pero junto a esta tensión la UE se encuentra también con la provocada por los procesos de integración de nuevos estados, fenómeno por lo demás al que resulta mucho más difícil volver la espalda y dejarlo en la sombra, confiando en que el tiempo, por sí sólo vaya ofreciendo soluciones. Los procesos de ampliación enlazan directamente con la justificación y la finalidad última de la Unión Europea: construir una Europa unida, que supere sus diferencias históricas garantizando la paz en el continente a través del diseño de un futuro común. Tras la caída del

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

bloque soviético, la "reunificación" europea era no sólo inevitable, sino que además había de hacerse lo antes posible, leída en muchos casos como una suerte de "expiación" de una culpa: la de haber abandonado a una parte de los "hermanos" europeos. Todo proceso de ampliación, y especialmente este último, conocido como la quinta ampliación y que ha visto nacer doce nuevos miembros en un plazo de tres años, lleva aparejada necesariamente la reforma de las instituciones. Es lo que se conoce como "capacidad de absorción de la Unión".[12] De esta forma la ampliación pone sobre el tapete el problema de la reforma y, en este caso, de una reforma que vaya más allá de la mera ampliación numérica de europarlamentarios y comisarios. La UE de los 27 se considera ingobernable de acuerdo con las viejas reglas. Pero la solución para hacer más eficaces las instituciones pasa, entre otros, por dos de los planteamientos que más pasiones desatan: 1) la reducción del número de miembros de las instituciones, lo que implicaría, en todo caso, una negociación relativa a la relación entre los principios de nacionalidad y representación; y 2) la reforma de los procedimientos de adopción de decisiones, lo que conlleva profundizar en la integración —siendo asimismo deseable que incida igualmente en los aspectos democráticos de la toma de decisiones.

El primero de estos aspectos es especialmente sangrante en el caso de la Comisión:[13] órgano ejecutivo de la Unión, de reivindicada naturaleza comunitaria (frente al gubernamentalismo del Consejo), funciona por ahora con 27 miembros porque los estados, en su mayoría, sólo con dificultad se imaginan un escenario en el que no cuenten con un comisario de su nacionalidad. El segundo, de pura lógica: cuantos más miembros haya, más difícil será que todos estén de acuerdo, lo que obliga a ampliar los ámbitos que se deciden por mayoría cualificada frente a los que se deciden por unanimidad, al objeto de evitar bloqueos institucionales. Es por ello que en páginas anteriores se aludía a ese efecto rebote que generan los procesos de ampliación: puesto que obligan a redefinir las reglas del juego, ponen sobre la mesa la discusión sobre la naturaleza de la unión europea, y todo ello siendo

[12] La capacidad de absorción o integración de la Unión fue puesta de relieve por el Consejo Europeo de Copenhague de 1993, en el que se fijaron los cuatro grandes criterios que habían de guiar las futuras ampliaciones de la Unión. Con ello se pone de manifiesto, precisamente, la tensión existente entre ampliación y profundización en la integración. La *Estrategia de ampliación y principales retos 2006-2007*, documento COM (2006) 649 final, contiene en su Anexo I un *Informe especial sobre la capacidad de la Unión para integrar a nuevos miembros*, que ahonda en este aspecto.

[13] Cfr. el énfasis de la propia Comisión respecto a la necesidad de reformar el método de trabajo, en su documento citado: *La reforma de Europa para el siglo XXI*..., documento COM (2007) 412 final.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los actores plenamente conscientes de que no existe nada parecido a un diseño acabado de la misma. Debe añadirse, en último término, que el problema no se plantea exclusivamente con aquellos estados que ya son miembros de la Unión frente a un proceso de ampliación. Junto al recalcitrante Reino Unido y sus continuas reservas a muchos de los avances de la UE, basta con observar a uno de los nuevos miembros, Polonia, para comprobar la fuerza con la que se aferra a posiciones gubernamentales o soberanistas, bloqueando en numerosas ocasiones las decisiones del Consejo.

Pasemos a examinar brevemente los aspectos institucionales más destacados que se plantean de cara a una futura reforma de los tratados.

a) El Parlamento Europeo (PE) cuenta en la actualidad, tras la adhesión de Bulgaria y Rumania, con un número provisional y excepcional de 785 diputados. El Tratado de Niza preveía 736 escaños, y el actual proyecto prevé (nuevo artículo: 9A), en todo caso, un máximo de 750, señalando que ningún Estado sea representado por menos de seis ni por más de 96 europarlamentarios. A partir de aquí, la fórmula de atribución de escaños debe modificarse. La fórmula presentada por la Comisión de Asuntos Constitucionales del propio PE, se define como un principio de "proporcionalidad decreciente":

> Significa que la proporción entre la población y el número de escaños de cada Estado miembro deberá variar en función de su población respectiva, de tal forma que cada diputado de un Estado miembro más poblado represente a más ciudadanos que cada diputado de un Estado miembro menos poblado, y a la inversa; pero también que ningún Estado menos poblado tendrá más escaños que un Estado más poblado.[14]

Con todo, el propio informe recomienda (apartado 13) que, ante la perspectiva de la entrada en vigor del futuro Tratado en el año 2014, se inicie un procedimiento de reflexión orientado a establecer un sistema de representación más equitativo y más estable, que evite el "regateo" *(sic)* político tradicional entre los estados miembro con ocasión de cada adhesión.

b) El Consejo Europeo se convierte en una institución más de la UE, pasando a integrarse en el título relativo a las *instituciones* de la Unión (Art. 9), destacando de su regulación la previsión de que elegirá a su *presidente* por *mayoría cualificada* y por un *periodo de dos años y medio*, renovable sólo una vez (Art. 9B). Finalizan así las presidencias rotatorias de la Unión en beneficio de una presidencia elegida y con

[14] Párrafo sexto del *Proyecto de informe sobre la propuesta de modificación de las disposiciones del Tratado sobre la composición del Parlamento Europeo*, de 5 de septiembre de 2007 [Documento: Provisional: 2007/2169 (INI)], del que han sido ponentes Alain Lamassoure y Adrian Severin.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un mandato prolongado, al objeto de dotar de mayor estabilidad a las funciones de coordinación e impulso político que corresponden a esta nueva institución. Se mantiene, eso sí, que la adopción de decisiones se hará por consenso, salvo que los tratados dispongan otra cosa.

c) Por lo que respecta al Consejo de la UE, dado su carácter de institución de representación de los estados, se mantiene lógicamente el principio de un representante por Estado. Las novedades que se recogen (nuevo artículo: 9C) afectan, sin embargo, a los procedimientos de adopción de decisiones, segundo pilar de las reformas institucionales. Por un lado, porque se negocia la ampliación de las materias sometidas al *procedimiento de codecisión* (aunque nuevamente el Reino Unido ha obtenido una dispensa en ámbitos de la cooperación en materia judicial y policial) frente al criterio de la unanimidad. Por otro, porque *cambian las reglas del voto de mayoría cualificada o doble mayoría*, lo que ha constituido una de las más arduas negociaciones entre los miembros. A partir del 1 de noviembre de 2014, el Consejo adoptará sus decisiones por mayoría cualificada, entendiendo por tal un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a estados miembros que reúnan como mínimo al 65% de la población de la Unión. Se prevé, aun así, un periodo de transición (hasta el 31 de marzo de 2017), durante el cual cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que las decisiones se adopten según los criterios establecidos por el Tratado de Niza (esto es, las que estarán vigentes hasta el 31 de octubre de 2014, contenidas en el actual Art. 205.2 del TCE).

d) Finalmente, la última de las novedades a destacar se refiere a las modificaciones que habrían de operarse en el seno de la Comisión Europea, que como ya hemos referido es uno de los órganos más afectados por los procesos de ampliación, dado su carácter ejecutivo. A partir, nuevamente, del 1 de noviembre de 2014, la Comisión dejará de estar compuesta por un nacional de cada Estado miembro, y coherentemente con su carácter de órgano comunitario regido por el principio de defensa del interés de la Unión, pasará a estar *compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de estados miembros*, incluyendo a su presidente y al alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (que, por lo demás, se configura en el nuevo artículo 9D como uno de sus vicepresidentes), salvo que el Consejo Europeo decida, por unanimidad, modificar dicho número. Eso sí, si bien no habrá correspondencia numérica entre el número de comisarios y el de estados, los miembros de la Comisión se elegirán entre los nacionales de

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los estados miembros "mediante un sistema de rotación igual" entre dichos estados.

Un último apunte a modo de cierre. Las reformas institucionales, que buscan ganar tanto en eficacia como en transparencia y legitimidad democrática, otro de sus puntos débiles (de sobra conocido es el "déficit democrático" de la Unión y las constantes críticas que, en este sentido, recaen siempre sobre la UE), se complementan con una previsión del proyecto de tratado de reforma que busca reforzar, precisamente, el compromiso de la Unión con el principio democrático, a través del establecimiento de un mecanismos de democracia directa. Se configura así la llamada *iniciativa ciudadana*, prevista en el artículo 8B (relativo al "Principio de democracia participativa"), cuyo apartado cuarto establece que

> Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Sin dejar de considerar positiva cualquier puerta que se abra a una participación de la ciudadanía, en este caso directa, no puede dejar de señalarse en cualquier caso que, a pesar del título, nos encontramos más bien ante una pseudo iniciativa legislativa popular, esto es, una iniciativa desvirtuada en gran medida desde su nacimiento, dada la ausencia de carácter vinculante de la propuesta legislativa que, en su caso, pudieran realizar los ciudadanos. Tal vez se esté desperdiciando la ocasión de que la ciudadanía de los estados miembros recobre un mayor interés por los asuntos comunitarios, si siente que, en alguna medida, aunque sea pequeña, puede intervenir de forma directa en sus decisiones. ■

Volver al Índice >>

D E B A T E

Dos consideraciones sobre la reforma electoral

El Dr. Carlos Villabella Armengol, especialista en derecho constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales en España y miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México y el maestro José Luis Mendoza Tablero, profesor de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, externan sus opiniones sobre un asunto controversial de la actualidad política en México.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿Reforma electoral para qué?

Carlos Villabella Armengol

Una vez más durante los últimos años tiene actualidad noticiosa en Latinoamérica el tema de la necesidad de reformas electorales como vía para lograr una mejor gobernabilidad. A esto no escapa México, en donde al momento de redactar estas líneas se discutía sobre lo perentorio de enfrentarlo y ello tenía expresión en dos propuestas fundamentales, la remoción de los consejeros del Instituto Federal Electoral (IFE) y la intención de regular las campañas electorales en cuanto a publicidad y gastos.

El asunto planteado de esta manera no tiene por qué asombrar y es lógico que los países se planteen cada cierto tiempo la necesidad de reformular las bases de su sistema electoral si éste ha completado un ciclo de existencia y ya no es pertinente por razones de representatividad, equidad, transparencia o confiabilidad.

No obstante, siempre que se hable de reformas electorales y se inicie un proceso en tal sentido, es necesario tener presente algunas cuestiones para clarificar adecuadamente la tesitura de lo que se quiere.

En primer lugar hay que tener en cuenta que toda propuesta de reforma a un sistema electoral tiene connotaciones políticas marcadas, ya que si bien es cierto que no existen modelos o esquemas universales, ni mecanismos o fórmulas paradigmáticas u óptimas, en tanto éstos responden a un entorno social, cultural e histórico determinado y son por tanto perfectibles cuando este contexto lo requiera, también lo es que cualquier intento de reforma tiene siempre intenciones bien delimitadas aunque sean poco perceptibles a primera vista.

No se puede pasar por alto que un sistema electoral es el conjunto de operaciones, procedimientos y mecanismos a través de los cuales se conforman los órganos de poder y con ello se reproduce el sistema político de una nación, por lo que nunca una reflexión sobre este aspecto es aséptica políticamente. Como señala una voz tan autorizada como la de A. Lijphart, los problemas relativos al sistema electoral son, al mismo tiempo, problemas de poder y problemas en torno a la concepción de la sociedad y la democracia, se trata siempre de posiciones políticas, incluso cuando se disfrazan científicamente y pretendan ser axiológicamente neutrales y universalmente válidas.

En segundo lugar es válido destacar que una reforma, si pretende incidir realmente en el perfeccionamiento del sistema electoral, difícilmente puede abarcar una sola faceta o aspecto del mismo por la relación proporcional que guardan todos en-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tre sí, de modo que los cambios en uno de ellos generalmente tiende a surtir un efecto dominó sobre los demás.

Por tanto, abrir a debate la necesidad de cambios en el andamiaje electoral significa repensar sobre el ejercicio del derecho al voto, la conformación de las circunscripciones electorales, la forma en que se nominan los candidatos, el formato de presentación de éstos o de boleta que se emplea, el tipo de voto que se puede ejercer, la fórmula electoral que existe, el método para convertir la decisión numérica en escaños, etcétera.

En este sentido, una reforma a fondo podría también hacerse los siguientes cuestionamientos: ¿Cómo se está ejerciendo el derecho al voto, no sólo en el sentido de libertad, igualdad y accesibilidad real, sino también en el de la dicotomía participación-abstinencia? ¿Los mecanismos previstos y fórmulas empleadas en la nominación y votación posibilitan al ciudadano elegir en todo el significado de la palabra, o éste tiene que conformarse con escoger entre la "oferta" que le preparan las cúpulas partidistas y terminar optando por el que le parece menos malo? ¿Tiene participación cierta el pueblo, sujeto último de la soberanía, en todas las fases y mecanismos del proceso? ¿Es efectivamente transparente el proceso en todos sus eslabones? ¿Generan confianza los resultados electorales más allá de las élites políticas favorecidas con el mismo? ¿Están ciertamente los organismos electorales a la altura de su función y son imparciales? ¿Es el sistema vulnerable a corruptelas y susceptible a la compra-venta del voto y la manipulación?

En tercer lugar, antes de enfocar una reforma es válido razonar también si la crisis que se quiere resolver está generada sólo por fallas o falencias del sistema electoral como conjunto de procedimientos y reglas, o si detrás de ellas se esconde una crisis del sistema de partidos vigente, con lo cual la solución no está solamente en lo que se quiere modificar.

Hay que tener en cuenta que el sistema de partidos en Latinoamérica ha estado constantemente en entredicho por los rasgos que posee y a los que no escapa ningún país: multipartidismo exacerbado que segmenta y polariza a la sociedad, fragmentación en su interior que da lugar al advenimiento de nuevas asociaciones, perfil personalista y caudillista; funcionamiento como maquinarias electorales, bajo contenido programático; discurso demagógico y populista, pobre estructura organizativa y disciplinaria, prácticas corruptas y clientelistas, financiación a partir de recursos privados que genera facturas a pagar, poca transparencia de las finanzas, actuaciones de nepotismo y amiguismo de sus líderes, etc. Esto propicia

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que en lo interno se caractericen por la *autofagia política*, y en lo externo por un *autismo político* que los vuelve descreíbles y alejados de la ciudadanía, con lo cual se ha producido una percepción de que los mismos son incapaces de articular con acierto el sistema político y promover agendas realmente transformadoras y comprometidas.

Ello repercute finalmente en la volatilidad electoral y en los altos niveles de abstencionismo que provoca que en muchas ocasiones las decisiones electorales se catalicen por una minoría que funciona como minoría mayor en el espectro político; de aquí su escasa legitimidad inicial o la acelerada espiral de deslegitimación en la que rápidamente sucumben los elegidos.

En cuarto lugar es loable meditar también si el replanteo de un sistema electoral conlleva a más participación en el esquema democrático o a más de la misma democracia.

Conceptualmente esto no debería de plantearse así, porque etimológicamente *demokratia* proviene de la conjugación de dos vocablos, *demos*, pueblo y *kratía*, gobierno o autoridad, por lo que significa gobierno del pueblo o por el pueblo, con lo cual no tendría sentido hablar de una democracia participativa o más participativa, porque en puridad, sin participación efectiva no hay democracia real.

A ello hay que vincular la idea, generalmente ocultada, de que democracia es algo más que elecciones y posibilidad de escoger entre un menú de propuestas partidistas, por lo que la misma no se consume en la emisión del voto, por más que éste sea un día de fiesta para la misma. Es así que es válido hablar de facetas de la democracia o de ángulos de materialización de la misma, todos ellos susceptibles de perfeccionamiento.

Así, puede reconocerse que uno es el conjunto de cánones que regulan las campañas electorales, que posibilitan la conformación de las propuestas electorales, escoger entre éstas, el conteo de los votos, la conversión de éstos en un escaño del aparato político, etc. Otro, la existencia constitucional y real de derechos, a los cuales se integra el derecho al sufragio activo y pasivo. Una tercera forma de materialización es la manera en que los representantes elegidos se vinculan y responden ante quienes los eligieron. Una cuarta faceta es la forma en que el poder político se ejerce, las vías por las cuales las decisiones políticas son consensuadas o no con los destinatarios; al decir de Norberto Bobbio, el conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en las que debe estar prevista la más amplia participación posible de los interesados, ya que democracia no solamente es quién está autorizado para tomar decisiones sino igualmente bajo qué procedimientos. Una quinta perspectiva

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

asociada a la anterior es la forma en que se hace traslúcido el accionar político y visible el proceso de toma de decisiones, lo que permite que el poder público se haga realmente en público. Un sexto ángulo de realización, como reconoce R. Dahl, es la forma de organización y comportamiento social, de alguna manera diseñado teleológicamente por el poder político, lo cual tiene que ver con la existencia de una sociedad con igualdad de oportunidades en las que el ciudadano común pueda auto-realizarse y con la existencia de un clima de convivencia que genere una sociedad civil tolerante, no violenta y en la que su desarrolle el libre debate de ideas.

Bajo esta perspectiva cabría entonces inquirir si sostener una determinada propuesta de reforma es parte a su vez del propósito de perfeccionar el sistema democrático o sólo un paliativo oportunista, por lo que es lícito cuestionarse: ¿posibilita un fortalecimiento de la participación popular en el proceso electoral visto íntegramente?, ¿tendrá mayores posibilidades la ciudadanía de control sobre los partidos?, ¿se hace más transparente y asequible el poder público?, ¿se podrá revocar a un representante elegido que esté desprestigiado, cuestionado por sus electores o sobre el que haya evidencias de corrupción?, ¿serán visibles los verdaderos hilos de poder, casi siempre económicos, que se esconden detrás de la vitrina política?, ¿se generará un mejor clima de convivencia o, por el contrario, de crispación y polarización social?

Finalmente es lógico analizar también hacia qué conduce en términos de gobernabilidad y eficacia política una propuesta de innovación en la mecánica electoral, es decir hacia qué apunta respecto a la funcionabilidad del aparato estatal.

Esto es importante porque el sistema presidencial que predomina en Latinoamérica ha sido expuesto como la forma de gobierno que más tiende a la ingobernabilidad producto de su propia dinámica endógena y como la que acumula una mayor tasa de fracasos políticos; lo cual tiene que ver con la hipercentralización y personalización del poder, el ejercicio del poder ejecutivo fuera de control, la polarización Ejecutivo-Legislativo que conlleva al inmovilismo, la dinámica poco consocietal entre los diferentes poderes y fuerzas políticas, la ausencia de vías institucionales que puedan canalizar las crisis, la inexistencia de mecanismos autocorrectores que posibiliten recomponer las mayorías en un momento determinado y la tendencia a las salidas extraconstitucionales y a rupturas democráticas.

Estos "males" del presidencialismo han querido ser corregidos con propuestas de rediseño del mismo y de corrección de sus "defectos" mediante la introducción en mayor

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

grado de elementos parlamentarios, como plantea D. Nohlen; la adopción de un sistema parlamentario, como señala J. Linz; o la admisión de sistemas semipresidenciales como distingue G. Sartori, quien ha diseñado lo que él ha denominado como presidencialismo alternativo, intermitente o de dos motores.

Esto ha centrado de alguna manera el análisis en torno a la gobernabilidad en Latinoamérica y a la necesidad de una reforma estatal. La cuestión estriba, en mi opinión, en pensar si efectivamente la solución está por ese camino. De hecho, en los últimos años se han ido introduciendo mediante ingeniería constitucional diversas variables de la dinámica parlamentaria en busca de perfeccionar la funcionalidad del sistema y fortalecer la democracia.

Esto ha provocado que hoy no se pueda hablar de un sistema presidencial puro en Latinoamérica, ni tampoco de un presidencialismo homogéneo; incluso puede decirse que en algunos países las mutaciones introducidas hacen esbozar la tesis de que el presidencialismo está sufriendo profundas transformaciones que lo encaminan hacia un sistema con signos difícil de calificar en la actualidad.

En este punto me parece discutible que la forma de gobierno presidencial se haya agotado en la región, y sobre todo, más debatible que la solución venga por introducir alguna de las propuestas que se señalaban. Considero que las formas de gobierno son el producto de condicionantes históricas y de determinado ambiente antropológico que explican y justifican su existencia, sus rasgos *sui generis*, o incluso sus disfuncionalidades; por tanto, cualquier propuesta de transformación en este sentido debe tener en cuenta estos aspectos, no suponer que un sistema político se perfecciona mediante alquimia de laboratorio o el simple calco de instituciones foráneas, ni descontextualizar determinadas manifestaciones políticas de su entorno socioeconómico y cultural que le sirven de sustrato.

Cabe entonces culminar estas reflexiones retomando la pregunta inicial: ¿es legítimo el propósito de una reforma electoral? En mi opinión sí, pero siempre y cuando ello sea el resultado de una autorreflexión social que delimite hacia dónde se quiere llagar con la misma y no un acuerdo de los grupos de poder; se proponga repensar el sistema electoral en su conjunto y no busque modificaciones parciales; implique reconvertir a los partidos en verdaderos eslabones de representación ciudadana y no en clubes en donde se dirimen intereses personales y de grupo; conlleve a abrir más espacios de participación popular y no a afianzar un modelo de democracia representativa y oligárquica; provoque efectos positivos en la funcionabilidad del Estado y en la gobernabilidad y no reproduz-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ca un sistema en el que los poderes piensan más en sus disputas que en representar a los intereses sociales.

Francamente, creo que si no es sobre estas bases las reformas electorales que se postulan por algunos sectores y en algunos países en Latinoamérica son más de lo mismo. ■

La reforma electoral, coyuntura larga y decisiones de momento

José Luis Mendoza Tablero

México necesita enfrentar sus problemas y las leyes electorales son parte de ese proceso, si bien se requiere actuar en el marco institucional, para lo cual es preciso una visión de país compartida por una mayoría.

El sistema político mexicano

Estamos en la salida de un proceso coyuntural electoral en nuestro país. Desde la instauración de la clase revolucionaria hasta 1988 parecía que el ámbito electoral no tenía mayor cambio: la ley de 1946 era el reflejo del centralismo y el poder del presidente; la reforma de 1963, una "zanahoria" para la oposición; la elección de 1976 mostraba que algo estaba pasando, pero se podía solucionar con los diputados de representación proporcional; nada ponía en peligro al partido hegemónico. Pero al llegar a 1988 las cosas cambiaron, porque se ponía en tela de juicio toda una serie de tabúes: la elección es un ritual; quien se va del partido oficial, se va de la política; la población en su mayoría no discute los resultados de las elecciones.

Coyuntura electoral 1988-2006

Pareciera que esta coyuntura empieza en 1988 y termina en el 2006... Muy larga, pero así han sido muchos procesos en México.

A partir de 1988 suceden cosas increíbles: en ese año llegan los primeros senadores de la oposición, por cierto, del Frente Democrático Nacional; el PAN (Partido Acción Nacional) gana Baja California en 1989; se crea el IFE (Instituto Federal Electoral) y organiza las elecciones de 1991; el PAN crece de forma por demás espectacular y gana gran cantidad de puestos de elección, incluyendo gubernaturas y escaños para 1994; se fortalece al IFE y se consolida el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF, antes TRIFE) en 1996; un año después el PRD (Partido de la Revolución Democrática) gana la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal que por primera vez se disputa y logra una mayoría por demás importante en delegaciones y diputaciones locales; además marca el inicio de victorias en las entidades federativas para ese partido; el PRI (Partido Revolucionario Institucio-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ca un sistema en el que los poderes piensan más en sus disputas que en representar a los intereses sociales.

Francamente, creo que si no es sobre estas bases las reformas electorales que se postulan por algunos sectores y en algunos países en Latinoamérica son más de lo mismo. ■

La reforma electoral, coyuntura larga y decisiones de momento

José Luis Mendoza Tablero

México necesita enfrentar sus problemas y las leyes electorales son parte de ese proceso, si bien se requiere actuar en el marco institucional, para lo cual es preciso una visión de país compartida por una mayoría.

El sistema político mexicano

Estamos en la salida de un proceso coyuntural electoral en nuestro país. Desde la instauración de la clase revolucionaria hasta 1988 parecía que el ámbito electoral no tenía mayor cambio: la ley de 1946 era el reflejo del centralismo y el poder del presidente; la reforma de 1963, una "zanahoria" para la oposición; la elección de 1976 mostraba que algo estaba pasando, pero se podía solucionar con los diputados de representación proporcional; nada ponía en peligro al partido hegemónico. Pero al llegar a 1988 las cosas cambiaron, porque se ponía en tela de juicio toda una serie de tabúes: la elección es un ritual; quien se va del partido oficial, se va de la política; la población en su mayoría no discute los resultados de las elecciones.

Coyuntura electoral 1988-2006

Pareciera que esta coyuntura empieza en 1988 y termina en el 2006... Muy larga, pero así han sido muchos procesos en México.

A partir de 1988 suceden cosas increíbles: en ese año llegan los primeros senadores de la oposición, por cierto, del Frente Democrático Nacional; el PAN (Partido Acción Nacional) gana Baja California en 1989; se crea el IFE (Instituto Federal Electoral) y organiza las elecciones de 1991; el PAN crece de forma por demás espectacular y gana gran cantidad de puestos de elección, incluyendo gubernaturas y escaños para 1994; se fortalece al IFE y se consolida el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF, antes TRIFE) en 1996; un año después el PRD (Partido de la Revolución Democrática) gana la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal que por primera vez se disputa y logra una mayoría por demás importante en delegaciones y diputaciones locales; además marca el inicio de victorias en las entidades federativas para ese partido; el PRI (Partido Revolucionario Institucio-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nal) pierde el control de la Cámara de Diputados, con lo cual se inicia un proceso por demás complicado de gobierno dividido, el cual continúa hasta la fecha.

Los procesos descritos continúan y en el 2000 llega el cambio de partido en el Ejecutivo federal, ahora el concepto de oposición empezará a ser más difícil de utilizar; a partir de ahí la alternancia en los ámbitos locales y municipales se hace común, el PRD en 2003 logra una excelente posición en la Cámara de Diputados. Todo lo anterior en un marco de cambios que distan mucho de ser tersos y ordenados, pareciera que afecta el poder del presidente, pero la falta de instituciones democráticas hace que se generen vacíos de poder a los que muchos aspiran.

A pesar de todo, el balance no puede ser negativo, porque ha implicado un proceso que México necesita asumir.

Considero que este proceso coyuntural termina en el 2006, porque mostró que con los cambios planteados se podía llegar a una elección presidencial y cargar con las presiones lógicas de una oportunidad en donde desde la perspectiva del sistema político mexicano, se trata de una elección de suma cero y para agravarlo: el ganador se lo lleva todo.

Me parece que tal como se dieron las cosas, no era el escenario más deseado;[1] sin embargo, tuvo un valor que hay que destacar: la sociedad, los partidos políticos y las instituciones soportaron la prueba; aunque se puso en evidencia al IFE, una de las instituciones con mayor fuerza del país: la elección mostró lo mejor del repertorio de la sociedad partidista, las televisoras ejercieron un poder inmenso, al final el sabor de boca fue amargo; en general, los partidos le quedan a deber a la sociedad; lo anterior en un marco en el cual ésta sabía que había que buscar la estabilidad por el bien de la mayoría, aunque eso magnificara las ganancias de unos y aplastara las aspiraciones de otros. El sistema electoral tiene mucho por avanzar, pero no es ni la sombra de lo que fue hace algunas décadas.

Oportunidades y costos de la coyuntura

En este periodo 1988-2006 se quiebra con el partido hegemónico, lo cual nos lleva a un sistema de pluralismo moderado, en una cons-

[1] Los dos candidatos punteros, del PAN y del PRD, terminaron con una elección cerrada que se decidió por alrededor de medio punto porcentual. El candidato perdedor del PRD desconoce la elección y al IFE, lleva su asunto al TEPJF, del cual tampoco confiaba, pide el recuento total de la elección: "voto por voto, casilla por casilla". Al perder el recurso jurídico como última instancia se asume como "presidente legítimo" y llama a su oponente "espurio". Se genera un movimiento de resistencia con mayor fuerza en el Distrito Federal, que por momentos divide a la sociedad. Poco a poco se baja la intensidad y finalmente no tiene la fuerza para poner en peligro la permanencia del presidente electo.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tante de alternancia en diferentes niveles. Es importante dar su valor a un periodo como el descrito, porque involucra cierta fuerza y aspiraciones sociales; las coyunturas deben aprovecharse, de otra manera se asumen los costos y no reditúan las oportunidades.

En México parece ser que el resultado fue intermedio, pero al mismo tiempo gran parte de lo que se debió cambiar continúa entre nosotros: relaciones autoritarias y clientelares, planeación inadecuada en la administración pública, falta de visión de país, deficiencias y corrupción en la impartición y procuración de justicia; una vez más para lo que nos ocupa, requerimos de partidos que respondan a la sociedad, mientras nos movemos en la teledemocracia y los partidos "atrapa todo"... la coyuntura acabó y ahora las reglas maduran su vigencia: no somos lo que deseamos (electoralmente hablando), pero hay pasos dados que no admiten regreso.

Para una reforma electoral

Pasando a la situación actual del panorama electoral, para llegar concretamente al IFE y a la reforma constitucional que tanto ha dado que hablar, hay que decir que la conformación actual de sus miembros en el Consejo General no está cerca de lo aceptable, si bien parece que precisamente eso muestra su fortaleza institucional; éste se ha mostrado como garante de las elecciones federales nada más (y nada menos). Podemos alegar un sinfín de cosas sobre sus yerros, pero creo que los principales responsables son los partidos políticos. Lo cierto es que ahora se cuenta con una gran cantidad de elementos para las elecciones federales que si bien no protegen contra muchas prácticas electorales desleales, representan más que una base de que las elecciones tendrán reglas mínimas adecuadas. Que se cometen excesos, sin duda. Muestra es precisamente de la necesidad de la reforma electoral a la que se le dedica este comentario.

El cambio de los consejeros

La parte que me parece más delicada de la reforma, es percibir que los partidos políticos quieran cambiar a los consejeros del IFE, basados en que paguen por el resultado de las elecciones presidenciales del 2006 o porque su cabeza tiene precio y está bien pagada... Es un pragmatismo terrible.

La esencia del problema es que los consejeros tenían garantías legales de estar en su cargo hasta el 2010. No pretendo, ni quiero, entrar a su defensa; sin embargo, los diputados (los partidos) los eligieron y no puede ser que ahora ya no les convenzan y entonces se cambie a los consejeros sin respetar las leyes que los propios legisladores de los partidos políticos decretaron. ¿Qué

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pasará si los "nuevos" tampoco satisfacen sus pretensiones?

Ése es el asunto principal: de legalidad. La mejor forma hubiese sido dejar que terminaran sus periodos y entonces iniciar con un sistema escalonado, respetando las normas, y por qué no decirlo: las formas políticas. Porque aun considerando que lo que se quiere hacer sea por el bien de la mayoría, como lo dijera Jesús Reyes Heroles: "en política forma es fondo".

En el caso mexicano tenemos el ejemplo de cuando en 1994 se reforma un requisito para ser presidente, pero la disposición entra en vigor hasta la siguiente elección presidencial, con lo cual se evita que lleve dedicatoria (algunos pensaban en Jaime Serra Puche y está más que claro que éste no se benefició de la modificación). Ahora la reforma dice: "Con cariño para Ugalde y otros". Las leyes deben ser impersonales bajo pena de no ser efectivas para el problema que plantean.

Insisto: se pudieron hacer todas las modificaciones sin cambiar a los consejeros antes de que concluyera su periodo.

Hay cosas interesantes en la reforma planteada, pero no están inscritas en un marco general del Estado al que los mexicanos aspiramos. Pareciera que caemos en lo de tantas veces: trabajar sobre los aspectos del momento. No veo que se tenga rumbo a mediano plazo, aunque sería excelente que el poder legislativo federal nos explicara en su proyecto de país, por lo menos en lo concerniente a lo electoral, en dónde ubicar a las reformas aprobadas.

De otra manera sólo le servirá a nuestros políticos para "jalar" una bocanada de aire y nos estén mencionando mil veces que gracias a su preocupación y sensibilidad hacen lo que la sociedad demanda, lo cual tiene su parte de verdad, pero me parece que principalmente las reformas son para ayudarse ellos mismos y justificarse, si bien para nadie es desconocido que no precisamente gozan de mucha credibilidad.

Medios y televisoras

Las televisoras (de canales abiertos principalmente) desde hace un tiempo han mostrado que su poder e intereses son grandes. Las vemos ahora mostrarse críticas ante el gobierno y los partidos políticos, cuando fueron tan complacientes. Ahora resulta que hasta preocupadas por la libertad de expresión están, cuando cualquiera se puede dar cuenta de cómo alientan voces o las callan, dedican minutos o segundos (o ni eso) dependiendo de sus intereses; la parte informativa la confunden con sus opiniones.

Los medios masivos de comunicación son sumamente importantes en las elecciones, lo anterior puede o no gustar, pero es un hecho; además el tema se carga en la televi-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sión, pues la población en general forma su opinión con *spots*, coberturas, frases, etcétera.

La mayor parte del dinero que destinan los partidos a las campañas se va a la televisión, por eso tiene plena justificación la prohibición a éstos para comprar tiempos en ese medio, ajustándose a lo asignado por el IFE. Pareciera que la borrachera a "tragos" de 20 segundos produjo una "cruda" que se trata de curar en medio de la culpa, pero hay un sentimiento de venganza en contra del "cantinero". Si algo sabemos, es que el adicto se arrepiente aunque mantiene sus necesidades.

Cambios y rumbo en el sistema electoral

Lo que tendría que analizarse como parte de las modificaciones necesarias, que es difícil que los partidos políticos las discutan, por afectar muchos intereses, sería:

La representación proporcional. Habría que analizar la conveniencia de la representación proporcional, pues resulta que la población prácticamente desconoce cómo se elige a los diputados plurinominales. El reverso de la boleta parecen las cláusulas de un formato de contrato bancario: nadie las lee... pero son importantes.[2] La gran pregunta es: ¿a quién representan y a quién le rinden cuentas? Para acabar pronto: ¿para qué sirven? Si alguien me dice que para representar a las minorías, será para las minorías de las élites, porque no creo que por falta del Partido del Trabajo los obreros se sintieran desprotegidos o que ante la falta del PVEM los ecologistas lamentaran que su voz se ha perdido en el Congreso. Me parece que México ahora necesita de responsabilidades y responsables, eso se puede mostrar mejor con la representación por mayoría relativa.

La reelección. Es difícil avanzar sobre mitos y, cuando se habla de este tema, la clase política tiene en el imaginario a Benito Juárez, Sebastián Lerdo de Tejada, y por supuesto a Porfirio Díaz y principalmente a Álvaro Obregón; en el ámbito legislativo no se tienen tantas reticencias, pero es importante analizar la situación en todos niveles en los dos poderes electos. Me parece que sería positiva, sólo que quizá habría que considerar el periodo para presidente de la República, que es muy largo; el único caso paralelo en América es Chile. Se podría reducir el periodo a cuatro años,[3] el cual podría ser igual para los diputados, a quienes se podría elegir de manera escalonada por

[2] Hay que considerar que 200 de los 500 diputados federales son electos por la vía de la representación proporcional. No es menor el asunto: tienen el 40% de la Cámara de Diputados.

[3] Con posibilidad de reelección, esto haría que el presidente tuviera un incentivo para hacer su trabajo, además de darle cierto control a la sociedad ante la necesidad de cambiar al Ejecutivo en periodos más cortos.

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mitades, y para el Senado cambios por tercios (igual con posibilidades de reelección), así tendríamos elecciones federales cada dos años. Este sistema electoral se ha puesto en funcionamiento en Argentina y ha mostrado ser viable, sobre todo en la parte escalonada, que proporciona continuidad en el trabajo legislativo.

La relación Ejecutivo-Legislativo. Se requieren mecanismos de comunicación entre estos dos poderes. Uno adecuado sería un Jefe de Gabinete ratificado por el Legislativo, con responsabilidad ante éste, para que por su medio se canalizaran las iniciativas del Ejecutivo. Se podría tener un interlocutor válido para ambas partes y de ahí avanzar sobre la parálisis característica del gobierno dividido.

Los salarios de los legisladores. Algo que simple y sencillamente es insalvable es que los legisladores federales (y no sólo ellos) carecen de autoridad moral para presentarse ante la ciudadanía: nadie puede creer que desempeñen su labor pensando en el bien del país, contando con salarios y compensaciones que no corresponden a la realidad de éste. La idea de disminuir significativamente su sueldo no tiene que ver con la idea de solucionar problemas económicos, sino en proporcionar un poco de dignidad al cargo y atemperar la llegada de personas movidas sólo por la retribución económica.

Las sesiones. Los dos periodos de sesiones en el poder legislativo se podrían cambiar a una sola que inicie en febrero y termine en noviembre, a fin de que se cuente con mayor tiempo para desahogar el rezago legislativo que se tiene; de la misma manera se podría utilizar una regla en el sentido de que no se termina el periodo hasta que se dictamine y vote la última iniciativa recibida en el año.

Como se puede observar, los problemas planteados tienen muchas aristas, pero es necesario definir qué es lo que se quiere hacer con el sistema electoral y considerar sus implicaciones en los poderes electos.

Respecto al rumbo, debemos pensar en un sistema electoral que privilegie la autoridad de los órganos electorales, en donde la mayor parte de los acuerdos y conflictos se resuelvan en el IFE, que representa el nivel "político", por encima de la instancia jurisdiccional (el TEPJF), que debe ser considerada como excepcional, porque de otra manera se desgastan los partidos, las instituciones y se harta la sociedad al percibir que no se pueden acatar las formas políticas.

Los partidos políticos tienen que autolimitarse, como ahora lo intentan, pero no como algo momentáneo, sino entendiendo que al limitarse todos, tienen mejores elementos de independencia frente a los "patrocinadores" y mejor desempeño ante los ciudadanos.

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuesta trabajo creer que los partidos políticos quieran respetarse apelando a la moralidad; sin embargo, existen ventajas para ellos: de otra manera se gana una elección a corto plazo, pero todos terminan con la "cara sucia" y eso en varios ciclos nos da una situación como la actual.

Como derivaciones finales, comento que el sistema electoral ha pasado por una coyuntura larga que ha definido en buena medida las reglas, y ahora pasa por cambios que no tienen perspectiva a largo plazo. En virtud de lo anterior, la reforma electoral actual está incompleta y la sociedad necesita introducir su agenda, no necesariamente compartida por los partidos políticos. ■

E S T A N T E R Í A

La amortajada: Catalina Xuárez la Marcaida, Nueva España 1522

Gladys Ilarregui

A continuación presentamos un fragmento del libro *Las mujeres de la Conquista antes y después de Cortés*, el cual aparecerá próximamente bajo el sello de Fomento Editorial de la BUAP. La autora argentina radicada en Estados Unidos, analiza las relaciones entre mujeres de los dos mundos, así como su "empoderamiento" en el encuentro o el choque que representó la Conquista bajo la férula del poder patriarcal y la importancia de todos estos elementos en el origen y el desarrollo de la nación mexicana.

Posiblemente Hernán Cortés sea la figura más intrigante de la Conquista por hallarse sumergido en forma histórica en una cantidad de documentos que son casi tan oceánicos como el mar que cruzó para llegar primero al Caribe y luego como líder de la expedición en México. Además de las cinco *Cartas de relación* que se han hecho famosas, el mundo documental que lo contiene en forma directa —a través de su propia escritura o por dictado— incluye instrucciones, ordenanzas, probanzas, demandas, acusaciones, recibos, contratos, documentos sucesorios, cédulas, provisiones, cartas reales y nombramientos. Una documentación casi tan desbordante como la riqueza material que dejó tras su muerte, que ante los escribanos reluce en las páginas del inventario de sus bienes, en donde todo lo que lo rodea en la Villa de Cuernavaca es de una calidad insuperable para la época.[11] Su repostero Francisco de Tordesillas, va guiando a los escribanos en el repaso de los platos, jarros, tazas y candeleros de plata que junto a una cruz dorada hecha por los indios y cerca de un hostiario de plata quintado, vaciadizo, que pesa tres marcos, recuerdan la contradicción auténtica de una vida

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mundana, polígama, inescrupulosa, junto a los ceremoniales más estrictos y convencionales de la religión de ese siglo. Altos libros de canto de órgano dorados, un misal guarnecido de terciopelo azul, una casulla con una imagen de Nuestra Señora, bordada en oro, plata y seda sobre raso carmesí, dejan intactos en la observación de estos documentos, el complejo circuito de las relaciones de poder que Cortés llevara a cabo con una sed insaciable de aspectos político y militar, en el que las mujeres —el mundo femenino al que se volcó con la misma voracidad— pasaron a ser parte de todos esos intrincados juegos de poder.

Las mujeres que estuvieron a su lado no asumieron la gestión histórica a través de la escritura, y tampoco quedaron registros subjetivos sobre lo personal y privado, sobre el hombre que las amara y abandonara y con el que tuvieron hijos mestizos. Sin la posibilidad de acceder a una escritura propia, autobiográfica o de registro doméstico, lo que dejan como testigos de juicio, y en todos los casos a través del estilo indirecto, son sus voces registrando una época única. En el entorno que rodeó a los conquistadores poderosos después del triunfo contra los mexicas, una nueva fase del expansionismo ibérico se ve legitimada en el Nuevo Mundo, y es al mismo tiempo la explosión del mestizaje, la complejidad de un fenómeno de adaptación que comienza con ese primer periodo de contacto entre las indígenas y españolas conviviendo en la casona de Coyoacán. Porque los mestizajes rompen con la linealidad de las dos culturas —el Occidente cristiano y el mundo amerindio— y esas relaciones en el plano de una convivencia doméstica generan un nuevo registro de la vida colonial. Según Josefina Muriel,[22] revisando los registros de Orozco y Berra, encuentra que: "Formando parte de las expediciones de Cortés y Pánfilo de Narváez, se encontraban: Beatriz Hernández, María de Vega, Elvira Hernández y su hija Beatriz Isabel Rodrigo o Rodríguez, Catalina Márquez, Beatriz Ordaz —posiblemente hermana de Francisca Ordaz—, María de Estrada, Beatriz Bermúdez de Velasco, Beatriz Palacios y Juana Martín".

A pesar de esa presencia femenina en la conquista, las decisiones estaban de parte de los hombres que traían una agenda cristiana, blanca y patriarcal como parte de su bagaje cultural para extenderlo en tierras nuevas. El poder, sin embargo, se registraba en los dos imaginarios, puesto que si los conquistadores españoles esperaban riqueza, las mujeres españolas esperaban lo mismo pero por vías indirectas: el casamiento, la subyugación doméstica en una casa acomodada de las nuevas colonias. Es difícil imaginar los muchos reacomodamientos de ese espacio común que compartirían entre los dos grupos y la compe-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tencia surgida —en mayor o menor grado— con las indígenas exóticas que representaban un nuevo erotismo, aun a su pesar.

La historiografía hispanoamericana habla de "conquistador" y "colonizador" como si ambos términos estuvieran unidos y como si hubiera una agenda común a estos hombres que abandonaron todo por la sed de gloria, prestigio y reconocimiento económico. En realidad los modelos de los conquistadores fueron diversos, como fue diverso el trato a sus mujeres. En el mismo Cortés se dan en esa primera fase de la vida mexicana, por lo menos dos modelos femeninos históricamente bien marcados y antagónicos: Catalina Xuárez e Itoca Malitzin (en esa primera mitad del siglo XVI). Son ellas las dos mujeres que deben compartirlo, una desde la isla de Cuba y otra en plena batalla. De la mujer española al cuidado de la encomienda acomodada a los volcanes, la geografía rebelde, la táctica de la palabra, a la lengua de la Malinche que facilitaría las cuestiones militares a través de la traducción. Así y todo no puede postularse que estas dos mujeres en su reverso compusieran un Cortés diferente. Posiblemente, en su antagonismo cultural y social, componían las dos fases de un mismo objetivo: el poder personal para Cortés. Al casarse con Catalina Xuárez, Cortés recibe el favor de Diego Velázquez para liderar la expedición de México. Al unirse a la Malinche, la mujer le provee las llaves culturales de un imperio. Ambas, desde la reclusión y la modestia hasta la fortaleza y la impestividad del momento bélico, procuran a este hombre diferentes caminos para un itinerario que comienza a los diecinueve años, cuando Cortés llega a la isla de Santo Domingo. En perpetuo reacomodamiento, Catalina aprendería a vivir en una isla exótica después del abandono de su patria, en tanto la Malinche, en otro territorio, debía comprender rápidamente las claves culturales de los hombres invasores que desarticulaban los rituales de su propia vida ante circunstancias inesperadas. Este modelo binario marcó el siglo para las mujeres, las emigradas y las indígenas, bajo reajustes patriarcales que correspondieron a una nueva hibridización, exigiendo mucho más en el frente doméstico de las mujeres que de los hombres abiertos a la conquista material y la batalla.

En el cuadro de costumbres cristianas en las cuales la mujer tenía un rol dirigido a la casa y el entorno y el hombre lo tenía hacia la socialización política es interesante notar, como lo señala José Luis Martínez en la recopilación de *Documentos cortesianos*,[33] desde 1526 a 1545, que dentro de esa frondosa fuente documental todavía no completamente digitalizada o catalogada, en esa marea de papeles personales, "en esta abundancia de documentos

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cortesianos hay un vacío notorio: los escritos íntimos y propiamente personales. ¿Nunca escribiría un recado amoroso para sus mujeres o sus amantes, o de cariño para sus hijos, parientes o amigos? Aquí y allá quedan breves rastros de sus afectos, pero nada de sus pasiones".

Martínez, que ha estudiado los dos grandes repositorios de los papeles cortesianos, en el Archivo General de Indias y el Archivo General de la Nación en México, piensa que en los grupos de documentos estudiados a partir del siglo XIX y que incluyen papeles sueltos, listas de aprovisionamiento de naves, contratos reales, distribución de joyas y objetos indígenas, no hay un área de escritura amorosa en el *corpus* de documentación del conquistador, simplemente por pudor. En su interpretación no piensa que se trate de un marcado narcisismo de un hombre que escribiendo, dictando, revisando sus gestiones y pleitos no pone la menor atención a esa fase de su interrelación con la mujer tanto europea como indígena. Esa participación femenina se descuenta, como la misma interpretación que lo sumerge en los sueños, la hechicería y las tácticas y costumbres nativas, a diferencia de otros hombres, como Pedro de Valdivia en el sur o Juan Jaramillo en México, que dejan documentos laudatorios sobre sus mujeres.[44] Cortés no tiene esa mirada hacia lo femenino, como en el transcurso de su narración demuestra tenerla Bernal Díaz del Castillo. Hay en él un vacío hacia esa presencia de la mujer en la historia del día a día de México.

Es importante recordar, para las cuestiones que estamos tratando, que el amor en los tiempos de conquista era una versión más o menos liberal de un contrato de beneficios para el hombre y la mujer de la época.[55] Y si cabía la pasión, esa fuerza que las mexicas buscan con sus hechizos y conjuros, esa pasión reviste otro orden del imaginario y está posiblemente mucho más cerca de todo lo que es la construcción indígena del mundo, de la vida, que el protocolo de una serie de reglas que el hombre del Renacimiento rompe para venerar: como la del mismo *status quo*. En esa primera generación de conquistadores emigrados hay un repliegue por recuperar lo que se dejó atrás en un nuevo mundo exótico. Viajar por un océano imposible para volver por ese mismo océano a reproducir un mundo cuyos objetivos no alcanzaban en un primer momento y luego colman, luego son necesarios. En una identidad trasladada, los hombres de Andalucía, Castilla o Extremadura, originaban una página histórica que eclipsaba el presente controversial de las etnias indígenas, su pluralidad, su singularidad, y al mismo tiempo, emergían de sus intentos la ficción de categorías absolutas que pudieran resolver en forma más o menos rápida la transformación de

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una sociedad indígena en una sociedad europea.

No hemos hablado de estos hombres y mujeres con frecuencia como "emigrados"; como tales, la primera fase de Colonia es un intento de recrear el modelo histórico vigente en la Europa trasatlántica, consolidado por el catolicismo que sin duda tuvo una fuerza que conmovió ese siglo. En el siglo XVI no hay un aparato conceptual gestado fuera de Dios; lo transgresivo sería reinterpretado como demoniaco. Esa idolatría que los conquistadores pretenden destruir bajo el modo de cristianizar como en Occidente, tampoco se escapa de las categorías divinas, aunque se reinterprete desde otro ángulo. De modo que al repasar las voces de aquellas mujeres que hablan y son copiadas en unos recintos del siglo de conquista —como las que aquí se verán—, es importante retener algunos conceptos mencionados en cuanto a los hábitos históricos, los problemas subyacentes a una convivencia nueva, singular, en la que el hombre elude los fenómenos propios de la feminidad y establece sus juegos de competencia —en Cortés esto sería la norma— al elucidar un nuevo modo de vida en las colonias.

El caso más concreto es el de su primera mujer y el reencuentro de ambos en México. Catalina Xuárez llegó a Nueva España en 1522. Aurora Tovar Ramírez, en su trabajo *1500 mujeres en nuestra conciencia. Catálogo biográfico de mujeres de México*, apunta un brevísimo esquema bibliográfico de la primera mujer de Cortés, llamándola: "acompañe de conquistador". José Luis Martínez en su libro *Pasajeros de Indias*, la cita como parte del flujo femenino llegado a América entre 1493 y 1600: "Cuando las grandes conquistas de México y de Perú vinieron mujeres como la María Estrada a la que se refiere Bernal Díaz, soldado y enfermera; otras viajaron en busca de su marido, como Doña Catalina Juárez Marcaida, que recuperó a Hernán Cortés con quien se había casado en Cuba".

Catalina se reincorpora después del viaje desde Cuba a una casa donde encontrará todo un tráfico de humanidades: los vencidos, los vencedores y la nueva abundancia, el lujo desmedido de Coyoacán, un año después de la Conquista. Por un lado no es difícil imaginar el deseo que tenía de unirse a su marido tras dos años de estar separados; por el otro, nuevas realidades la confrontan al querer insertarse ella como dueña y señora de la casa y al buscar la protección y la correspondencia de su afecto en Cortés. Tres meses después de llegar a Nueva España, bajo una comitiva de gran festejo que prepara su marido, Catalina instalada en México muere. Las murmuraciones y las sospechas corren por todo Coyoacán, pero solamente siete años después de su muerte, la madre de Catalina puede abrir un

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pedido de interrogatorio para corroborar que es Cortés al autor de un crimen. La madre delega en el hijo Juan Xuárez la responsabilidad de llevar a cabo una investigación que no deje dudas sobre las circunstancias de su muerte, a través de un cuestionario elaborado que recrea el escenario de las últimas horas de vida conyugal.

El propio Cortés había adjudicado al asma la pérdida de su primera esposa, pero en el ambiente pueblerino de Coyoacán, una ola de comentarios dejaba la sospecha de que no se trataba de un problema de salud, sino de un arrebato de Cortés, lo que había puesto fin a la cortísima vida que llevó en la colonia mexicana Catalina Xuárez. Ese documento del "Sumario de residencia" fechado el 4 de febrero de 1529 en México,[66] levantado por la madre y el hermano, se presenta así:

> Muy poderosos señores: María de Marcaida y Juan Xuárez, su hijo, parecemos ante Vuestra Majestad y nos querellamos de don Hernando Cortés, gobernador y capitán general que fue de esta Nueva España, y contando el caso de mi querella decimos: Que uno días y meses del año mil quinientos veintidós años, el dicho don Hernando Cortés, siendo casado y velado a ley y bendición, según manda la Santa Madre Iglesia, con doña Catalina Xuárez, hija y hermana mía y de la dicha mi madre, estando en los aposentos de Coyoacán, en las casa de su morada, estando la dicha doña Catalina Xuárez buena y sana, sin saber ni decir por qué mal o daño hubiese de recibir, y estando con el dicho marido don Hernando Cortés. Siendo el dicho Hernando Cortés obligado a la mirar y guardar, así por ser su marido como era, como por ser justicia mayor el dicho don Hernando Cortés, el sobredicho reo, por mí denunciado y querellado, con poco temor de Dios y de su rey y señor, so cuyo amparo todos vivimos, sobre hecho pensado a la dicha doña Catalina Xuárez, mi hija y hermana, sin poder llamar a nadie que la socorriese, llamando a Dios Nuestro Señor y a Santa María su Madre Nuestra Señora, le echó unas azalejas a la garganta y le apretó hasta que la ahogó y murió naturalmente.
>
> [...] Otrosí, digo yo la dicha María de Marcaida, madre legítima de la dicha doña Catalina Xuárez, que, porque yo soy mujer y vieja, y no puedo parecer así en la Audiencia Real de Vuestra Majestad, Vuestra Majestad elija al dicho mi hijo Juan Xuárez, para que pueda seguir y fenecer este pleito y causa, para lo cual su real oficio imploro. (Documentos cortesianos, 76-77)

El reclamo establecido por la española dice no puede seguir con el juicio por ser "mujer" y por ser vieja, pero además existe otro factor fundamental, que es el hecho de que la madre no sabe escribir, y como casi todas las mujeres de su clase —las emigradas que forman colonias en el Nuevo Mundo— se ve impedida de acceder a un universo de regulaciones jurídicas, precisa-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mente el universo más candente, en esa parte del mundo. Luisa Campusano encuentra que las mujeres del Renacimiento estaban replegadas de los espacios públicos, produciéndose una sexualización del saber:[77]

> debemos entender la Colonia como el tiempo en que, salvo excepciones, letrados sólo fueron los hombres, y fueron ellos los que doblegaron o tradujeron "a su discurso" toda la realidad y/o elaboración simbólica. Ellos los que pensaron y explicaron las ciudades ideales, sus mapas y diagramas en los periodos fundacionales; sus escrituras y leyes en el plano de la jerarquización social. Ellos los que realizaron, según Rama, una "capital función social desde el púlpito, la cátedra, la administración, el teatro, los plurales géneros ensayísticos. (*Mujeres latinoamericanas*, 16)

Este "saber sexualizado" hace que no haya una nota personal de la mujer asesinada y que al apagarse su vida se cierre esa historicidad, mientras que para Cortés se abre la documentación infatigable como un rastro de sus querellas políticas, de su personalidad todopoderosa, una vez que se ha establecido en Coyoacán, manteniendo un poder sin paralelo. Este mismo cuadro de circunstancias hizo que en 1529 se enviaran auditores para recoger todo tipo de reclamo e información en su contra,[88] ya que enemigos no le faltaban. De no haber sido por las envidias políticas y por sus actos arribistas, la muerte de su mujer se hubiera perdido en el murmullo pueblerino sin aportarnos documentos esenciales. Sin duda, el protocolo jurídico por mandato real propulsó a numerosos testigos cansados del manejo inescrupuloso del conquistador, a presentarse defendiendo la postura de la madre que no podía aceptar la forma cruel, expeditiva, en que se había puesto fin a la vida de su hija emigrada.

Entre los primeros testigos figura Antonio de Carvajal, incorporado al ejército de Cortés en Texcoco, donde fue uno de los capitanes de los bergantines. Su testimonio, con fecha de 18 de febrero de 1529, relata los vicios atribuidos a Cortés, con el esplendor de la derrota, el dinero y la fama que acentúan su personalidad mujeriega. Cortés, que evangeliza sistemáticamente, no tiene problemas en practicar una vida licenciosa tanto con las mujeres indígenas nobles y conquistadas, así como con las españolas llegadas en esos primeros tiempos del México colonial:

> Al primer capítulo dijo que este testigo veía quel dicho don Fernando Cortés oía misa devotamente e que por otra parte le parecía este testigo que no temía a Dios porque se ha dicho públicamente en esta Nueva España quél mató a su mujer e a Francisco Garay y e Luis Ponce, e porque así mismo se ha echado carnalmente con dos hermanas fijas de Motezuma e que han parido dél, e

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> que demás desto este testigo vido en la casa del dicho don Fernando Cortés a muchas fijas de señores desta tierra e a lo que oyó decir e se decía públicamente, todas o las más dellas eran parientas e primas e que con todas ellas se echaba carnalmente o con las más dellas e que así mismo oyó decir a lo que se acuerda, a Francisco Dorduña quel dicho don Fernando Cortés se había echado con dos mujeres de Castilla que eran madre e hija e, que por lo que dicho ha en la segunda e tercera preguntas, el dicho don Fernando Cortés no tenía respeto a la obediencia e fidelidad que debe a su Majestad. (*Documentos cortesianos*, 58)

Desde luego su primera mujer no tenía ninguna idea del escenario con que se encontraría a su llegada a México y muy poco podía imaginar de qué manera había cambiado el destino de su marido. Tras dos años de ausencia, ya que la expedición a México zarpó de Cuba el 18 de febrero de 1519, Catalina Xuárez no podía anticipar lo que serían esta nueva riqueza y este nuevo caos, así como tampoco estaba al tanto de las estrechas relaciones de su marido con Malitzin (Malinche). Una relación militar, íntima y cultural —aunque nunca romántica— que se extendería hasta 1524 cuando Cortés inicia una expedición a lo que hoy es Honduras en Centroamérica. Esa presencia que era irremplazable para sus planes tácticos estaba fuera de la vida de Catalina en tanto ella continuaba con las rutinas de la vida acomodada de la encomienda en Cuba. De hecho, su biografía personal hasta llegar a la isla, la deja ver como una mujer granadina en busca de un buen casamiento con los hombres emigrados de las colonias, impulsada por el hermano Juan Xuárez, que había llegado al Nuevo Mundo con las mismas aspiraciones de éxito económico. Es su hermano el que manda a llamar a la madre y a las hermanas a Cuba, una vez que recibe un repartimiento de indios, tras la conquista de esa isla en 1511, en la que participó con Cortés.

Las mujeres, la madre y las hijas, llegaron formando parte de las primeras españolas que se reunieron con sus compatriotas después y durante las conquistas del Nuevo Mundo. Campuzano apunta que entre 1509 y 1519, periodo de la conquista de Cuba, viajaron al Nuevo Mundo casi siempre con destino a La Española, trescientas ocho mujeres, en grupos familiares y la mayoría andaluzas.[99] El traslado de Catalina y las mujeres de su familia se produce primero a Santo Domingo con la virreina doña María de Toledo, pasando después a Cuba donde Cortés la conoce por su amistad con Juan Xuárez y comienza a cortejarla y a prometerle casamiento. Esta promesa la toma en forma muy inmadura, pues al poco tiempo, con otras mujeres en mente, se arrepiente.

Como en la Europa medieval los pactos verbales, la promesa de un

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

casamiento, por ejemplo, equivalía casi al hecho mismo de casamiento, muchas mujeres tenían relaciones antes del matrimonio mismo, y éste fue el caso de Catalina Xuárez, cuyo compromiso con Cortés era mucho más que algo personal, era una cuestión de "honor" en la comunidad mínima de mujeres españolas emigradas al Caribe. El retirar esa promesa era una afrenta, y la intervención de Diego Velázquez, gobernador de la isla, le impone a Cortés la tarea de rectificarse, esperando que ese casamiento fuese celebrado. Cortés obedece las órdenes y lo hace padrino de su boda, en un intento de mejorar sus relaciones políticas. Alfonso Toro, en su brillante análisis sobre este periodo de la vida del conquistador, opina que Cortés "contrae más matrimonio con doña Catalina, como luego diremos, no por amor, sino para reconciliarse con Velázquez, evitarse persecuciones y alcanzar su favor".

Como en otras ocasiones su personalidad práctica triunfará sobre los objetivos románticos, y así vemos cómo este casamiento oscurecido por la historia y poco recreado en su dimensión real, es el que le permite escalar posiciones para llegar a liderar la expedición a México. Catalina, por su lado, también tenía aspiraciones de progreso, que se vieron colmadas con la encomienda que manejaba en Cuba, ya que los conquistadores siempre obtenían ventajas económico-sociales, y posiblemente enfrentó la noticia de la expedición de México con la convicción de que Cortés tenía una ambición irrefrenable y que ambos seguirían ascendiendo en la escala social de las nuevas colonias. El matrimonio de los dos, en esos primeros tiempos, parecía feliz; la joven se había adaptado al marido impetuoso. Las cosas en el plano doméstico marchaban bien, o por lo menos eso le deja saber Cortés a Bartolomé de las Casas, comentándole: "estaba tan contento con doña Catalina como si fuera la hija de una duquesa".[1010] Esta tranquilidad se ve interrumpida por los preparativos para partir al sur de México. Bernal Díaz comenta en el capítulo XX de su *Historia verdadera de las cosas de la Nueva España*[1111] ese momento en que se le entrega la flota a Cortés:

> Y fue de esta manera: que concertasen estos privados de Diego Velázquez que le hiciesen dar a Hernando Cortés la capitanía general de toda la armada, y que partirían entre todos tres la ganancia del oro y plata y joyas de la parte que le cupiese a Cortés, porque secretamente Diego Velázquez enviaba a rescatar y no a poblar, según después pareció por las instrucciones que de ello dio, y aunque publicaba y pregonó que enviaba a poblar. Pues hecho este concierto, tienen tales modos Duero y el contador con Diego Velázquez y le dicen tan buenas y melosas palabras, loando mucho a Cortés, que es persona en quien cabe el cargo

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> de ser capitán, porque además de muy esforzado, sabrá mandar y ser temido, y que le sería muy fiel en todo lo que le encomendase, así en lo de la armada como en lo demás, y además de esto era su ahijado, y fue su padrino cuando Cortés se veló con la dona Catalina Suárez. (Cap. XIX, 82)

El comienzo de la nueva aventura en la vida de Cortés tendría efectos innegables en el destino de Catalina Xuárez, como lo veremos más adelante, pues despide al marido sin la certeza de cuándo o en qué condiciones se desarrollaría su vida futura de pareja. No es, por otro lado, ilógico pensar que las mujeres de los conquistadores estaban acostumbradas a las condiciones inestables de esos tiempos. Desde el Caribe había todavía un continente pleno para explorar y la ambición que los había hecho salir de España en primera instancia, continuaba intacta. Desde el momento en que cargan las naves con el favor político de Velázquez, hasta la caída de Tenochtitlan, se abre una historia a menudo demasiado canonizada para analizar muchos aspectos y reveses de esa campaña militar. La intrepidez de Cortés y su disposición absoluta hasta llegar a Moctezuma, registran una intensidad que difícilmente imaginara Catalina, así como tampoco pudo controlar la enemistad surgida con el gobernador de Cuba, al desobedecer sus órdenes. Por esto mismo: distancia y tensión política, una vez conocida la noticia del sometimiento mexica, Catalina no ve otro interés en permanecer en la isla de Cuba, y a mediados de 1522 se embarca con su hermano Juan, otra hermana y una comitiva femenina en una nave que atravesando el río Ayahualulco la reuniría con su marido.

Varios compañeros de Cortés la escoltan a su llegada, aunque estaban al tanto de que éste, al enterarse de la noticia no sentía la misma felicidad de encontrarse con su mujer legítima. De todas maneras, en ese momento Cortés ya ha asumido un protocolo de grandeza que permite ofrecerle banquetes y juegos de caña por varios días como aparentes muestras de contento ante la llegada inesperada y como si se pudiera reanudar esa vida común que tenían en la isla de Cuba. Bernal Díaz en el capítulo CLX de su *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España* precisa así el momento en que se entera a través de cartas llegadas a Sandoval de la llegada de la primera mujer de Cortés: "Había entrado un navío en el río de Ayagualulco, ques puerto, aunque no bueno, que estaba de allí quince leguas, y en él venían de la isla de Cuba la señora Catalina Juárez la Marcaida, que ansí tenía el sobrenombre, mujer que fue de Cortés, y la tría su hermano Juan Juárez, el vecino que fue el tiempo andando de Méjico, y venía otra señora, su hermana, y Villegas el de

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Méjico, y su mujer la Zambrana, y sus hijos, y aún la agüela, y otras muchas señoras casadas".

La llegada se celebra con una comitiva en cada pueblo que iban atravesando hasta alcanzar la ciudad de México. Mujeres y fiestas, parecen ser el nuevo modo de recrear su tiempo libre. En el hiato de dos años fundamentales para su desarrollo político, Cortés había conocido a la Malinche, y a las demás mujeres indígenas nobles que de acuerdo al testimonio de Antonio de Carvajal, le permitían al conquistador acceder a todos los placeres que quisiera. Placeres que Cortés nunca había dejado de considerar necesarios, dado su inclinación a la grandeza y la pomposidad. Recibir a su mujer, no era pues una circunstancia que le alegrara. Páginas después Bernal Díaz retoma la llegada de la mujer de Cuba al epicentro de la Nueva España en medio de una gestión política constante por el clima caótico de la posguerra: "y en aquel instante había llegado a Méjico Gonzalo de Sandoval con la señora doña Catalina Juárez la Marcaida, y con el Joan Juárez y todas sus compañas, como ya otra vez dicho tengo en el capítulo que de ello habla, acordó Cortés de le enviar por capitán para apaciguar aquellas provincias, y con muy pocos de a caballo que entonces le dio, obra de quince ballesteros y escopeteros, conquistadores viejos, fue a Calimar y castigó dos caciques" (Cap. CLX).

Durante los dos intensísimos años de campaña militar había sido una característica común a los pueblos indígenas que visitaba le ofrecieran como regalo a mujeres indias de la nobleza indiana, que terminaban entregadas a los diferentes jefes de la expedición, con el objetivo de tener descendencia que pudiera hermanarlos. Los regalos de mujeres se repetían en cada pueblo con el que negociaban, en parte por gentileza de los caciques y en parte como una manera de evitar la agresividad guerrera de los españoles hacia estas poblaciones. Es de esta manera que Cortés se encuentra con Malinche en Tabasco, siendo ella una de la veinte mujeres regaladas. Hacia el final de la Conquista, esta misma práctica mesoamericana se reconfirma cuando Moctezuma le ofrece una hija como señal de la estima entre los dos. Bernal Díaz describe ese pasaje en el capítulo CVII, cuando un día Moctezuma le dice: "Mira, Malinche, que tanto os amo, que os quiero dar a una hija mía muy hermosa para que os caséis con ella y que la tengáis por vuestra legítima mujer." Y Cortés le quitó la gorra por la merced, y dijo que era gran merced la que le hacía, mas que era casado y tenía mujer, y que entre nosotros no podemos tener más de una mujer, y que él la tendría en aquel grado que hija de tan gran señor merece, y que primero quiere que se vuelva cristiana, como son otras señoras, hijas de señores".

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Es la primera vez en voz de Cortés que refiere al casamiento en Cuba, además de resaltar que como mujer legítima sólo puede tener una al ser cristiano. Isabel Moctezuma ofrecida por el padre como el más alto presente, es aceptada y rechazada momentáneamente, porque estando instalado en la casa de Coyoacán, como dueño y señor de incontables posesiones, siente que Isabel también es suya. Al decir de Muriel,[1212] "cuando la tuvo en la casa claudicó ante la juvenil belleza, tal vez tenía 16 años, y tuvo relaciones con ella, de las que resultó una hija: doña Leonora Cortés Moctezuma a quien legitimó y dotó con 10,000 ducados en su testamento" (Muriel, 51).

También estaba la Malinche, cuando Bernal Díaz cita el ofrecimiento a Cortés. Lo llama "Malinche", que es como desde el capítulo LXXIV, comienza Bernal a nombrar a Cortés, a partir de que siempre estaba con su intérprete, cuya compañía física e ideológica le permitía ir persuadiendo a los diferentes pueblos, aprovechar una oportunidad táctica o conseguir regalos sucesivos de oro y mantas de plumas y mantenimientos y mujeres. Catalina no le había proporcionado ninguna de las cosas que Cortés admiraba en la Malinche —y por la cual la hiciera su compañera inseparable—, no podía seducirlo a través del poder que la indígena le proveía y no tenía hijos con él. En transcurso de dos años, Hernán Cortés había también asistido al nacimiento de un hijo varón que lo llenaría de orgullo: "Don Martín Cortés el bastardo, debía de tener por la época de la llegada de Catalina (agosto de 1522) a lo más un año de edad; pues aún cuando nos ha sido imposible averiguar con exactitud la época de su nacimiento, debe tenerse en consideración que las relaciones de don Hernando con doña Marina comenzaron en julio de 1519, al marchar Portocarrero para España; y que en 1523, cuando se casó Marina con Xaramillo, ya era nacido Martín", según escribe Toro.

Con sede en Coyoacán, puesto que la ciudad de México había quedado en un deplorable estado sanitario, Hernán Cortés se instala en una casona que ha hecho construir y donde no faltan todos los lujos inherentes a su nuevo estado social. Es precisamente allí y en uno de esos acontecimientos sociales constantes en la casa de Cortés, que tres meses después de llegada a Nueva España se desarrolla el drama en donde Catalina Xuárez muere. En la declaración que hiciera Isidro Moreno en el proceso judicial contra Cortés, refiere lo que había pasado esa noche.

"La Marcaida" había dicho a uno de los soldados de su marido, Solís: "Vos Solís, no queréis sino ocupar a mis indios en otras cosas de las que yo les mando, y no se face lo que yo quiero." A lo que el capitán respondió: "Yo señora no los ocu-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

po, allí está vuestra merced que los manda y ocupa." Entonces Catalina replicó: "yo os prometo que antes de muchos días, haré de manera que nadie tenga que entender en lo mío". Entonces Cortés le responde: "¿Con lo vuestro señora? ¡Yo no quiero nada de lo vuestro!", por lo que la humillaba públicamente implicando su origen humilde. La mujer se retiró angustiada del banquete, con lágrimas y sollozos y fue derecho al oratorio.

Lo que sabemos de la vida marital que llevaban Cortés y Catalina desde su nuevo encuentro posterior a la caída de Tenochtitlan aparece documentado a través de la camarera, Ana Rodríguez, una testigo que presenta el hermano de Catalina para ser interrogada sobre esa noche en Coyoacán. En su declaración ella deja ver la infelicidad que tenía Catalina apenas llegada a esa nueva vida de colonia mexicana. El primero de marzo de 1529 la testigo declara que Catalina está sana y feliz, pero esa noche antes de ir a la cama entra en el oratorio para rezar:

> e que la noche, cuando se quiso ir acostar, entró a facer oración a un oratorio que tenía en la dicha casa e cuando salió la vido salir este testigo demudada de la color y este testigo le preguntó que qué había y ella le dijo que la llevase Dios deste mundo e que este testigo le oyó rogar a Dios estando en el dicho oratorio que la llevase deste mundo. Preguntando si sabe la cabsa porque la dicha doña Catalina rogaba aquello a Dios e tenía aquel descontento, habiendo tan poco tiempo como había que era venida en estas partes e tantos días así mismo que estaba ausente de su marido en la isla de Cuba donde la dejó, mayormente habiendo seido maltratada de la justicia que a la sazón era en la dicha isla de Cuba, e al tiempo que decía esto, la dicha doña Catalina estaba con su marido e en prosperidad, dijo que cree este testigo que a lo que la dicha doña Catalina Xuárez daba a conocer era celosa de su marido e que cree que por eso tenía algún descontento porque el dicho don Fernando festejaba damas e mujeres que estaban en todas partes.

Por este testimonio anticipamos la contrariedad que habrá representado para Catalina el reencuentro, no sólo por la magnitud de esta victoria militar sino por toda esta situación femenina creada en su ausencia. El tributo de la mujer indígena a través de su sexualidad, si bien no era desconocido en la isla de Cuba, revestía un carácter menos caótico y prolífico que el que su marido estaba acostumbrado a llevar, sintiéndose el ejecutor de una página de gloria sin precedentes para España, tras haber conquistado México. La ideología patriarcal de los seguidores y amigos directos de Cortés tampoco le proporcionaba un espacio —como lo demuestra su diálogo con Solís— y es en ese cruce de "intermedios" que su persona debe

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

negociar un espacio prácticamente imposible al no tener una función política, o "cosmética", como dama y señora de la casa. Tras los llantos y rezos en el oratorio, Catalina se dirige a su recámara, donde se acuesta. Pasado poco tiempo se une a ella Cortés, quien ha dejado el banquete y se queda solo con su esposa. Un poco después, según testimonios de las mujeres de la casa, reciben el llamado de Cortés pidiéndoles que enciendan la luz, que Catalina ha muerto en sus brazos. ■ Volver al Índice >>

C Á T E D R A

¿Puede hablarse de una filosofía del derecho?

Modesto Saavedra López

El autor es catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de Granada, España y doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Camagüey de Cuba. Con este texto inicia una serie de comentarios relativos a la filosofía del derecho, los cuales serán publicados en cada edición de *IUS*.

El objeto de la filosofía del derecho es el derecho en su conjunto y todo lo que tiene que ver con él, fijándose sobre todo en sus aspectos más genéricos y más profundos. Comparte con las ciencias jurídicas, formalmente, el mismo objeto, pero el foco de su percepción no es el mismo, por lo que la realidad aprehendida por la filosofía del derecho no es idéntica a la realidad de las ciencias jurídicas. Digamos que la filosofía del derecho no versa sobre una realidad objetivada, existente en el espacio y en el tiempo, sino más bien sobre una realidad abstracta o ideal.

Las ciencias jurídicas, en cambio, se ocupan de cosas, por decirlo así, más tangibles y concretas. El objeto de las ciencias jurídicas está enmarcado por el derecho en vigor, o sea, por el derecho realmente existente, mientras que el objeto de la filosofía del derecho trasciende el derecho en vigor a la búsqueda de una aclaración o explicación de su sentido último, y por tanto, del sentido del derecho como tal. Dicho de otra manera, la porción del mundo propio de las ciencias jurídicas, el sector de la experiencia que ellas acotan y analizan, y respecto del cual han de ser contrastadas para confirmar su valor epistemológico, es el derecho positivo. La filosofía del derecho no se reduce a analizar ese objeto, sino que amplía su reflexión para abordar muchos datos que no están contenidos, o no están plenamente contenidos, en el derecho positivo.

Hay distintas ciencias jurídicas, o distintas formas de cultivar la ciencia del derecho, según cuáles sean los aspectos del derecho positivo que al investigador le inte-

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

resa estudiar. Vamos a tomar como modelo de ciencia jurídica, como la ciencia jurídica más importante y fundamental, la que estudia el derecho en relación con su aplicación práctica. Ésta es la ciencia de los juristas, y es la que se practica y se transmite predominantemente en las facultades de derecho, que son los centros de formación de los profesionales del derecho. ¿Qué es lo que interesa estudiar a esta ciencia? Algo que puede ser enunciado de manera muy simple: el contenido prescriptivo del derecho en vigor dentro de un Estado, es decir, dentro del Estado en el que el jurista realiza su trabajo. Este interés está determinado por su función social, que es la aplicación de las normas a la conducta de los ciudadanos para resolver qué derechos y deberes les corresponden, qué facultades y qué responsabilidades. En este tipo de ciencia jurídica hay una división del trabajo, determinada por la parcelación del ordenamiento jurídico en distintos sectores más o menos homogéneos: derecho civil, mercantil, penal, administrativo, procesal, etcétera.

Sin embargo, por muy bien que realicen esa tarea de estudio e investigación del contenido de las normas jurídicas que componen el derecho en vigor, hay algo que escapa a su atención, y ese algo es lo que forma el objeto de la filosofía del derecho. Aquélla debe proporcionar al jurista una información que la ciencia jurídica no puede proporcionarle. La ciencia jurídica asume el derecho como un objeto dado, "puesto" en cierto sentido ante los ojos del investigador. La filosofía del derecho, en cambio, se ocupa de lo que hay "presupuesto" en ese objeto. Se ocupa de lo que la ciencia jurídica presupone, de los fundamentos, es decir de los presupuestos fundamentadores de la labor y de los temas de las disciplinas jurídicas particulares. Tales presupuestos teóricos (o filosóficos) se refieren al *concepto* del derecho, a su *legitimación*, y a su *conocimiento*.

1) En efecto, las ciencias jurídicas particulares, las disciplinas jurídicas, dan por supuesto un concepto del derecho. Ellas intentan estudiar el derecho en vigor, pero el sentido mismo del derecho es algo que se les escapa. Como también se les escapa el significado último de la expresión "derecho en vigor". ¿Cómo se puede definir formalmente el derecho? ¿Qué criterios determinan el derecho válido? ¿Cuál es la estructura lógica del sistema jurídico y de los elementos normativos que lo componen? Éstas son preguntas que ilustran la problemática sobre la que versa la filosofía del derecho. Y, como éstas, también otras que pueden conectarse con ellas, y que amplían indefinidamente el ámbito de reflexión de la filosofía del derecho. Así, por ejemplo: ¿cuáles son los fines del derecho, sus funciones

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y sus efectos?, ¿qué relación tiene el derecho con otras estructuras y prácticas sociales? Es el concepto del derecho mismo lo que cuestiona, en este sentido, la filosofía del derecho, buscando una concepción que lo dote de significado como fenómeno social.

2) Las disciplinas jurídicas estudian el derecho en vigor con la intención de conocer el contenido de sus preceptos. Pero tampoco la práctica de conocimiento jurídico es simple. Hay preguntas teóricas y metodológicas que versan sobre esa práctica y que obligan a reflexionar sobre sus posibilidades y sus límites, sobre sus métodos y garantías. Preguntas que forman parte de una *teoría de la ciencia jurídica*, y que se ocupan del saber jurídico, así como de la interpretación y aplicación del derecho por los tribunales de justicia.

3) Las disciplinas jurídicas, si cumplen bien su labor, también incluirán argumentos valorativos en torno a las normas e instituciones que estudian, enjuiciándolas desde un punto de vista moral y político. Pero el tema de la valoración como tal es objeto de la filosofía del derecho. En este campo también hay preguntas fundamentales, que pertenecen a una *teoría de la justicia*, y que tratan de mostrar la necesidad, las posibilidades y los límites intelectuales de la valoración del derecho, de los ideales que deben inspirar la labor del legislador, o de la actitud que se debe adoptar ante la ley (acatamiento, disentimiento, desobediencia...).

Así pues, la filosofía del derecho se divide en una teoría del derecho, u ontología jurídica (que se ocupa del concepto del derecho), en una teoría de la ciencia jurídica, o epistemología jurídica (que se ocupa del conocimiento del derecho), y en una teoría de la justicia, o deontología jurídica (que se ocupa de la legitimación del derecho). Un profesional del derecho que no posea un bagaje de este tipo viene a ser, como afirmaba Kant de una teoría del derecho meramente empírica, una cabeza que no tiene cerebro.

Está claro que, abordada la filosofía del derecho en el marco de una facultad y de unos estudios de derecho, su proximidad a la práctica jurídica y a los intereses profesionales de los juristas debe ser mantenida con especial ahínco. Y es que la filosofía del derecho corre el riesgo de alejarse de los intereses de la práctica jurídica profesional, que es el futuro inmediato de los alumnos que afrontan su estudio, y elevarse a las alturas de unos debates que poco o muy indirectamente tienen que ver con el derecho real, con el derecho con el que los alumnos de la facultad van a tener que operar cotidianamente en su vida profesional. La filosofía del derecho corre el riesgo, en definitiva, de ser más filosófica que jurídica, y quedar limitada a ser un complemento

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de carácter cultural en la formación del jurista, un adorno del que se podría prescindir en realidad porque nada aporta al conocimiento del derecho y de las normas.

La filosofía del derecho, entonces, contribuye a orientar la labor del jurista. La actitud que debe adoptar el jurista ante el derecho no es simplemente la actitud de un experto interesado únicamente en el manejo de una técnica ya dada, de una herramienta suministrada por el legislador. Además del funcionamiento de esa herramienta, el jurista, o al menos algunos juristas, tienen que conocer también cuáles son sus virtualidades, cuáles son sus efectos y sus posibilidades. El jurista debe poder apreciar qué hace el derecho realmente en su funcionamiento y, en su caso, cómo podría construirse el derecho para que funcione mejor. El jurista, él mismo o de manera vicaria, debe adoptar ante el derecho una posición no simplemente profesional, si por profesión entendemos el ejercicio experto, aséptico y neutral, de un trabajo socialmente necesario, sino algo más que eso.

Por consiguiente, el derecho debe ser estudiado en toda su amplitud, con todas las implicaciones derivadas de la necesidad de dominarlo como profesional y criticarlo como ciudadano. La filosofía del derecho proporciona ideas y conceptos que son imprescindibles para lograr ese fin. Si el jurista, en esa posición vicaria de ciudadano experto en las leyes, quiere conocer el derecho en vigor, la filosofía jurídica le dice dónde encontrarlo, qué puede conocer de él y con qué métodos. Si quiere saber cuál es su razón de ser o su función en la vida humana y social, le proporciona las claves que permiten explicarlo. Y si quiere enjuiciarlo y valorarlo desde un punto de vista político y moral, le indica a qué fines debe responder, qué tipo de argumentos lo justifican, qué calidad poseen tales argumentos (si son meramente retóricos o son lógicos y racionales) y qué fuerza de obligar tienen las decisiones del poder.

Lo que rige la selección de esos aspectos, y por tanto la construcción intelectual de los distintos planteamientos, es la posición y la perspectiva del teórico, condicionados histórica y socialmente. La mirada del observador está condicionada por la comunidad a la que pertenece, en primer lugar, y ésta está configurada por unas tradiciones culturales y también por unos rasgos institucionales. No en vano la filosofía del derecho es, en todos los países, una actividad predominantemente académica. En segundo lugar, la mirada del observador está condicionada además por sus propios prejuicios y valores. Hay en la filosofía del derecho, por tanto, una dosis de subjetividad muy grande que no puede ser corregida por la experiencia, sino que es más bien abonada por ella. Debido al carácter

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vivencial de las experiencias de que trata, no hay una piedra de toque empírica para resolver el conflicto entre los distintos planteamientos y teorías.

A pesar de los intentos que se han hecho a lo largo del pasado siglo sobre la delimitación conceptual entre teoría y filosofía del derecho, no se ha llegado a resultados definitivos y asumidos por todos los autores implicados, aunque el empleo de la denominación "teoría general del derecho" denota en muchos casos un intento de permanecer fieles a las exigencias del método científico.

El empleo efectivo de las expresiones "filosofía del derecho" y "teoría del derecho" no corresponde a la distinción que el positivismo jurídico ha intentado trazar. Como dice Michel Troper: "en la práctica, resulta imposible establecer una correlación entre el título de una obra y la lista de las cuestiones que aborda, el nivel de abstracción en que se sitúa, el método que emplea o la corriente doctrinal a la que pertenece. Las más de las veces, 'Teoría General del Derecho' posee una connotación positivista, pero puede ocurrir que una obra con dicho título sea principalmente especulativa y que tenga por autor a un iusnaturalista; mientras que otra, a la inversa, aunque redactada por un positivista, lleve el título de 'Filosofía del Derecho'".

Reservar la denominación de teoría del derecho para una filosofía positivista del derecho, o para el tipo de reflexión y análisis que sigue las pautas de la lógica formal y del análisis lingüístico es algo bastante confuso y arbitrario. Como si hablar de aquello que trasciende el ámbito marcado por la normas del derecho positivo (el ámbito marcado por el contenido y por la estructura formal de las normas) careciese del valor de la racionalidad y no mereciese más que el desprestigiado nombre de la filosofía, campo de enfrentamiento de opciones morales y políticas adornadas con el ropaje de la retórica.

La filosofía del derecho no es una especulación arbitraria, sino que procede teniendo en cuenta la lógica y la experiencia. Elabora sus conceptos para ordenar racionalmente la experiencia: la experiencia de lo legal tanto como la experiencia de lo justo, la experiencia de lo moral tanto como la experiencia de lo social y de lo político. Reflexionar teóricamente sobre el derecho significa reflexionar no solamente sobre los aspectos legales del derecho, sino también sobre sus aspectos morales, sociales y políticos.

Así pues, la filosofía del derecho es capaz de construir una concepción antiformalista del derecho sin perjuicio de su calidad teórica, incluyendo en esa concepción lo que hemos denominado antes una ontología, una epistemología, y una axiología jurídica. Su calidad teórica significa la calidad de su

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

carácter contemplativo de la realidad. La filosofía no se pregunta qué es o cómo es el derecho, sino cómo debe ser el derecho. Si todo consistiese en deducir postulados a partir de axiomas evidentes, como creía el iusnaturalismo racionalista de la Modernidad, no habría problema. Pero es honda y persistente la objeción de que los principios y valores morales, entre los que se encuentran los principios del derecho justo, no son algo susceptible de conocimiento, sino algo por lo que se decide la voluntad. Y la voluntad, cuando decide, no parte de razones, al menos en última instancia, sino de inclinaciones motivadas por el sentimiento, el carácter o los afectos y las pasiones. Las palabras del discurso moral no serían razonamientos, sino que tendrían el sentido de argumentos para mover la voluntad, de argumentos destinados a persuadir o a convencer, no de la verdad u objetividad de tal discurso, sino de su adecuación al servicio de determinados fines, intereses o valores, y de la conveniencia de adoptarlos o dejarse llevar por ellos. ■

Volver al Índice >>

DR © 2007. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
https://revistaius.com/index.php/ius/issue/archive