

# El Derecho Civil y los derechos fundamentales de la persona

Matías Eduardo Pérez García

Vamos a tratar de explicar muy brevemente las interacciones que hay entre este nuevo objeto de estudio que son los derechos fundamentales del hombre, y el derecho civil.<sup>1</sup> El tema me vino a la mente en ocasión del homenaje a un auténtico e ilustre humanista, mi maestro Jorge Mario Magallón Ibarra. Se ha derramado mucha tinta en la materia de derechos fundamentales sin hacer alusión ni siquiera remotamente, al derecho civil. Los filósofos políticos, los constitucionalistas y los internacionalistas, hacen enormes estudios sobre los derechos fundamentales sin dar cuenta del enorme papel que juega el derecho civil. En realidad el derecho civil regula en su ámbito muchos de esos derechos fundamentales y a su vez, los nuevos desarrollos y tendencias en materia de derechos fundamentales, influyen y modifican al derecho civil. Esto es, hay una interacción recíproca. Mientras el derecho civil juega un papel de vehículo o recipiente de esos derechos y a su vez de técnica que acota y regula su aplicación, recíprocamente, el influjo de los derechos fundamentales modifica el derecho civil.

Antes de explicar estas interacciones quiero intentar definir qué son los derechos fundamentales. Los límites de espacio no me permiten explicar con el rigor metodológico que debiera, el porqué decidí tomar esta definición ni cómo llegué a ella, siendo tan difícil definir estos derechos. Por los imperativos de extensión, seré muy arbitrario:

Es el conjunto de derechos imprescindibles para llevar a cabo un plan de vida satisfactorio para cada individuo y que se consagran en una disposición de derecho fundamental, es decir, en la constitución.<sup>2</sup> Habiendo co-

---

<sup>1</sup> Es en relación con el derecho civil, que el estudio de los derechos fundamentales es “nuevo”.

<sup>2</sup> CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, 2ª ed., México, 2006, pp. 4 y ss. Ver también en general FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2ª ed, Madrid, 2005. Cfr. CHOMSKY, NOAM y MICHEL FOUCAULT en conferencia debate visible en: [http://www.youtube.com/watch?v=WveI\\_vgmPz8](http://www.youtube.com/watch?v=WveI_vgmPz8) sobre los ejes fundamentales para definir los derechos fundamentales para lograr una sociedad que respete la “naturaleza humana”.

metido esta arbitrariedad<sup>3</sup> de definición, entro al estudio de las relaciones entre el derecho civil y los derechos fundamentales.<sup>4</sup>

Hay dos series de problemas que hay que distinguir: Una primera serie de problemas de orden estructural de la que me ocuparé en una primera parte, y una segunda de orden substancial, que trataré en un segundo momento.

<sup>3</sup> Precisamente en el debate a que se refiere la nota anterior, Michel Foucault da cuenta de esta arbitrariedad insuperable en la elaboración del catálogo de derechos cuyo respeto por el Estado desemboca en una "sociedad ideal".

<sup>4</sup> No sin antes abusar del recurso de las notas al pie para hacer algunas precisiones a título personal sobre el lugar de los derechos fundamentales en el sistema del derecho. Para empezar la expresión de derechos fundamentales nos hace preguntarnos si en realidad no constituye el nuevo nombre de una realidad vieja o si realmente refleja la formación de un nuevo objeto jurídico. La pregunta cabe por lo siguiente. Si bien, no cabe duda que la noción es parte del derecho positivo mexicano, pues no sólo la Constitución la consagra (arts. 18 párrafo 4º y 20 inciso A fracción IX) sino que las leyes secundarias y la jurisprudencia también, dicha consagración es sin embargo muy reciente. Y de ahí el cuestionamiento: ¿se trata de un nuevo nombre más concienzudo para las garantías constitucionales, o realmente de un objeto jurídico nuevo e independiente? ¿no se tratará de un sinónimo de garantías constitucionales que tienda más a explicar su valor intrínseco que su jerarquía normativa formal? Hasta ahora, la doctrina, para atribuirle positividad —e importancia jurídica— a los derechos fundamentales, recurre al derecho constitucional; a las garantías individuales y sociales. La línea que diferencia el derecho fundamental y la garantía constitucional se nos antoja sin embargo fluida y borrosa aún, a menos que queramos adoptar una concepción extremadamente positivista que identifique los derechos fundamentales con las garantías constitucionales y prive a aquellos de razón de ser como objeto independiente. Nótese que el problema es que los juristas nos hemos preocupado más por el régimen de los derechos fundamentales, que por su definición. Para definirlos hay que encontrar su común denominador en primer lugar, y en segundo lugar para que dicho ejercicio valga la pena hay que descubrir si ese común denominador no se identifica plenamente con el de las garantías constitucionales. Pareciera que lo trascendente de la noción es el carácter de importante que tienen todos esos derechos para quien utiliza la expresión abstracción hecha de su jerarquía formal. Pero las libertades de tránsito, de expresión y de asociación, la seguridad, la presunción de inocencia, el derecho de audiencia, y otros importantes, pueden constituir listas que no sólo serán incompletas, aproximativas o desordenadas, sino viciadas en la medida en que no indican cual es el principio de su constitución. Esta indefinición no anula sin embargo la realidad de su existencia como objeto humano, o al menos como objeto de preocupación de los humanistas. Una concepción demasiado positivista daría como resultado, no sólo privar de sentido la expresión como noción independiente de las garantías constitucionales, sino el negar al derecho fundamental la posibilidad de imponerse, por su fundamentalidad, a pesar de los obstáculos formales que la jerarquía de normas puede oponer. Al contrario, una definición demasiado apartada del positivismo, nos lleva no solo a un subjetivismo riesgoso en especial en el terreno judicial, sino al riesgo mayor de desbaratar la jerarquía de normas, y sin exagerar, por consecuencia, la constitución misma. Finalmente, la fundamentalidad de esos derechos, ¿no implica acaso su jerarquización?, y esa jerarquización, si se pretende sería, ¿no implica acaso una cierta formalidad eficaz, es decir, positiva? Esta es la dificultad que implican los derechos fundamentales, y la razón por la cual finalmente tengo que emplear un concepto de entre muchos posibles, de manera arbitraria.

## 1. LA DIMENSIÓN ESTRUCTURAL DEL PROBLEMA

La estructura del derecho civil en una federación tan peculiar como la mexicana (32 códigos civiles estatales y 1 federal) es muy problemática para la cuestión de los derechos fundamentales dada la distribución de competencias legislativas planteada por la constitución.<sup>5</sup> ¿Qué tiene que ver esto con los derechos fundamentales? Potencialmente, mucho. Si bien, en su esencia los códigos estatales son casi idénticos, existe siempre el riesgo de que los estados comiencen a diferir cada vez más en materias que tienen que ver con los derechos fundamentales de la persona. Y este riesgo está concretándose poco a poco recientemente, por ejemplo, con algunas de las recientes reformas civiles en el DF. El hecho de que un estado tenga evoluciones en materia civil, que toquen los derechos fundamentales, puede ser, en sí mismo un atentado al derecho fundamental de igualdad. Me dirán los constitucionalistas que justamente de eso se trata una federación; que no conozco la historia constitucional de México, y que no se pueden unificar de tajo las costumbres y “tradiciones” de los estados. Este argumento es insostenible por dos razones. La primera es que tal diferencia de “tradiciones” no se ha reflejado en las legislaciones civiles locales. La segunda es que si lo que se quiere con esta competencia legislativa local en materia civil es que cada estado pueda libremente decidir sobre sus reglas de convivencia civil porque cada estado tiene sus propias tradiciones, esas diferencias de tradiciones sólo se manifiestan por el momento en relación con las diferentes etnias y pueblos indígenas, cuya distribución geográfica nada tiene que ver con el trazo de las fronteras entre los estados. Por más descabellado que parezca, el art. 2 apartado A fracción I de la Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y en consecuencia a su autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización social.<sup>6</sup> ¿Y qué es el derecho civil si no la forma interna de convivencia y organización social?<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Art. 124 en relación con el 73 *a contrario sensu* y 122 inciso C, base primera, fracción V, inciso *h*) de la Constitución.

<sup>6</sup> Esta es una de las reformas mas importantes en la historia reciente de la constitución. Es algo que la Revolución Mexicana no logró pese a que los derechos de los pueblos indígenas ya eran una de las principales banderas de los revolucionarios del sur. Privarla de contenido sería, de nueva cuenta, cometer el nefasto, retrógrado y cruel error histórico de ignorar a los pueblos indígenas y sus especificidades. Es necesario darle un contenido a esta reforma y admitir que en las “formas internas de convivencia y organización social” se comprende también el derecho civil.

<sup>7</sup> Las dificultades que implica la construcción de una definición completa y correcta del derecho civil y los muy diversos enfoques doctrinales sobre esa definición, no son un obstáculo para encuadrar la expresión “formas internas de convivencia y organización social” dentro del derecho civil, ya que dichas dificultades consisten en delimitar el derecho civil frente a otras materias como el derecho comercial, el derecho urbanístico, el derecho agrario, y no el derecho indígena, dentro del cual encontramos necesariamente al derecho civil; el derecho ci-

¿Cómo se explica el origen de tan complejo problema? Basta echar un vistazo a nuestra historia política del s. XIX que precedió a nuestra constitución. Después de que los federalistas triunfaron sobre los centralistas, lo que se hizo fue calcar el modelo federal americano de manera completamente artificial en México. El resultado fue que somos el único país del mundo románico con tantos Códigos Civiles como Estados. No estoy en contra de la federación, simplemente digo que, por lo que se refiere a la competencia legislativa en materia civil, hubiésemos podido importar el modelo federal alemán, o suizo, como lo hicieron todas las demás federaciones del mundo.<sup>8</sup>

El riesgo está latente en la medida en que se deja abierta la posibilidad de que un estado evolucione cambiando radicalmente las instituciones de derecho civil que tienen que ver con los derechos fundamentales, porque se origina una desigualdad de prerrogativas civiles entre los individuos de diferentes estados, que implica ya de entrada una grave violación al derecho fundamental de igualdad.

Ante tal situación, la Suprema Corte, normalmente establece ciertos parámetros constitucionales mínimos en materia de ciertos derechos. Parámetros bajo los cuales, ninguna legislación estatal civil ni acto de autoridad pueden ubicarse. A simple vista el problema quedaría resuelto.<sup>9</sup> Pero ello

---

vil indígena. Si el texto constitucional, por "...formas internas de convivencia y organización social..." entiende, entre muchas otras, las cuestiones relativas al matrimonio, su disolución y la separación de las parejas, las obligaciones de los padres para con sus hijos, las dotes, las herencias, la propiedad y sus formas de transmisión, los contratos, la responsabilidad de quien obra ilícitamente de reparar el daño, etc., luego entonces estamos hablando de derecho civil. A mayor abundamiento, ante las dificultades de la definición del derecho civil, una corriente doctrinaria muy pragmática ha concluido, dejando poco margen a la crítica, que el derecho civil es el conjunto de normas que regulan las materias de la vida cotidiana de la persona, listadas en los libros del Código Civil.

<sup>8</sup> Que siendo federaciones históricamente más auténticas que la federación mexicana, porque realmente eran estados o incluso naciones diferentes, preexistentes a la constitución auténticamente como entidades sociológicas y políticas independientes y autónomas, que se unieron en un pacto constitucional, cedieron su autonomía legislativa en ciertas materias como la civil, en razón de una cierta comunidad de costumbres derivada a su vez de una comunidad histórico-regional cronológicamente más remota. En México, la importación o, me atrevo a decir, la calca, del modelo federal americano fue hasta cierto punto artificial. Varios de los estados no existían como tales, ni como colonias ni como provincias ni como comunidades con cohesión nacional, como fue el caso, por ejemplo, de las trece colonias norteamericanas. De hecho, la constitución de los Estados Unidos de América empezó siendo un verdadero tratado internacional entre las trece colonias. Así, mientras la federación americana es un pacto constitucional fusionante, la federación mexicana es un pacto escidente; los estados, al menos varios de ellos nacieron como entidades por la constitución. Comp. ZOLLER, Elizabeth, "Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats", en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, tomo 294, especialmente pp. 49, 65-67 y 121-130.

<sup>9</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, precit. pp. 115 y ss. esp. pp. 119 y 121. Para este destacado autor, "...la distribución de competencias no puede servir como

no impide que el poder legislativo de un Estado siga abriendo la brecha en dirección ascendente, es decir, otorgando más derechos o prerrogativas de Derecho Civil a sus ciudadanos que los que establece el parámetro mínimo fijado por la Suprema Corte y que los que establecen las legislaciones civiles de los demás Estados. Y en este último caso, —que parece ser el caso del Distrito Federal en ciertas materias—, el problema de desigualdad subsiste. Pongamos como ejemplo un ciudadano del Estado de Jalisco que reclama un derecho que según la legislación civil de Jalisco no tiene, pero que los ciudadanos del Distrito Federal sí tienen. Supongamos además, que esa prerrogativa tiene que ver por ejemplo, con el derecho a la libertad sexual y a la seguridad jurídica que implica el matrimonio. Pongamos como ejemplo, el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>10</sup> El hecho de que el ciudadano del Distrito Federal tenga derecho a contraer matrimonio con persona del mismo sexo y que el ciudadano de Jalisco no lo tenga, independientemente del texto positivo, nos ocasiona un problema de igualdad que los países unitarios o centrales y las federaciones en que el derecho civil es materia federal, no conocen. La cuestión pondrá a la Suprema Corte ante una gran dificultad inminente cuando algún ciudadano de algún Estado reclame la inconstitucionalidad de su Código Civil por ser discriminatorio.

El problema es, además, que la Suprema Corte no podría impedir esa brecha demasiado grande entre las prerrogativas de Derecho Civil de los ciudadanos de un Estado y los de otro, una vez que ha establecido jurisprudencialmente los mínimos en materia de esa prerrogativa de que se trate, ya que si lo hiciera estaría ignorando —y destruyendo— el pacto constitucional federal en lo referente a la distribución de competencias legislativas entre la federación y los Estados.<sup>11</sup>

---

excusa para desentenderse de las obligaciones que los derechos [fundamentales] generan para las autoridades". El autor reconoce sin embargo que "...En el caso de que exista una competencia constitucionalmente establecida sobre cierto derecho las autoridades no competentes deberán abstenerse de legislar o actuar en la materia, puesto que de hacerlo, estarían violando entre otros, los artículos 14 y 16 constitucionales al actuar sin fundamento jurídico alguno", p. 122.

<sup>10</sup> El ejemplo ya no es hipotético. Por decreto publicado en la *Gaceta Oficial del DF* el 29 de diciembre del 2009, se modificó, entre otros, el art. 146 del Código Civil para definir al matrimonio como "...la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código". La disposición entró en vigor 45 días hábiles después, en los términos del artículo PRIMERO transitorio del mismo decreto. Con ello se da paso a los matrimonios entre personas del mismo sexo. No queremos entrar al terreno axiológico que consideramos ajeno al problema estrictamente técnico constitucional que estamos planteando. Además, no estamos de acuerdo con la posición según la cual el jurista es el "experto" o el juzgador de la moralidad de la legislación. Esa tarea corresponde a la sociedad en su conjunto.

<sup>11</sup> Otro claro ejemplo de este problema estructural en materia de derechos políticos es el del derecho de la mujer al voto. Mientras que en Yucatán la mujer pudo votar desde 1922 en elecciones estatales y municipales, a nivel federal no fue sino hasta 1953. V. *infra* p. 13.



Por último, no debemos dejar de tocar la problemática, también estructural, de nuestra república federal en relación con los derechos fundamentales que consiste en fijar el alcance del art. 121 constitucional. Según este precepto, fundamental en una federación, los actos de estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tienen validez tanto formal como substantiva, es decir, deben dárseles efectos, en los demás Estados. Para explicar la problemática, doy el siguiente ejemplo. Un matrimonio de dos mujeres casadas entre sí en el Distrito Federal decide vivir en Guanajuato, y ya establecido su domicilio, una de ellas fallece intestada, sin haber tenido hijos y habiendo fallecido ya sus padres. El juez competente será aquel del último domicilio de la finada y la ley sucesoria aplicable, será el Código Civil de Guanajuato, conforme al cual, el cónyuge que sobrevive sin concurrir con hijos, es el heredero legítimo. Dos razonamientos pueden hacerse. Si resolvemos el problema conforme a la teoría del derecho internacional privado, en todo Estado debe darse efectos a los actos legalmente pasados en el país de origen con la excepción del orden público, es decir, con la excepción de que los efectos de ese acto no vayan frontalmente contra las leyes de orden público del Estado en que se les pretende dar efectos al acto. Así por ejemplo, un matrimonio multigámico de derecho musulmán, no tendría efectos en México porque choca frontalmente contra las leyes de orden público mexicanas. Si en cambio, razonamos en términos de derecho constitucional, no hay lugar a dudas de que el pacto federal —la constitución— establece en su art. 121 fracción IV, la obligación del juez del Estado de Guanajuato, de darle al matrimonio entre personas del mismo sexo, la validez en cuanto a efectos sucesorios.<sup>12</sup> El mismo método tendríamos que utilizar para resolver el problema en materia de levantamiento de actas por reasignación sexogenérica, en mi opinión. Como podemos ver, la estructura de la federación en materia de competencias legislativas, en lo tocante al derecho civil, representa en sí misma, un problema de derechos fundamentales, sobre todo de igualdad entre ciudadanos de distintos Estados.

## 2. LA DIMENSIÓN SUBSTANCIAL DEL PROBLEMA

La gran mayoría de los civilistas pierden de vista la importancia que tienen los derechos fundamentales para el derecho civil, y viceversa, el gran papel que juega el Derecho Civil como recipiente y regulador de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, a través, tanto de las convenciones internacionales como de la constitución y su interpretación jurisprudencial, son

---

<sup>12</sup> Y así razonó la Suprema Corte en la controversia constitucional 2/2010 interpuesta por el Procurador General de la República en contra del decreto de reformas de los arts. 146 y 391 del Código Civil.

fuente viva del Derecho Civil. Aunque los jueces civiles nunca<sup>13</sup> o rara vez<sup>14</sup> los invocan en la fundamentación de sus sentencias, cada vez serán más y más citados. Las cuestiones relativas a la despenalización del aborto, la equidad de género, la no discriminación, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la reasignación sexogenérica, etc., y el nuevo lente con el que se observan, tienen indudablemente un impacto directo en el Derecho Civil. Pasaremos revista, de manera sumaria, de algunos de estos aspectos que impactan al Derecho Civil.

## 2.1. DERECHO A LA VIDA

Por muy complejo que se haya vuelto el tema, no puede ser evadido. El legislador de 1928, congruente con el conjunto de la legislación de la época que converge en la regulación del derecho a la vida, estableció, en el artículo 22 del Código Civil, el principio según el cual "...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código...". Este precepto tuvo dos implicaciones interpretativas. En primer lugar, la protección que la ley brinda al individuo concebido y no nacido, y en segundo lugar, las prerrogativas de las que el nonato puede gozar. El precepto no es problemático mientras el conjunto de la legislación relativa a la protección de la vida sea coherente. Todo el mundo estuvo de acuerdo en que la protección que la ley brinda al nonato en el Código Civil, era lógicamente congruente con la legislación penal que también protegía la vida del nonato desde la concepción castigando al que abortara. Además todo ello tiene consecuencias de derecho civil, que son esas prerrogativas como el derecho a recibir herencias (art. 1314 del Código Civil), por extensión, legados y donaciones (art. 2357 del mismo Código), entre otras.<sup>15</sup>

El problema surge cuando se reforma una ley, como fue el caso del Código Penal en su artículo 144, despenalizando el aborto que se practica durante las primeras doce semanas del embarazo, lo que implica dejar desprotegido al nonato en materia penal por ese período, y el artículo 22 sigue clamando que "...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...". Esta es la parte del artículo 22 más problemática (inciso a). La segunda parte que dice: "...se le tiene por nacido

<sup>13</sup> En materia de obligaciones y contratos civiles y comerciales, no se invoca jamás algún derecho fundamental ni su fundamento legal para fundar alguna resolución.

<sup>14</sup> Es en materia familiar y en especial en asuntos en que se ventilan cuestiones de menores, que se comienzan a invocar los derechos fundamentales del niño por un influjo claro de los instrumentos internacionales en la materia.

<sup>15</sup> Las precauciones que deben tomarse cuando la viuda quede encinta (arts. 1638 al 1648 del Código Civil) y la protección del hijo póstumo (art. 1377 del Código Civil).

para los efectos declarados en el presente Código” presenta otro tipo de dificultades (inciso b).

a) “...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...”.

La pregunta es ¿cuál es esa *protección de la ley* que le da el Código Civil al nonato? Antes de resolver esta pregunta, tenemos que definir el concepto de protección. Por protección debemos entender la acción y efecto de resguardar y defender algo de un daño o un peligro.<sup>16</sup> En técnica legislativa, por protección debemos entender los instrumentos y mecanismos —sanciones— en contra de aquel que amenaza o pone en peligro los derechos del nonato. Ahora bien, en tratándose de la vida del nonato ¿El enunciado general del artículo 22 es bastante para proteger la vida del nonato? Consideramos que no. Por sí sólo, el artículo 22 del Código Civil no sanciona al que amenace la vida del nonato. Al hacer referencia a la *protección de la ley*, el precepto pretende incluir al Código Civil, dentro del sistema legal en su conjunto que, coherente hasta el 2007, protegía la vida del nonato. Cuando dicho artículo habla de *la ley*, tiene una vocación general para referirse al sistema jurídico en su conjunto. La ley, el sistema jurídico, protege la vida del nonato desde su concepción, dice el Código Civil. Pero dicho código no tiene ninguna superioridad jerárquica en relación con el Código Penal. El Código Penal es en realidad el dispositivo que se encarga de la protección de la vida del nonato desde su concepción porque es el vehículo de las reglas que sancionan más eficazmente a aquel que atenta contra el nonato.<sup>17</sup> Y ese Código Penal, desde las reformas del 2007, establece una protección diferenciada. El tipo penal del aborto cambió. Para la madre, el aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para todo aquel que actúe contra el consentimiento de la madre, el aborto —llamado ahora *forzado*— es la interrupción del embarazo en cualquier momento de la gestación (art. 146 del Código Penal). Del anterior análisis, ¿cómo debemos leer ahora el primer enunciado del artículo 22 del Código Civil que dice “...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...”? En estricta técnica, el nonato entra bajo la protección de *la ley* desde el momento en que es concebido, excepto contra su madre en las primeras doce semanas de la gestación.

Quedan por aclarar algunas cuestiones. ¿Porqué creemos que la expresión “*la ley*” del artículo 22 del Código, no se refiere al mismo Código Civil, sino a la ley en general? En primer lugar, porque si el legislador hubiera

<sup>16</sup> Comp. *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, voz *proteger*.

<sup>17</sup> El Código Civil hubiese podido establecer algunas medidas de protección del nonato a través, por ejemplo, del art. 1316, que establece las incapacidades para heredar, como lo veremos más adelante.



querido referirse al Código, hubiera sido más preciso, como lo es en el último enunciado del artículo.<sup>18</sup> No olvidemos además que dicho numeral se encuentra en un título muy general: “*de las personas*” que tiene una cierta vocación a extralimitarse en relación con las materias propiamente del Código. En segundo lugar, porque en el Código Civil, no existen disposiciones que sancionen —civilmente— a la madre que aborte dentro de las primeras doce semanas de la gestación. Existen algunas partes del Código Civil en que pudiera ser propicio sancionar la muerte del nonato causada por la madre o, dicho en otros términos, la interrupción voluntaria del embarazo,<sup>19</sup> pero no existe tal sanción. En efecto, en materia de sucesiones, en el capítulo relativo a la capacidad para heredar, no existe ninguna sanción para la mujer que aborte, es decir, que interrumpa la gestación de un heredero nonato. El supuesto a ejemplificar sería el siguiente: Un testador instituye como heredero al nonato que porta en su vientre la señora X, y en caso de no nacer viable, instituye como heredera substituta a la madre. Con el fin de ser la heredera, la madre decide abortar dentro de las primeras doce semanas de gestación. En el artículo 1316 del Código Civil no existe ninguna sanción en su contra. En primer lugar, muchas de las incapacidades para heredar dependen de una sentencia penal firme, que en el caso sería imposible por la despenalización del aborto. En segundo lugar, —y esto es sorprendente—, fuera de los casos de intestado, en que el heredero es pariente del *de cuius*, y fuera de los casos de institución testamentaria a favor de los parientes,<sup>20</sup> no existe sanción de indignidad para heredar para aquel que mata o intenta matar al heredero para acceder a la herencia como substituto!<sup>21</sup> ¡Como tampoco existe sanción civil en el Código Civil para el nudo propietario que mata al usufructuario vitalicio para consolidar la propiedad!<sup>22</sup>

Por último, no quisiéramos pasar por alto la interpretación del artículo 1º de la constitución en relación con este primer enunciado del art. 22 del Código Civil. A raíz de la discusión sobre la constitucionalidad de las reformas en materia de aborto, se suscitó una polémica sobre la interpretación de la palabra *individuo* del artículo 1º Constitucional a la luz del Código Civil. Por una parte se ha dicho que el método según el cual la Constitución

<sup>18</sup> “... se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

<sup>19</sup> Para aquellos que, al no concebir al nonato como persona dentro de las primeras 12 semanas de gestación, es incorrecto hablar de muerte.

<sup>20</sup> Caso comprendido en las fracciones I y II del art. 1316 del Código Civil.

<sup>21</sup> En efecto, la fracción I del art. 1316 del Código Civil castiga al que intenta dar muerte o mata al testador o a sus parientes, pero en el caso de que el heredero no sea pariente por virtud de una disposición testamentaria, no existe la sanción de incapacidad para heredar para quien lo mata.

<sup>22</sup> Por cierto, más adelante estudiaremos, en materia de usufructo, cual es hoy en día el significado de la expresión: “*personas que existan*” en el art. 984.

en este aspecto debe interpretarse a la luz del artículo 22 del Código Civil es inapropiado en razón de la relación jerárquica entre ambas normas. Por otra parte, se ha dicho que dicho método es válido pese al obstáculo de la jerarquía, porque el Código Civil es precisamente por materia, el ordenamiento apto para definir qué se entiende por persona. En réplica se argumentó que pese a lo apropiado que pudiese parecer la materia civil para definir estas cuestiones, correspondía más al tribunal constitucional que al Código Civil, interpretar qué se entiende por individuo, y así parece ser que razonó la Suprema Corte sin establecerlo de manera clara ni explícita en la sentencia que resolvió la cuestión.<sup>23</sup>

En conclusión, la "*protección de la ley*" a que se refiere el art. 22 del Código Civil, es un enunciado general que debe leerse e interpretarse a la luz del nuevo art. 144 del Código Penal, y no se refiere a una protección directa que ofrezca el Código Civil.

b) "...y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Esta parte del precepto es menos problemática porque circunscribe los efectos para los cuales al concebido se le tiene por nacido, a los que el propio Código Civil establece. Es decir, esta segunda parte del precepto ya no entra en conflicto con el resto del sistema jurídico, (Constitución, Código Penal, etc.), porque limita los efectos de la concepción, a aquellos casos declarados en el Código. Esta parte del art. 22 debe ser interpretada en el sentido de que el concebido es una persona únicamente para los casos establecidos en el propio Código y los efectos que se derivan de esos supuestos.<sup>24</sup>

En primer lugar, desde que es concebido, en ciertos supuestos y para

---

<sup>23</sup> Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. V. considerandos a partir de la p.131 de la sentencia, en especial, a partir del considerando CUARTO, p. 160 de la misma.

<sup>24</sup> Cabe preguntarse cuál es la interpretación que debemos dar al art. 19 del Código Civil de Jalisco, que dice "...se le tiene por nacido *para todos los efectos legales...*". ¿Se trata de una persona en toda la acepción de la palabra y tiene plena capacidad de goce? ¿Puede comprar, vender, arrendar, etc. y no solo ser heredero, legatario o donatario? Planteada en otros términos la cuestión, por "efectos legales" debemos entender que el concebido ha nacido legalmente? ¿o que ha nacido tan solo para aquellos efectos que la ley le atribuye? El Código de Jalisco tiene las mismas disposiciones que el del DF en que se menciona de manera expresa que los concebidos pueden ser herederos (art. 2955 C.Civ. Jalisco), por analogía, legatarios, y recibir donaciones (art. 1941 del C.Civ. Jalisco). Por otra parte, este código, en lo relativo a la capacidad general para contratar, no establece, como tampoco el Código del DF, ninguna mención a favor del nonato. El establecimiento expreso de los casos en los que el nonato tiene goce de derechos ¿es enunciativo y no limitativo? Creemos en lo personal que no, pero la redacción particular del art. 19 *in fine* de dicho Código abre las puertas a la discusión. Si realmente la redacción del art. 19 del Código de Jalisco debe interpretarse en el sentido de que el nonato es una persona, tendríamos que admitir que en Jalisco la personalidad inicia con la concepción y no con el nacimiento, lo cual parece difícil.

ciertos efectos, tiene capacidad de goce. Puede ser heredero<sup>25</sup> y legatario y recibir donaciones.<sup>26</sup> Puede ser usufructuario si ese derecho es objeto de la herencia, legado o donación, aunque cabe preguntarse cuál es la interpretación que debe dársele al art. 984 en materia de usufructo sucesivo. En otros términos, el usufructuario sucesivo al tiempo de comenzar el usufructo a favor del primer usufructuario, ¿tiene que haber nacido o basta con que haya sido concebido? Consideramos que para resolver esta cuestión hay que atender el título por el cual se constituye el usufructo. Si se trata de un usufructo instituido por voluntad del testador, o del donante, basta con que el usufructuario sucesivo esté concebido al momento de comenzar el primer usufructo.

Por último, queda por aclarar que esta última parte del art. 22 del Código Civil así como todas las prerrogativas que el propio Código da al *nasciturus*, están condicionadas a que al nacer, viva 24 horas después del corte del cordón umbilical o que, durante ese tiempo, sea presentado al oficial del Registro Civil (art. 337 del Código Civil). Si nace y cumple con alguna de estas dos condiciones, se le habrá tenido por nacido desde el momento de la concepción para los efectos de la herencia, legado o donación. Si no cumple con dichas condiciones, civilmente nunca nació, y en ese caso, los efectos de la herencia, legado o donación se destruyen retroactivamente.<sup>27</sup>

Pero para nuestro tema, lo importante de esta interdependencia legal entre el artículo 22 y el 337 del Código Civil, es que el aborto vuelve inviable la vida del producto y destruye todos los efectos a que se refiere el art. 22. Una de las paradojas de la cuestión del aborto es cómo la voluntad de la mujer al disponer sobre la interrupción de su embarazo puede destruir una relación jurídica de derecho civil ya establecida. Este es un ejemplo claro de la incidencia de la materia de los derechos fundamentales en el derecho civil.

<sup>25</sup> Art. 1314 del Código Civil

<sup>26</sup> Art. 2357 del Código Civil. Puede además ser fideicomisario, por disposición expresa del art. 382 en relación con el 392, ambos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

<sup>27</sup> Subsiste la discusión sobre si se trata de una condición suspensiva o resolutoria. Por ejemplo, el *nasciturus* donatario ¿adquiere la propiedad del bien donado y si no nace vivo y viable los efectos de la donación se destruyen retroactivamente como si la donación no hubiese existido? o al contrario, ¿la transmisión del bien donado no se realiza sino hasta cumplida la condición de la viabilidad? Sin embargo es difícil encontrar alguna hipótesis en que esta discusión tenga un valor realmente práctico. De cualquier forma si el nonato no llega a nacer vivo y viable, es como si nunca hubiese existido y no tendrá sucesión; la discusión sobre el riesgo de la pérdida de la cosa y la responsabilidad por daños causados por su deterioro sería estéril en ausencia de sucesión. La pérdida la sufriría el donante en el primer caso, y en el segundo, el donante tendría que reparar el daño porque la donación nunca existió. La cuestión cobra importancia en el caso en que la cosa donada o heredada produce rentas: Durante el tiempo del embarazo ¿a quien pertenecen las rentas? Si tomamos muy a la letra el art. 22 del Código Civil, se trata de una condición resolutoria; al concebido se le tiene por nacido ya. Los frutos que la cosa donada produjo durante la gestación, si el producto nace vivo y viable, le pertenecen a este y no al donante en nuestra opinión.

## 2.2. LA IGUALDAD

Este derecho fundamental ha sido claramente reivindicado por el legislador civil mientras que en otras materias seguía apenas germinando. La exposición de motivos del Código Civil de 1932 es sumamente clara en este sentido. En las materias reguladas en dicho código, la mujer había conquistado desde 1932, su igualdad para con el hombre. Y terriblemente, en materia política no fue sino hasta varias décadas después, en 1953, que conquistó su derecho a votar a pesar del texto expreso del art. 4º constitucional.

Pese al discurso de la exposición de motivos, seguíamos encontrando algunas diferencias poco justificables ya una vez entrado en vigor el código. Podemos clasificar esas diferencias en grupos. Hay diferencias que no son en sí mismas el origen de una discriminación sino que obedecen a una situación social discriminatoria, que obligaba al legislador a proteger a la mujer. Tal era el caso de los artículos 164 y 165. La redacción del art. 164 describe la situación social de la época. El artículo comienza enunciando la regla general según la cual “el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gasto necesarios para el sostenimiento del hogar...” y luego, después de enunciar la regla general, establece la excepción en que la mujer debe contribuir a los gastos e incluso, dar alimentos al hombre y sostener el hogar. La redacción del art. 165 obedece a las mismas razones.

Menos justificables eran los artículos 174, y 175, que restringían la capacidad de la mujer para contratar con el marido, salvo por el contrato de mandato. También se restringía su capacidad para ser fiadora de su marido, salvo la fianza como caución para que el marido quedase en libertad. Se requería autorización judicial porque se creía que la mujer no estaba en condiciones de defender por sí sola sus intereses frente al esposo, quizás por una nefasta suposición de inferioridad intelectual de la mujer o por la existencia de un posible vicio del consentimiento de la mujer consistente en su devoción al marido.

Más grave aún, por razones meramente de costumbre que se superponían a cualquier consideración de igualdad en la época, y que se disfrazaban con una justificación biológico-reproductiva, se establecía en el art. 148, la diferencia en la edad necesaria para contraer matrimonio. La mujer requería tener 14 años y el hombre 16. La justificación era que la mujer es fértil antes que el hombre y el fin del matrimonio era la perpetuación de la especie a la luz del art. 147 en su redacción de aquella época.

La desaparición de la terrible diferencia entre los derechos del hijo legítimo y el hijo natural es otro ejemplo remarcable. Hoy en día nadie puede defender esta diferenciación<sup>28</sup> si no es con las banderas más vetustas de la

<sup>28</sup> V., entre otros pocos, DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 7ª ed., Porrúa, México, 1991, pp. 928 y ss., n.ºs 1363 y ss. sin demeritar la indiscutible calidad de la obra en otros temas.

intolerancia. También es loable la desaparición de la diferencia entre la adopción simple y la adopción plena tomando en consideración el interés superior del adoptado que es normalmente una niña o un niño especialmente protegidos por los derechos fundamentales. Por citar un caso más, la diferenciación entre la pareja matrimonial y los concubinos, ha ido poco a poco desapareciendo. Por citar sólo un ejemplo, sólo los esposos podían adoptar; los concubinos no (art. 391). Una triple discriminación operaba en materia de sucesiones. En primer lugar, se discriminaba al concubino, pues entre concubinos sólo la concubina podía heredar al concubino y no recíprocamente. En segundo lugar las condiciones para que la concubina fuera declarada heredera eran mucho más severas que para los esposos y por último, la porción de la concubina que sobrevivía concurriendo con hijos era menor que la de la esposa concurriendo con hijos (arts. 1624 y 1635). Poco a poco esta serie de discriminaciones se fue borrando a medida que el derecho fundamental de igualdad cobró importancia, al grado que al día de hoy las diferencias son mínimas.

Afortunadamente la gran mayoría de las evoluciones legislativas que acabamos de estudiar, tienden a la desaparición de diferenciaciones que, o bien se justificaban en su época por el contexto socio-cultural del país y por la evolución de la sociedad se volvieron injustificadas o bien, siempre fueron injustificadas. Es menester explicar que una gran parte de los dispositivos del Código Civil tienden a proteger categorías de personas que invariablemente merecen esa protección y un trato diferenciado independientemente de cualquier evolución social. El menor de dieciséis años ni antes ni ahora entiende las consecuencias de hacer un testamento (1306 fracción I). El emancipado de 17 años no tiene ni ha tenido la destreza ni la sagacidad para reconocer abusos en operaciones inmobiliarias y requiere protección contra su cocontratante (643 fracción I). El mayor de edad con una afección mental que le impide razonar y entender el significado de obligarse y que no puede gobernarse por sí mismo, es incapaz y siempre será protegido a través de un trato diferenciado que no es discriminatorio. Con esto quiero explicar que la euforia por la igualdad no debe confundir al legislador para borrar tratos diferenciados que han sido, son y siempre serán justificados. Me refiero a la nefasta reforma al art. 1502<sup>29</sup> en materia de testigos en el testamento. Se derogó la fracción IV que impedía a los ciegos, sordos o mudos, ser testigos en un testamento. El testigo en el testamento es un instrumento de seguridad jurídica para corroborar la verdad del testamento y de su contenido. Para poder atestiguar un acto, o mejor dicho, los hechos materiales que constituyen la manifestación de la voluntad del testador, es necesario haberlo vivido a través de los sentidos. Un sordo no puede escuchar la voz del testador. Un ciego no puede ver si el testador estampó su firma en el

<sup>29</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial del DF* el 4 de diciembre del 2008.



testamento, ni puede ver si el notario estuvo presente durante todo el acto y por último, un mudo no puede rendir su testimonio. Este es un ejemplo de malentendido del concepto de discriminación: No hay discriminación cuando la diferenciación es justificada por razones que no tienen que ver ni con la evolución social ni con una ideología.

### 2.3. LA LIBERTAD

Las recientes reformas en materia de divorcio al Código Civil, son un ejemplo claro del influjo de una cierta visión de los derechos fundamentales, en el derecho civil. Los artículos que más nos interesan para estos efectos son el 266 y el 287 del Código Civil.

Hay un principio fundamental en todo contrato. El de intangibilidad, que no es mas que una consecuencia de la fuerza obligatoria del contrato. Según este principio, nadie puede destruir unilateralmente un contrato. Si un contrato puede romperse unilateralmente por una de las partes sin que la otra haya dado causa al rompimiento y sin su consentimiento, estamos en presencia de todo menos un contrato.

Lo que hacen las reformas en materia de divorcio, es retirar al matrimonio casi todo su carácter contractual. Ya no lo podemos calificar como un negocio jurídico legalmente serio por intangible. Tendrá y seguirá teniendo otros efectos, en relación con los hijos, en materia de alimentos, etc. Pero ya no es un contrato en la completa acepción de la palabra. ¿Qué tienen que ver los derechos fundamentales? Mucho. La nueva concepción del derecho fundamental de libertad sexual, que supone que ninguna persona debe estar obligada a convivir y cohabitar con otra contra su voluntad, pudo finalmente más que el carácter contractual del matrimonio. El matrimonio ya no es entonces un contrato desde el momento en que cualquiera de las partes puede romperlo sin causa justificada y sin el consentimiento del otro esposo.

Esta constatación presenta un problema grave de derecho transitorio que puede desembocar en la violación grave al derecho fundamental de seguridad jurídica. Los artículos transitorios del decreto de reformas,<sup>30</sup> son completamente omisos en cuanto a la cuestión de saber si las reformas son aplicables o no a los matrimonios celebrados con anterioridad a dichas reformas. El legislador, y recientemente el poder judicial federal, pensaron que se trataba de una cuestión exclusivamente relativa al divorcio y que no podía haber ningún problema de retroactividad. No se dieron cuenta que en realidad, las reformas en materia de divorcio modifican la esencia del matrimonio, que pasa de ser un acto jurídico contractual por su intangibilidad a un acto jurídico revocable por voluntad unilateral. En realidad se tra-

<sup>30</sup> Publicado en la *Gaceta Oficial del DF* el 3 de octubre del 2008.



ta de una cuestión que no es exterior al matrimonio.<sup>31</sup> Ahora bien, ninguna nueva ley puede modificar un contrato que se celebró con anterioridad a su entrada en vigor. Mucho menos destruirlo permitiendo su revocación unilateral. La historia legislativa nos muestra que las leyes posteriores no se aplican a contratos anteriores.<sup>32</sup> Así, la expectativa de intangibilidad y estabilidad y más generalmente, de seguridad jurídica, con que celebraron su matrimonio millones de personas antes de octubre del 2008, queda destruida por la aplicación retroactiva de las reformas. En efecto, hasta el momento, las decenas de miles de solicitudes del nuevo divorcio llamado “incausado” son para matrimonios celebrados con anterioridad a las reformas.<sup>33</sup>

Este mismo rasgo de ruptura unilateral se observa en la Ley de Sociedad de Convivencia desde luego.<sup>34</sup> En el momento político, era urgente dar una solución de seguridad jurídica a las parejas del mismo sexo. Para ello, se creó dicha ley fuera del Código Civil.<sup>35</sup> Para respetar el orden cronológico citaremos más adelante las reformas al Código Civil en materia de matrimonio.

Otro aspecto importante del derecho fundamental de libertad son las recientes reformas al Código Civil,<sup>36</sup> en materia de reasignación para la concordancia sexo-genérica.<sup>37</sup> La mayoría de los comentarios de la comunidad jurídica tienen que ver con la política y la moral; sobre si es moral o no abrir esta posibilidad a las personas que tienen un sexo biológico y que viven psico-socialmente como del sexo opuesto y por ende, sobre si la política ju-

<sup>31</sup> Aquí, vale la similitud entre el matrimonio y el contrato, según la cual, el divorcio es al matrimonio, lo que la rescisión es al contrato.

<sup>32</sup> Hay miles de ejemplos. Por citar un par de ellos, las reformas en materia de arrendamiento de 1993 no se aplicaban a los contratos celebrados con anterioridad a las reformas. Las reformas procesales de 1996 no se aplicaban a litigios en que se ventilaban créditos contratados con anterioridad a dichas reformas (aún cuando los litigios hubiesen comenzado después de su entrada en vigor), etc., etc.,

<sup>33</sup> Tal parece que para el Poder Judicial Federal, no existe ningún problema de retroactividad, ya que el divorcio es una institución exterior o ajena al matrimonio. En nuestra opinión esta solución es incorrecta. El divorcio no es mas que uno de los modos de terminar el matrimonio y no es una institución exterior a este. Si lo que se quiere es otorgar el beneficio de la disolución unilateral sin expresión de causa aún a los matrimonios anteriores a la reforma, valía más el argumento de que hoy en día la libertad sexual prevalece sobre la intangibilidad o indisolubilidad de la familia.

<sup>34</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial del DF* el 16 de noviembre del 2006 y entró en vigor el 19 de marzo del 2007. El art. 20 de la mencionada ley establece la posibilidad de terminación unilateral.

<sup>35</sup> De otro modo hubiese sido mucho más criticada la idea, por el hecho de entrar en el *sagrado* Código Civil.

<sup>36</sup> Curiosamente, en este caso sí fue el Código Civil el que se reformó y no se creó una nueva ley, pese a lo sensible y polémico que es el tema.

<sup>37</sup> Publicada en la *Gaceta Oficial del DF*, el 10 de octubre del 2008 con entrada en vigor el 10 de noviembre del 2008.

rídica o legislativa en este sentido es correcta o incorrecta. Lo que queremos analizar es si esta reforma, que obedece en cierta forma al derecho fundamental de libertad, tiene alguna incompatibilidad con la técnica del derecho civil. Dicho de otra forma, la crítica debe enfocarse a si la reforma, tal cual está planteada, con sus objetivos políticos y sociales, es compatible o no con el derecho civil y en esa medida, determinar si técnicamente es deseable o no, más allá de cualquier calificación moral.

Hay algunas señales que nos hacen ver que la reforma tal cual se hizo, así como el debate que recientemente se planteó en la Suprema Corte,<sup>38</sup> más allá de la posibilidad de la reasignación, pretenden borrar en definitiva el sexo anterior de la persona en cuestión: Por una parte, la Suprema Corte sostuvo recientemente que el acta de nacimiento nueva no debe contener ninguna anotación relativa al nombre y sexo anteriores del sujeto. Por otra parte, el art. 498 Bis-7 párrafo segundo, establece que el acta de nacimiento primigenia y no se publicará ni se expedirá constancia alguna salvo mandamiento judicial o ministerial.

La reasignación en sí, no es problemática porque “los derechos y obligaciones contraídos con anterioridad a la reasignación... no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona”.<sup>39</sup> Lo que es imposible es pretender borrar todo rastro del sexo anterior del sujeto, convirtiendo el acta de nacimiento anterior en un acta “reservada”, por las siguientes implicaciones que ello tendría.

La primera serie de implicaciones tiene que ver con los derechos y obligaciones de la persona en cuestión. Decíamos más arriba, que existen diferenciaciones legislativas por sexo que se justifican por la necesidad de proteger determinadas personas, sin que dichas disposiciones sean discriminatorias. La “nueva mujer” será destinataria de las legislación protectora de la mujer en la medida en que su situación se encuadre en los fines legislativos de la disposición protectora en cuestión, pero esa determinación no siempre es fácil. Habrá que responder a miles de interrogantes que el legislador dejó abiertas. Por ejemplo, ¿la “nueva mujer” entra bajo la protección de la Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el DF? El “nuevo hombre”, antes mujer, para efectos de esta ley ¿es un hombre o una mujer? Este “nuevo hombre” delincuente, ¿purgará su pena en el reclusorio femenino o en un reclusorio para hombres? La nueva mujer, si adopta un bebé en edad de lactancia, ¿tiene los mismos derechos laborales de maternidad que una mujer? La mayoría de estas hipótesis parecen de laboratorio, pero la evolución social las puede convertir en una realidad.

Más concretamente para el derecho civil la imposibilidad de conocer el

<sup>38</sup> Pleno, A.D. civil 6/2008.

<sup>39</sup> Nuevo art. 135 BIS último párrafo del Código Civil.

sexo anterior del transexual, supone problemas graves.<sup>40</sup> Por ejemplo, si realmente debemos decir que una persona que cambió su sexo y su nombre hoy en día es una mujer jurídicamente sin ninguna consideración de su sexo anterior, como parece pretender la nueva legislación y el criterio de la Suprema Corte, tendríamos que aceptar que un hijo tiene dos madres. La madre de cuyo vientre nació, y la mujer que aportó el esperma para la concepción, independientemente de que lo haya concebido siendo hombre o siendo ya mujer. Para empezar ¿cambiamos los formularios del registro civil para que en estos casos se elimine la palabra “padre” y sustituirlo por “madre”? Más grave aún: Si realmente nos atenemos a esa idea, la madre transexual “nueva mujer” ¿seguiría siendo pasiva de la acción de investigación de paternidad de su hijo? Desde luego que sí. Esa mujer es el padre del niño si del juicio de investigación de paternidad resulta serlo. Lo que pretendo explicar es que por más que el legislador se empeñe en desaparecer vestigios del sexo anterior del o la transexual, existen relaciones anteriores que se establecieron con terceros en función del sexo anterior (matrimonio y divorcio, paternidad o maternidad) cuyo reconocimiento implica necesariamente el regreso al sexo anterior al menos respecto de esa relación. ¡María Gómez, por más que se sienta mujer y que la ley la reconozca como mujer es el padre de su hijo! ¡Juan López, por más que se asuma como hombre y que la ley le reconozca ese género y su acta anterior esté reservada, es la esposa de Pedro y será como “la esposa” que tendrá que divorciarse!<sup>41</sup> Se trata de una reforma totalmente incompleta y por ende, contraria a los imperativos de seguridad jurídica que implican estos temas.

Más recientemente el art. 146 del Código Civil se reformó para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de que dichas parejas del mismo sexo puedan adoptar. Ambos aspectos de la reforma presentan problemas de política jurídica —que no de técnica jurídica— sumamente complejos. La definición de familia y la definición de matrimonio están en el centro de dicha discusión. El matrimonio entre personas del mismo sexo no presenta problemas de técnica jurídica. En relación con los derechos

<sup>40</sup> Y otros no tan graves, como las obligaciones contractuales, en que bastará demostrar que Mario López que firmó un contrato, es ahora María López y sigue obligada, o bien, que Juan Pérez, que otorgó su testamento, falleció siendo Juanita Pérez. Basta pedir al juez que ordene al Registro Civil la expedición de una copia certificada del acta primigenia. Estas relaciones se establecieron independientemente de cualquier consideración sexual. Pero existen otros casos más graves cuando la relación que se tiene con un tercero, se estableció en función del sexo.

<sup>41</sup> En realidad, el único tema en que el legislador tuvo cuidado, fue el del matrimonio. Se adicionó la fracción VII al art. 98 del Código. Los contrayentes deben manifestar bajo protesta, si alguno ha concluido el proceso para la concordancia sexo-genérica. Nótese que no había impedimento para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo biológico, siempre que legalmente ya hubiesen sido de sexo diferente para los efectos de cumplir con la definición legal de matrimonio de aquella época del art. 146 del Código Civil.

fundamentales, es claro que los derechos de igualdad y su consecuencia, la no discriminación así como el derecho a la seguridad jurídica, fueron considerados por la mayoría legislativa como de mayor importancia que la perennidad y la rigidez de los conceptos de matrimonio y familia. Así lo confirmó la Suprema Corte.<sup>42</sup>

Más difícil y complejo es, en términos de política legislativa, justificar la reforma al art. 391 del Código Civil, eso es, la adopción de un menor por personas del mismo sexo. En cuanto a los derechos fundamentales, es importante, si no resolver el debate, porque no es objeto del presente trabajo, sí fijar la substancia del mismo. Tal parece que lo que se quiere es centrar el debate, no en la colisión entre los derechos del menor y los derechos de la pareja del mismo sexo, sino desterrar la idea según la cual la pareja homosexual es tan anómala, que los derechos fundamentales del menor deben ser preservados prohibiendo que dichas parejas puedan adoptar menores. La substancia que se pretendió y de hecho se le dio al debate es que las parejas del mismo sexo no son moralmente reprochables y que ello deja sin materia el debate sobre la colisión de los derechos del menor, es decir, el menor no tiene derecho a la protección contra parejas del mismo sexo, porque estas no son, por el solo hecho de ser del mismo sexo, peligrosas para el menor.<sup>43</sup> Por la misma razón, se arguyó que no se vulnera el derecho del menor a decidir sobre su preferencia sexual futura de manera libre, es decir, no queda predispuesto a ser homosexual, ya que dicha preferencia se determina por múltiples factores y no únicamente por el hecho de tener padres del mismo sexo. En última instancia, dicha predisposición, que en su caso, ocurriría en las familias de padres heterosexuales, no es inmoral ni perniciosa desde el momento en que consideramos que la pareja del mismo sexo no representa un peligro particular por el sólo hecho de ser del mismo sexo. A mayor abundamiento, razona la Corte, en derecho comparado se ha echado mano justamente del la figura del "interés superior del menor" para declarar inconstitucionales las disposiciones jurídicas nacionales que discriminan a las parejas del mismo sexo para adoptar, alegando que el niño o la niña tienen derecho a ser adoptados y no puede limitarse su derecho únicamente a personas de sexo diferente.<sup>44</sup> Por razones de extensión, no podemos reproducir todos os argumentos de nuestra Suprema Corte. Invitamos al lector a que los estudie.

<sup>42</sup> Acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por el Procurador General de la República en contra del decreto que reforma los artículos 146 y 391, del Código Civil para el DF publicado en la *Gaceta Oficial del DF* el 29 de diciembre del 2009, sentencia visible en: <http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>

<sup>43</sup> Ver pp. 127 y ss. de la sentencia que resolvió la ya citada controversia constitucional y especialmente el párrafo 314 y ss. (pp. 131 y ss.) de la misma.

<sup>44</sup> Sentencia precit., pp. 134 y ss.

Por último y siguiendo un orden cronológico en la vida de la persona, algunas líneas sobre la muerte, punto final de la personalidad jurídica. También en esta materia tienen mucho que ver los derechos fundamentales desde que se ha proclamado el derecho de la persona a decidir sobre los límites terapéuticos en su enfermedad terminal. Ello se traduce en el derecho fundamental a la dignidad. No debe quedar en manos del médico el decidir, de acuerdo con su cosmovisión personal de la ética, hasta qué punto debe continuarse con los tratamientos para prolongar la vida de una persona que no puede sobrevivir sin terapias intensivas por lo avanzado de la enfermedad y sobre todo por su irreversibilidad. Esta decisión debe residir en el individuo mismo. Esta no es una cuestión propia del derecho civil, sino de los derechos fundamentales del individuo.<sup>45</sup> Sin embargo, el derecho civil tiene mucho que ver con la instrumentación de ese derecho a decidir sobre el fin de los cuidados terapéuticos. Cuando el paciente está consciente, puede manifestar su voluntad de detener esos cuidados, pero en muchas ocasiones, el deterioro del cuerpo humano llega al punto en que el paciente pierde la consciencia aún antes de iniciar los tratamientos para mantenerlo con vida. Se requieren instrumentos jurídicos que permitan que el paciente pueda, antes de quedar inconsciente, decidir sobre la aplicación o no de tratamientos sin los cuales moriría en presencia de una enfermedad terminal. Hay una gran efervescencia sobre el derecho de decidir. Ello dio origen a la Ley de Voluntad Anticipada.<sup>46</sup> A través de dos figuras, se permite que cualquier persona mayor de 18 años y en su cabal juicio, pueda, antes de caer en la inconsciencia, determinar los límites de los apoyos terapéuticos sin los cuales moriría en una enfermedad terminal.

Debemos aclarar que no se discute el derecho al suicidio, el suicidio asistido o la eutanasia activa. Por razones de orden penal, hoy en día estas figuras están prohibidas y constituyen delitos graves. Se trata simplemente del derecho a declinar sobre el uso de medios artificiales que evitan la muerte hasta cierto punto.

Esta nueva ley establece dos instrumentos; el *documento de voluntad anticipada*, que se otorga ante notario en el que el otorgante manifiesta su voluntad de no someterse a tratamientos terapéuticos sin los cuales moriría en una enfermedad terminal. El segundo instrumento es el *formato de voluntad anticipada* que se otorga ante el personal del hospital en que se encuentra internado un paciente ya en etapa terminal. La Ley de Voluntad Anticipada

<sup>45</sup> A pesar del argumento en el sentido de que la muerte es un hecho civil porque pone fin a la personalidad jurídica. En efecto, la muerte pone fin a la personalidad jurídica, pero antes que eso, pone fin a la vida de un individuo, más allá de su personalidad de derecho civil.

<sup>46</sup> Publicada en la *CODF* el 7 de enero del 2008 y entró en vigor al día siguiente (art. Primero Transitorio). Su reglamento se publicó en el mismo órgano el 4 de abril del 2008 con entrada en vigor al día siguiente.

y su reglamento son la manifestación de la preocupación de las autoridades por el derecho del paciente terminal a decidir, pero técnicamente tiene dos series de defectos graves.

En cuanto al fondo, en general, pese a las buenas intenciones del legislador, no se logran los objetivos de la ley sino parcialmente. Se trata en mi opinión de una ley burocratizante, al multiplicar los avisos, registros y autoridades que intervienen tanto al otorgarse el documento, como al aplicarlo.<sup>47</sup> Sólo los mayores de 18 años pueden otorgar el formato o documento de voluntad anticipada. Curiosamente, los mayores de 16 años pueden hacer testamento, es decir, pueden disponer de sus bienes, pero no pueden renunciar a los apoyos terapéuticos en caso de enfermedad terminal. En cambio, los padres o quienes ejercen la patria potestad sobre el menor de 18 años, sí pueden decidir en nombre de ellos, sobre dichos tratamientos. Considero que el que tiene 16 años cumplidos debería poder tomar la decisión por sí mismo y no permitir que sus padres se la impongan.<sup>48</sup> Además existe una contradicción inaceptable. A falta de padres y de quienes ejerzan la patria potestad, pueden suscribir el documento de voluntad anticipada los hermanos mayores de edad o emancipados, esto es, que si tengo 17 años, no puedo suscribir el documento, pero mi hermano emancipado de 16 años, ¡puede suscribir mi documento en mi representación!<sup>49</sup> Por otra parte se requiere que en el documento se nombre un “representante” cuyas funciones son confusas.<sup>50</sup>

En cuanto a la forma, la redacción es equívoca, inconsistente e ilógica. El reglamento de la ley repite innecesariamente preceptos de la ley que no están dentro de la competencia constitucional reglamentaria, etc. En fin, existe la voluntad política y legislativa de resolver el problema pero se instrumentó incorrectamente la ley. Habrá que ver si en la práctica su aplicación no tiene resultados peores a las prácticas hospitalarias anteriores a su entrada en vigor.

Valga este pequeño y modesto ensayo como un sincero homenaje a un hombre devoto de la universidad, del saber y de la verdad, Don Jorge Mario Magallón Ibarra, maestro, investigador, autor, humanista y amigo.

<sup>47</sup> Se crea la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad Anticipada. El notario ante quien se otorgue el documento o el personal de salud ante quien se suscriba el formato, deben dar aviso a esta coordinación. Esta coordinación a su vez, debe dar aviso al Ministerio Público (arts. 11 y 46 fracción II de la ley, que por cierto no establece para qué efectos) y además funge como un “vínculo”, es decir, una oficina burocrática más, de interlocución entre los sujetos de la Ley, lo que multiplica los comunicados, oficios, firmas, sellos y demás trámites (arts. 9 y 46 de la ley).

<sup>48</sup> Art. 7 fracción IV de la ley.

<sup>49</sup> Art. 7 fracción IV en relación con el 20 fracción III de la ley.

<sup>50</sup> El representante *revisa y confirma* el contenido del documento. Nadie sabe hoy en día cual es el alcance de estas expresiones. ¿A caso aprueba estas disposiciones?